

Caderno Virtual, Brasília, VOLUME 1, Nº 60
Maio/Agosto 2024 ISSN: 1981-3759



idp

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

**Direito Processual
Civil em Destaque**

**Caderno Virtual, Brasília, v. 1, n.
60 Maio/Agosto 2024**

ISSN: 1981-3759

Editores Chefes

Prof. Atalá Correia, IDP
Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros, IDP
Prof^a. Eduarda Toscani Gindri, IDP

Conselho Editorial

Prof^a. Luciana Silva Garcia, IDP
Prof. Raphael Peixoto de Paula Marques, IDP
Prof^a. Olívia Rocha Freitas, IDP
Prof. Fábio Lima Quintas, IDP
Prof Marcelo Proença, IDP
Prof^a. Marilda Silveira, IDP
Prof. Ulisses Schwarz Viana, IDP
Prof. Felipe Cortês, IDP
Prof. Pedro Palotti, IDP
Prof. Leandro do Nascimento Rodrigues, IDP
Prof. Mário Augusto Carboni, IDP
Prof. Bruno Magalhães D'Abadia, IDP
Prof. Daniel Falcão, IDP
Prof. Guilherme Pupe, IDP
Prof. Paulo Mendes, IDP
Prof. Rodrigo Mendonça, IDP
Prof. José Henrique Mouta, IDP
Prof. Leonardo Estrela, IDP
Prof. Leandro Gobbo, IDP
Prof. Ivan Allegretti, IDP
Prof. Lahis da Silva Rosa, IDP
Prof. Flávio José Roman, IDP
Prof. Paulo Castro, IDP
Prof. Mathias Schneid Tessmann, IDP
Prof. Rodrigo Becker, IDP
Prof. Milton de Souza Mendonça Sobrinho, IDP
Prof. Alessandro De Oliveira Gouveia Freire, IDP
Prof. Marcio Camargo Cunha Filho, IDP
Prof. Fernando Natal, IDP
Prof. Danilo Mergulhão, IDP
Prof^a Tatiana B. Parmeggiani, IDP

Comitê Executivo

Alessandro Freire
Renan Silveira Holtermann

REVISTA

**CADERNO
VIRTUAL**

REVISTA CADERNO VIRTUAL

Carta Editorial

A presente edição da revista Caderno Virtual (CV) - publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) - traz aos seus leitores um conjunto de artigos produzidos por membros da Associação Brasileira de Direito Processual Civil e por acadêmicos integrantes de programas nacionais de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado, com o tema: “Direito Processual Civil em Destaque”.

A Associação Brasileira de Direito Processual Civil é uma entidade associativa científica, com a finalidade institucional de estimular o debate e o aperfeiçoamento do Direito Processual Civil por meio de pesquisas, cursos, conferências, seminários, publicações e propostas legislativo-normativas. Os seguintes integrantes contribuíram nesta edição para o debate sobre o Direito Processual Civil: José Henrique Mouta Araújo, Roberta Ferme Sivoiella, Gabriela Pimenta R. Lima, Laís de Oliveira e Silva, Thiago Aguiar de Pádua, Aline Dourado e Júlio Luz Sisson de Castro.

A 60ª edição da revista Caderno Virtual (CV) traz, ainda, artigos acadêmicos produzidos por alunos da Escola de Direito do IDP, bem como trabalhos produzidos por autores, professores e alunos, integrantes de outros programas nacionais de pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review*.

Nessa linha, a presente edição visa proporcionar um espaço de divulgação de teses e de ideias no âmbito do Direito, da Economia e da Administração Pública, promovendo o debate qualificado acerca de temas relevantes da pesquisa científica envolvendo temas interdisciplinares. Trata-se de uma revista com periodicidade quadrimestral destinada a publicar trabalhos de qualidade científica para fomentar o debate acadêmico.

O Caderno Virtual objetiva ser um espaço de atualização bibliográfica constante para a comunidade acadêmica do IDP e do país. O escopo editorial da revista passa a contemplar as seguintes linhas de pesquisa: a) Processo, Jurisdição Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais; b) Direito Privado e Constituição; c) Gestão Governamental e Políticas Públicas e d) Economia, Finanças e Desenvolvimento.

A fim de adequar-se aos quesitos estabelecidos pela regulação do Qualis Periódico, o CV conta com Equipe Editorial definida, por meio de Conselho Editorial, Comitê Executivo e Editores Chefes, que se organizam para garantir o processo avaliativo sob o sistema do *duplo blind review* e ao convite para publicação de autores estrangeiros e pesquisadores de renome nacional e internacional.

É com grande satisfação que o Centro de Pesquisa (CEPES) em conjunto com as Coordenações dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação *Lato Sensu* e Pós-Graduação *Stricto Sensu*, apresentam a presente a 60ª edição do Caderno Virtual.

Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover discussões, debates e divulgação de conhecimento científico qualificado.

Prof. Atalá Correia, IDP
Prof^ª. Janete Ricken Lopes de Barros
Prof^ª. Eduarda Toscani Gindri

Editores

SUMÁRIO

Carta Editorial

Atalá Correia, Janete Ricken Lopes de Barros, Eduarda Toscani Gindri

Artigos Acadêmicos

O RESGATE DO VALOR CONSTITUCIONAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELA REPERCUSSÃO GERAL: PRÁTICA, INOVAÇÃO E ANÁLISE A PARTIR DOS DADO

Aline Dourado; Júlio Luz Sisson de Castro

A VISÃO DO STJ SOBRE O CABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ORIGINADO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Gabriela Pimenta R. Lima; Laís de Oliveira e Silva

OS MÓDULOS EXECUTIVOS EM DEMANDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

José Henrique Mouta Araújo

CONTROLE DOS PRECEDENTES EM MATÉRIA TRABALHISTA: CONTORNOS DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E DESAFIOS PARA GARANTIR A INTEGRIDADE DO SISTEMA

Roberta Ferme Sivoiella

DIREITO PROCESSUAL SOCIAL OU DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS? UM DIÁLOGO ENTRE CARÚS GUEDES, RONALD DWORKIN E FRANÇOIS RIGAUX

Thiago Aguiar de Pádua

O QUE VEM DEPOIS DO FIM DA HISTÓRIA: FRANCIS FUKUYAMA E OS MODELOS DE GESTÃO ESTATAL NUM MUNDO DE CRISE CAPITALISTA

Anna Tereza Landgraf; Camila Guerreiro Britto; Luana Cal

MAIS JUSTIÇA, MENOS JUSTIÇA: AMPLIAÇÃO OU MANUTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL BRASILEIRO

Amanda Fortaleza Brandes de Souza; Guilherme Corrêa Rasi

QUAIS AS RESPONSABILIDADES DAS INSTITUIÇÕES NO TAMANHO DO CUSTO BRASIL? UMA ANÁLISE DESTE GAP PERANTE AS TEORIAS INSTITUCIONALISTAS

José Henrique Nascimento; Marcelo Sasso

O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO CURRÍCULO EM MOVIMENTO DO DISTRITO FEDERAL A PARTIR DA CRIAÇÃO DA BASE NACIONAL COMUM CURRICULAR

Manoela Vilela Araújo Resende

A ATUAÇÃO DO STF FRENTE AO RACISMO INSTITUCIONAL CONTRA POPULAÇÕES INDÍGENAS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Marcos Vinicius Lustosa Queiroz e Anthony Toscano Tubbs

MARCAS DE POSIÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DOS CRITÉRIOS DE DISTINTIVIDADE MARCÁRIA NO INPI SOB A ÓTICA DO *BRANDING*

Sarah Vilela

O RESGATE DO VALOR CONSTITUCIONAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELA REPERCUSSÃO GERAL: PRÁTICA, INOVAÇÃO E ANÁLISE A PARTIR DOS DADOS.

Aline Dourado

Secretária Adjunta de Gestão de Precedentes do STF. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes e em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e Distrito Federal. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil (ABPC).

Júlio Luz Sisson de Castro

Pós-graduado em Processo Civil pelo UniCEUB. Supervisor do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal Integrante do Comitê Gestor do Banco Nacional de Precedentes (BNP). Colaborador do Grupo Operacional do Centro de Inteligência da Justiça Federal e do Poder Judiciário. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil (ABPC).

Resumo

O presente trabalho apresenta a sistemática da repercussão geral e seu potencial transformador, dentro da jurisdição constitucional, aponta sua imprescindibilidade para o resgate do valor constitucional do recurso extraordinário na apreciação das questões apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade.

Além disso, o estudo detalha os dados dos casos já apreciados, em repercussão geral, faz uma leitura do volume processual, nos 17 anos de vigência desse regime, e do papel da inovação para sua efetiva aplicação.

Palavras-chave

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inovação. Dados.

Sumário

1. Notas introdutórias;
2. Histórico: a vida antes da repercussão geral;

3. A repercussão geral: uma ferramenta multifacetada e transformadora;
4. Dados: o que eles nos dizem e o que podem nos dizer;
5. Uma nova metodologia de julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida;
6. Inovação e repercussão geral: do plenário virtual à Vitória;
7. Conclusões;
8. Referências Bibliográficas.

1. Notas introdutórias

Se, na atualidade, é possível afirmar que parte importante da doutrina processualista nacionalⁱ aceita que há um verdadeiro sistema brasileiro de precedentes, muito por conta das alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015, tal sistema só existe, tendo em vista o sucesso da introdução da repercussão geral, no sistema jurídico pátrio, feita pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Especificamente, quanto ao regramento da repercussão geral trazido pela reforma, de modo muito singelo, o poder constituinte derivado reformador apenas introduziu um parágrafo no texto do artigo 102, que define a competência do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Como se confere do texto acima, o novo requisito introduzido pela denominada reforma do Judiciário não define o que de fato é a repercussão geral, tratando-se de uma verdadeira cláusula aberta que seria preenchida de significado somente pela regulamentação – legalⁱⁱ e regimentalⁱⁱⁱ – e, de forma mais refinada, pela interpretação dada pela Corte.

Ao olhar apenas a literalidade do dispositivo pode-se pensar que a mudança é meramente formal e focada na admissibilidade do recurso direcionado à mais alta Corte do país, mas, na verdade, a repercussão geral inaugura uma verdadeira revolução no cenário judicial brasileiro, em especial, na jurisdição constitucional, em recurso extraordinário.

Sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004, na ocasião da Sessão Plenária de sua posse como Presidente da Corte, em 15 de maio de 2006, a Ministra Ellen Gracie enfatizou o entusiasmo do tribunal com as mudanças que estavam por serem implementadas:

Ao Supremo Tribunal Federal caberá, a partir da necessária regulamentação, aplicar com rigor os dois importantes mecanismos que permitirão a eliminação das demandas repetitivas envolvendo uma mesma questão de direito. A súmula vinculante e a repercussão geral poderão eliminar a quase totalidade da demanda em causas tributárias e previdenciárias. Para o estímulo ao investimento e ao empreendedorismo, é preciso que cada empresa, saiba quanto lhe será exigido de imposto, sem as intermináveis discussões que hoje se arrastam, a respeito das alíquotas aplicáveis e da extensão da base de cálculo. É preciso que o cidadão saiba quais benefícios sua contribuição previdenciária proporcionará no futuro e como serão reajustados de modo a garantir-lhe, quando já incapaz para o trabalho, a continuidade de um padrão de vida digno. O princípio da igualdade de todos perante a lei fica arranhado quando tais demandas, porque endereçadas a juízos diversos e aparelhadas por advogados de maior ou menor experiência profissional, recebem soluções desarmônicas. Os dois mecanismos, súmula vinculante e repercussão geral, tem o extraordinário potencial de fazer com que uma mesma questão de direito receba afinal tratamento uniforme para todos os interessados. Em curto prazo, portanto, teremos a solução da maior parte dessas demandas de massa. E, aliviado da carga excessiva que representam os processos repetitivos, o poder judiciário poderá dar trâmite mais célere às causas individuais que exigem tratamento artesanal.¹

Essa fala reflete muito bem o sentimento institucional da Corte em relações às mudanças, e, é preciso destacar, havia uma expectativa – talvez quase utópica – de que todas as mazelas da chamada crise do recurso extraordinário, considerado o grande volume de trabalho enfrentado pelo Tribunal, naquele momento, seriam corrigidas, com uma nova forma de acesso e julgamento.

Se é verdade que a visão esplanada não tenha alcançado, ainda, o seu potencial máximo, não há como negar de que as mudanças foram profundas: no modo de julgar, no acesso à Corte, e, também, nas estatísticas.

¹Acesso em 10/07/2024, disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/EllenGracie/Discursos/Proferidos/2006_abr_27.pdf

Quanto ao último ponto, se, de um lado não se pode realizar uma análise simplista quanto ao complexo fenômeno da litigiosidade e das variáveis que a afetam, de outro, é forçoso reconhecer que, após a implantação da repercussão geral, o STF reduziu seu drasticamente seu acervo.

E, ao final do mês de junho de 2024, a Corte registrou^{iv} o menor número de processos pendentes de julgamento desde 1994, com menos de 22 mil feitos, no total, e menos de 12 mil, considerados apenas os processos recursais^v.

É preciso frisar que o STF tem usado a repercussão de forma diferente e inovadora ao longo dos dezessete anos de sua existência, desde sua vigência, em 3 de maio de 2007, com a publicação da Emenda ao Regimento Interno nº 21, do Supremo que a regulamentou, houve o início de marcada e verdadeira metamorfose na principal forma de acesso ao tribunal em controle difuso de constitucionalidade.

Desde então, foram criados mais de 1.300 temas diferentes e fixadas mais de 800 teses de julgamento.

O Supremo passou a estabelecer como deve ser entendida a Constituição sob o regime da repercussão geral, com julgamento por amostragem, sem precisar conhecer de todos os recursos veiculando idêntica questão, tendo como efeito a expressiva redução de acervo, o que para uma Corte Suprema significa efetivamente dispor de mais tempo a ser dedicado para as questões de maior relevo, vale dizer, sem ter a sua competência diminuída para apreciar as matérias constitucionais.

Este artigo apresenta diferentes aspectos que a repercussão geral introduziu, no cenário jurídico nacional, além do seu impacto, sem ter a pretensão de esgotar o tema.

É importante ressaltar, desde logo, que o aspecto que será abordado como mais relevante é a resignificação que o julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral admitida adquire no Supremo Tribunal Federal.

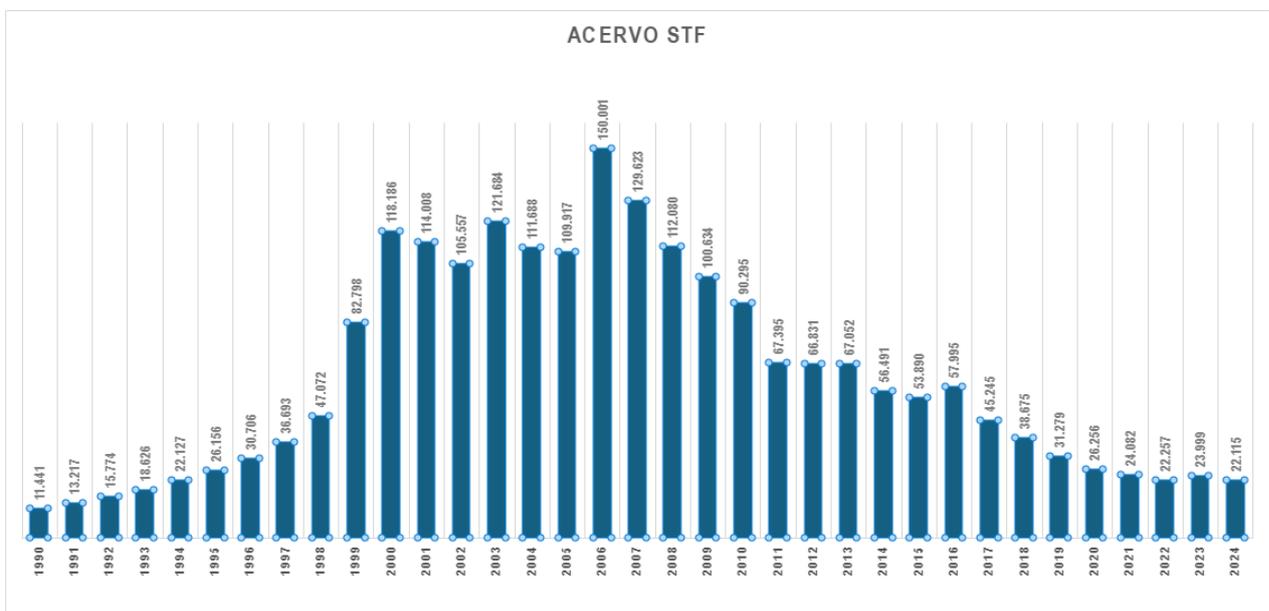
2. Histórico: a vida antes da repercussão geral

No final da década de 1990 e no início dos anos 2000 o Supremo Tribunal Federal atravessava a sua mais aguda crise numérica processual. A entrada de novos recursos crescia exponencialmente a cada ano, e, com isso, a Corte via que a cada ano seu acervo processual ficava maior.

O acervo processual era alimentado principalmente pelas classes processuais recursais, os recursos extraordinários e os agravos de instrumento para a subida de recursos extraordinários que respondiam por mais de 90% de todos os processos novos a cada ano.

No final do ano de 2006, o Supremo chegou ao seu maior acervo histórico com mais 150mil processos em tramitação. Naquela data, a composição do acervo era de 134 mil processos recursais e apenas 15mil de processos originários. A crise, portanto, estava focada nas classes recursais.

O gráfico com a evolução histórica anual do acervo processual a cada ano demonstra de forma clara o tamanho da crise enfrentada na jurisdição constitucional brasileira:



Dada essa ambiência, já haviam sido utilizadas algumas estratégias para a diminuição do acervo processual do STF, principalmente focadas em ampliação da produtividade e da eficiência, contudo as médias até 2006 não se mostraram eficazes por si só para a manutenção do acervo da Corte em patamares adequados.

Uma das estratégias para o desafogar o STF a foi a criação do Superior Tribunal de Justiça transferindo para o novo tribunal a competência para apreciar em grau extraordinário as ofensas à interpretação da legislação federal infraconstitucional. A divisão criada em 1988, contudo, não evitou o aumento do acervo processual de ambas as cortes nas décadas seguintes, conforme será mostrado, detalhes, no tópico destinado aos números.

Outra estratégia foi a aplicação "enunciado de súmula", inicialmente criados a fim de efetivar uma sistematização e fácil identificação da jurisprudência da Corte e simplificar os julgamentos de casos.

A ideia foi do Ministro Victor Nunes Leal, que define a sistemática de utilização das súmulas, nas suas próprias palavras, a seguir:

“A Súmula do STF, como repositório de jurisprudência, tinha por finalidade significativa discenir as hipóteses que se repetem, com frequência, daquelas que mais raramente são submetidas ao Supremo Tribunal. Em relação a elas, impunha-se adotar um método de trabalho, que permitisse o seu julgamento seguro, mas rápido, abolindo formalidades e desdobramentos protelatórios. Esses casos, pela frequência com que se reproduziam, ficavam despojados de importância jurídica e não se justificava perda de tempo.”^{vi}

A iniciativa das súmulas foi incorporada no regimento interno do STF em 1963 e hoje está disseminada em todos os tribunais nacionais.

A criação de um verbete sumular era uma forma portanto de simplificar o julgamento de determinados recursos, sem gastar o tempo da Corte em processos que não contribuíssem para formação de uma opinião jurídica relevante.

Foram muitas as Súmulas criadas para justamente para orientar e restringir o cabimento de recursos ao de processos ao Supremo, apenas para relatar alguns exemplos mais evidentes:

- Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário;
- Súmula 280 - Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário;
- Súmula 281- É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada;
- Súmula 282 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada;

- Súmula 283 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles;
- Súmula 284 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia;
- Súmula 287 - Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Todos esses enunciados de súmulas de jurisprudência foram estabelecidos na primeira sessão que deliberou sobre a criação de enunciados e ainda se encontram vigentes mais de uma metade de século depois.

Se por um lado as súmulas, de fato, facilitaram o julgamento dos recursos, por outro no período analisado não tiveram impacto para diminuição da entrada de processos.

Diante de um acervo crescente, a estratégia do Supremo foi utilizar a decisão monocrática, ao invés da colegiada, para conseguir maior agilidade nos julgamentos.

Para se ter ideia, no ano de 2006 e 2007, registram cada um destes anos mais de cem mil decisões monocráticas proferidas no Supremo Tribunal Federal^{vii}.

Ou seja, as súmulas foram ótimas para acelerar circuitos processuais dentro da própria Corte aumentando a produtividade interna, entretanto não são mecanismo que trabalhem de forma eficaz a entrada de novos recursos.

Todas as iniciativas para frear o volume processual, antes da repercussão geral, tiveram méritos, mas não foram capazes de impedir a elevação exponencial do acervo.

É possível apontar alguns aspectos que parecem ser essenciais para entender o porquê do aumento do volume processual.

Primeiro, os efeitos dos julgamentos em recurso extraordinário, no STF, surtiram efeitos somente entre as partes em litígio, antes da repercussão geral, o que fazia com que o Tribunal fosse instado a se manifestar sobre a mesma questão sempre um novo recurso fosse endereçado à Corte.

Outro ponto que se mostra relevante para essa análise, é o fato de não haver filtro que impedisse qualquer ação ajuizada de chegar ao Supremo Tribunal Federal, independentemente da sua relevância para além do caso em julgamento.

Sobre esse primeiro aspecto, é paradigmática a reportagem do ano de 2006, abordando a “irrelevância suprema” dos casos que chegavam ao Supremo Tribunal Federal por meio dos vários recursos interpostos apenas por conta de inconformismo das partes, sem que se acrescentasse qualquer discussão de cunho constitucional.

O texto de Maria Fernanda Erdelyi sobre um processo em que o caso tratava de “cachorro morto atropelado” em que apenas se discutia danos materiais e morais de um atropelamento do animal já sem vida, em uma autoestrada brasileira^{viii}. Não havia qualquer discussão constitucional pertinente a ser analisada e o recurso, como tantos outros, era apenas usado de forma protelatória pelas partes.

O fato é que naquele período qualquer ação judicial iniciada tinha o potencial de chegar à mais alta Corte do país, bastando para tanto que a parte interpusesse o respectivo recurso.

Até mesmo, o juízo primeiro de admissibilidade, feita pelos tribunais de origem para previamente analisar a pertinência dos recursos, era vista apenas como uma etapa a ser vencida para a subida do extraordinário.

Outro ponto que merece nota é o fato de não haver qualquer mecanismo para verificar a necessidade de envio do recurso extraordinário ao STF, por mais que houvesse já orientação cristalizadas pela jurisprudência do Supremo, o que levava a Corte a adotar a chamada jurisprudência defensiva, mais focada em óbices impeditivos do conhecimento de recurso do que com o julgamento do mérito.

Isso permitia que a Corte permanecesse especialmente vulnerável à chegada de demandas de massa, às vezes, aos milhares de processos, em ondas.

Um exemplo bem interessante desse fenômeno, foi o julgamento dos REs 416.827 e 415.454, e de quase cinco mil^{ix} recursos sobre idêntica questão jurídica, na mesma assentada, no início de 2007, antes, portanto, da vigência da repercussão geral. Discutia-se, nesses casos, a possibilidade de

majoração dos benefícios de pensão por morte concedidos anteriormente para 100% do salário-de-benefício, a partir da vigência da Lei 9.032/95, que definiu a nova forma de cálculo.

3. Repercussão geral: uma ferramenta multifacetada e transformadora

Esse o quadro, é importante ponto de partida estabelecer que a repercussão geral, dentro do desenho institucional do Supremo e da jurisdição constitucional, é muito mais que um requisito de admissibilidade.

Com efeito, a repercussão geral tem características de requisito de admissibilidade, de técnica para formação de precedente de estrita observância e de filtro recursal.

Primeiro, é um requisito do recurso extraordinário, inserido no sistema jurídico brasileiro pela Emenda à Constituição nº 45/2004, e que passou a ser exigido desde maio de 2007, em que a parte recorrente deve demonstrar sua existência, vale dizer, deve fundamentadamente apresentar as razões da relevância da questão constitucional levada ao STF, sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que ultrapasse os interesses subjetivos daquela causa, vale dizer, que a questão tem patamar constitucional de elevada importância com impacto ou potencial de resolver não somente aquela ação e, por isso, precisa ser decidida pela Corte Suprema.

O segundo aspecto é o de técnica concentrada de formação de precedente qualificado, nos termos dos artigos 1.035 e 927 do Código de Processo Civil, uma vez que, sob esse regime, o STF estabelece tese que terá aplicação nos demais casos idênticos.

E o terceiro é o caráter de filtro pelo qual a Corte define sua pauta, em sede de recurso extraordinário.

Quanto a esse ponto – da faceta da repercussão geral como filtro – é importante destacar que essa prática está entre os critérios e procedimentos adotados por diferentes cortes ao redor do mundo para a admissão de recursos. Alguns dos mais conhecidos são:

- **Alemanha:** O Tribunal Constitucional Federal interpreta a “importância constitucional geral” ou “fundamental importância” como uma questão jurídica que aprimorar a unidade da jurisdição e seja relevante para o desenvolvimento do direito.
- **Argentina:** A Suprema Corte de Justiça adota o critério de “transcendência” para rejeitar recursos extraordinários que não apresentem questões substanciais ou de relevância.
- **Colômbia:** A Corte Constitucional possui uma seleção discricionária de tutelas, visando preservar a integridade e supremacia da Constituição.
- **Espanha:** O Tribunal Constitucional avalia a “especial transcendência constitucional” para admitir recursos de amparo, considerando sua importância para a interpretação e aplicação da Constituição e para determinação do alcance e do conteúdo dos direitos fundamentais. É conteúdo aberto, que dá à Corte ampla margem para interpretação.
- **Estados Unidos: Caso Maryland v. Baltimore Radio Show (1930)** – Caso envolve a morte de duas garotas que foram assassinadas em curto espaço de tempo, causando comoção na cidade. Uma estação de rádio anunciou que o assassino havia sido preso; havia confessado e reencenado o crime; e desenterrado a arma usada. O Tribunal de origem questionou se a transmissão da rádio teria afetado a administração da justiça e concluiu que, embora não tivesse efeito sobre os juízes, afetou os jurados potenciais, já que a transmissão havia alcançado todo o estado. O Tribunal de Apelações de Maryland decidiu que o poder de punir foi limitado pela Primeira e Décima Quarta Emendas. *Writ of certiorary* – negado pela Suprema Corte ao argumento de que não houve ao menos quatro ministros que consideraram desejável rever a decisão rever uma decisão da corte inferior como uma questão “de sólida discricção judicial”.
- **Reino Unido:** ao analisar decisões de deferimento ou indeferimento para os Permissions to Appeal, no mês de dezembro de 2020, registrou-se a improcedência por “ausência de questão de direito de ampla relevância pública “(*the application does not raise an arguable point of law of general public importance*)”.

Esses critérios refletem a busca por um equilíbrio entre a necessidade de revisão judicial e a eficiência do sistema jurídico, permitindo que as cortes de cúpula ou supremas, como denominam

Marinoni e Mitidiero^x, concentrem-se em casos que tenham significativa importância jurídica e constitucional.

Com efeito, para além de um efeito meramente sobre os números, esse caráter da repercussão geral favorece o desempenho da vocação Constitucional pelo STF – de guarda da Constituição da República, de Corte Constitucional e de precedentes, isso na medida em que a adequada seleção das questões constitucionais a serem julgadas, que transcendem os interesses da causa e ostentam relevância sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, traz racionalidade para o sistema e permite a solução definitiva de demandas tormentosas, socialmente impactantes e que, por vezes, que traduzem demandas de massa.

Mas é essencial relevar que esse não é uma constante nem o ponto distintivo da repercussão geral, senão uma das possibilidades que se lhe apresenta.

Colocada essa premissa, tem-se que a repercussão geral não é ferramenta unicamente voltadas à gestão do volume processual.

E mais, é ferramenta apta a reduzir ou lançar luzes sobre a denominada zona de penumbra (denominação forjada por Marinoni e que diz respeito às demandas em que podem ser definidas ora pelo STF ou ora pelo STJ), com a clara e conclusiva definição sobre a quem compete dar a última palavra sobre determinada questão jurídica controvertida, seja o próprio Supremo, seja o STJ, o TST, por exemplo.

Essa organicidade imprimida com a utilização do regime da repercussão com o sinal trocado, vale dizer, afirmando a ausência de repercussão geral por se tratar de questão infraconstitucional, é benéfico para o sistema, irradiando efeitos para além do caso em julgamento.

Além disso, algo que desafiava a eficiência e a própria lógica do sistema era a Suprema Corte ser provocada a decidir uma questão jurídica constitucional e ter que fazer isso um sem-número de vezes, em razão de ter efeito meramente entre as partes daquele caso.

Ora, se a Corte Constitucional revela o sentido que a Constituição tem em relação a determinada questão, a determinado tema jurídico, não há por que ter que fazer isso repetidamente para, de modo automatizado, realizar a mesma tarefa, e decidir de novo o que já julgou. Essa prática não pode ser visualizada como adequada somente pela alteração das partes envolvidas, ausentes quaisquer ingredientes novos seja para que se manifeste sobre distinção ou para que avance para superação nos casos de mutação constituição, evolução normativa ou social relevantes.

Isso não auxiliava no desenvolvimento do direito e até pode deixar o jurisdicionado desorientado, uma vez que, gera ambiente que pode propiciar a produção de decisões divergentes, causando a insegurança, falta de previsibilidade e quebra da isonomia.

Já no contexto da repercussão geral, esse cenário passou por profundas e importantes transformações. O STF, utilizando a repercussão, desde o primeiro tema criado – Tema 1^{xi}, de relatoria da ministra Ellen Gracie, o STF – nunca parou de evoluir.

Essa busca para dar o melhor aproveitamento ao instrumental com o qual o sistema o aparelhou foi o caminho para o resgate do valor atribuído pelo artigo 102, III, da CF, para dentro da competência do STF, em controle difuso de constitucionalidade, para exercer sua atividade precípua de guarda da Constituição, ou, como leciona a professora Taís Schilling:

Como se percebe, a repercussão geral trouxe muito mais que uma condição para o conhecimento de recursos extraordinários pela Suprema Corte. Aqueles que nela identificam apenas um filtro, voltado a reduzir a massa substancial de recursos que, em tese, poderiam aportar no STF, desconhecem seu imenso potencial para a efetividade da jurisdição constitucional.

A verdade é que o novo regime, iniciado com a Emenda Constitucional 45/2004 e implantado através de alterações no CPC, mudanças no Regimento Interno e sucessivas decisões sobre procedimento é capaz de qualificar ainda mais as decisões sobre matéria constitucional, por permitir que nos julgamentos dos recursos-paradigma sejam agregados elementos de convicção provenientes de seus múltiplos, por racionalizar a pauta do Plenário, por ter efeito multiplicador por permitir que o STF assumisse definitivamente a função de Corte Constitucional.^{xii}

Como referido pela professora, a mudança na dinâmica de atuação da Corte ao apreciar as questões, em recurso extraordinário foi enorme. Essas transformações trouxeram consequências para o próprio tribunal, para os tribunais e juízes, e para os representantes das funções essenciais da justiça.

Para o STF, a repercussão geral é um importante instrumento, que garante sua esmerada atuação enquanto guarda da Constituição. Com o uso desse regime o Tribunal define sua pauta, define de forma clara sua competência e estabelece teses jurídicas para aplicação nos demais casos idênticos, imprimindo racionalidade e eficiência, além de garantir isonomia e segurança jurídica.

A possibilidade de apreciar a questão de forma definitiva, vale dizer, sem ter que atuar na eventual correção de todos os recursos sobre determinada matéria aliada à faculdade de não conhecer dos recursos que não ostentem transcendência e relevância permitiu ao Supremo se comportar como, na essência, foi projetado no texto da Constituição Federal de 1988, ou seja, como Corte de precedentes, cuja atuação contribui para atribuição de sentido ao texto constitucional, como leciona

Marinoni^{xiii}, e sem se perder num sem número de processos que somente acarretavam retrabalho e risco de dispersão jurisprudencial.

Para os demais tribunais e juízes, a atuação é de colaboração na construção de sentidos e no desenvolvimento da Constituição, porque compete a eles a atuação para aplicação dos precedentes formados sob o regime da repercussão geral, nos termos dos artigos 927, 1.030 e 1.040 do Código de Processo Civil de 2015, em atividade dotada de alto grau de sofisticação para verificar se o caso em análise é contemplado no enquadramento fático do precedente e se as questões relevantes estão presentes, ou seja, se é verificada distinção consistente apta a afastar sua observância.

E para os representantes das funções essenciais operar com o recurso extraordinário não como forma de revisão e de garantido acesso ao STF, mas como recurso que deve levar ao conhecimento da Corte questão que revela importância econômica, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses das partes litigantes do caso. E mais, tendo presente que, se a questão já foi objeto de tema de repercussão geral, aumenta a carga argumentativa para apontar distinção ou necessidade de superação.

4. Dados: o que eles nos dizem e o que podem nos dizer

Em 2006, o STF tinha em seu acervo o impressionante número de 134.614 processos recursais, como se confere do quadro abaixo^{xiv}:



A queda dos números de processos desde que o STF iniciou o trabalho com o regime da repercussão geral foi bastante expressiva.

E significativos igualmente são os números de questões apreciadas sob essa sistemática. O STF criou desde 2007 1.309 temas, sendo 860 pela presença de repercussão geral e 431 pela sua ausência (há 17 temas cancelados, por diversos motivos, e 1 tema em análise no Plenário Virtual), conforme quadro abaixo:

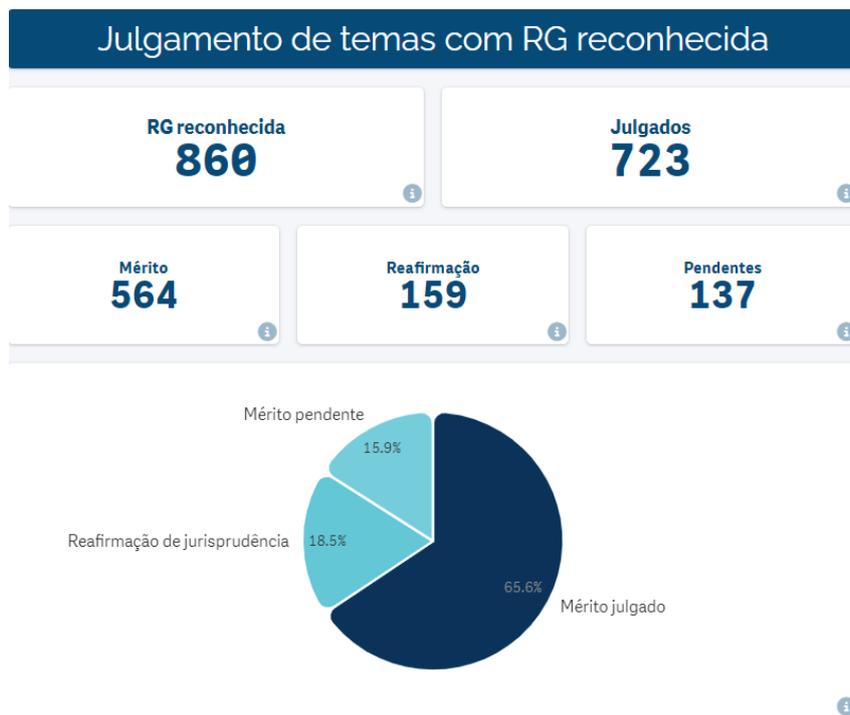


Quanto à atuação como filtro, é importante destacar que, em apenas 47 oportunidades – dentre os 431 temas apontados no painel acima –, o STF entendeu pela ausência de repercussão geral, mesmo diante de questão constitucional. O que exterioriza com mais propriedade a repercussão geral como filtro, ou, nas palavras de Marinoni (2022), apresenta do uso virtuoso do poder de não decidir.^{xvi}

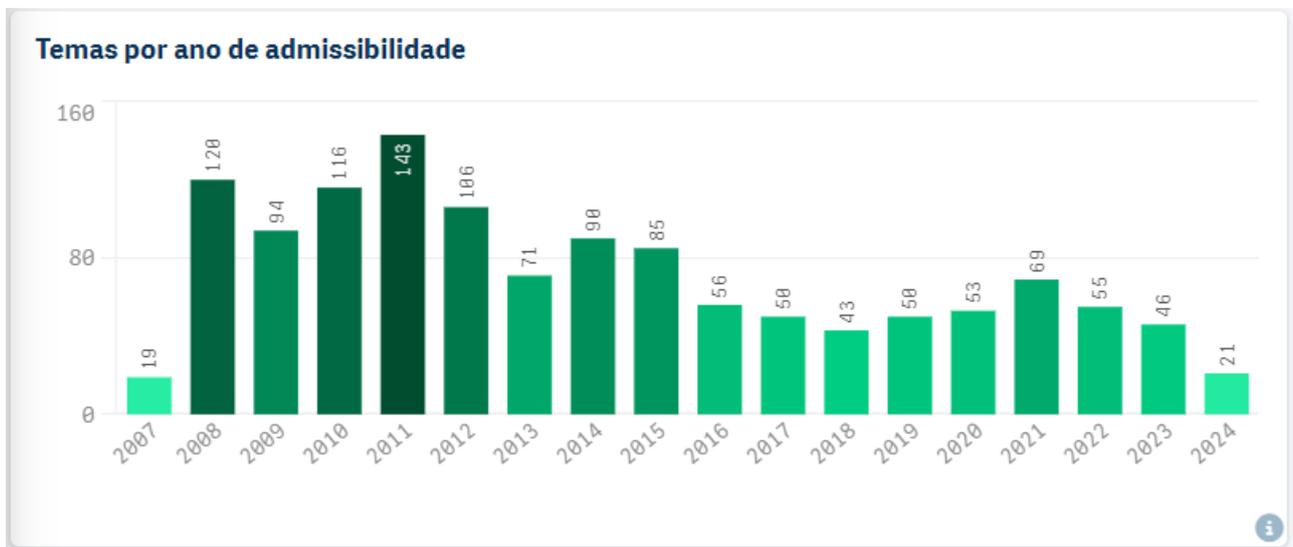
Além disso, merece nota, a possibilidade que adicionada pela Emenda ao Regimento Interno nº 54, em junho de 2020, no regime da repercussão: o de definição de ausência de repercussão geral apenas para o caso, com efeitos limitados ao processo em exame, que foi inserida no RISTF defendida pelo professor Frederico Montedônio Rêgo^{xvii} como um instrumento de seleção qualitativa de recursos extraordinários, porquanto permite e realça o uso de juízo discricionário e comparativo para

a admissão da repercussão geral, vale dizer, o STF pode entender pela irrelevância mesmo diante de questões constitucionais^{xviii}.

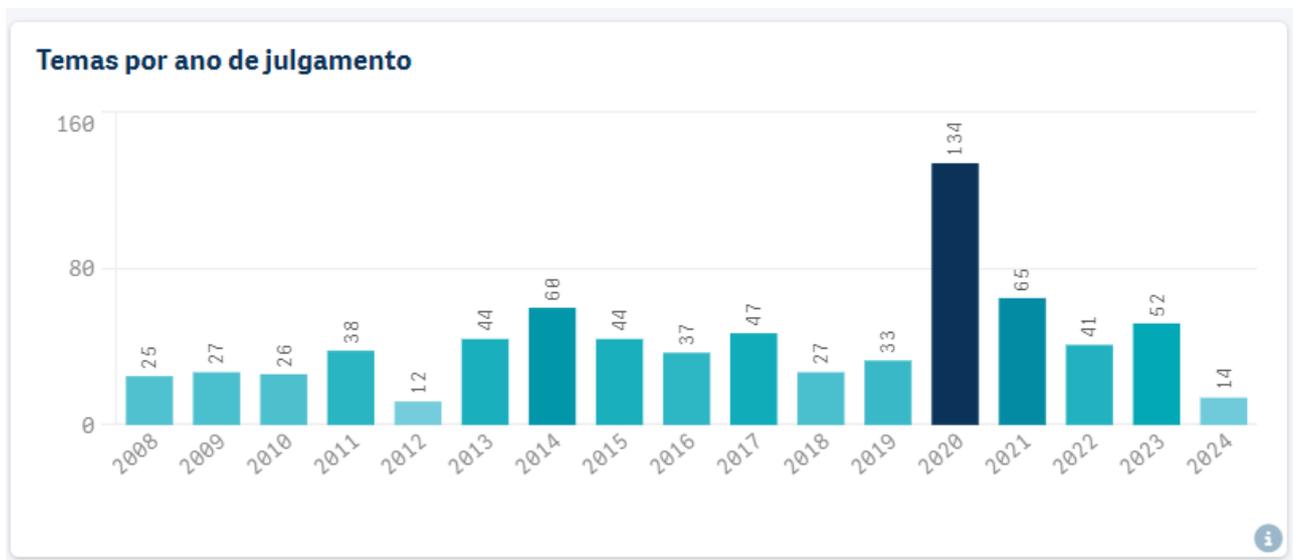
Entre 2007 e junho de 2024, o STF julgou o mérito de 723 temas, no universo de 860, em que afirmou que estabeleceria tese. Há 137 pendentes de julgamento, como se confere do quadro abaixo:



No mesmo período (entre 2007 e 2024), o trabalho com a admissibilidade de temas de repercussão geral foi considerável. Considerados os últimos cinco anos, a média de questões submetidas à verificação da compatibilidade com o regime foi, em média de 54 ocorrências, por ano.



Quanto aos julgamentos de mérito – ponto sensível que sempre gerou muitas críticas ao sistema – a ampliação da utilização do Plenário Virtual, durante o período da pandemia, propiciou baixa no estoque de temas a julgar. Tendo sido observado que o STF julga em média (excluído o ano de 2020), considerados os últimos cinco anos, 43 temas por ano. Veja-se:

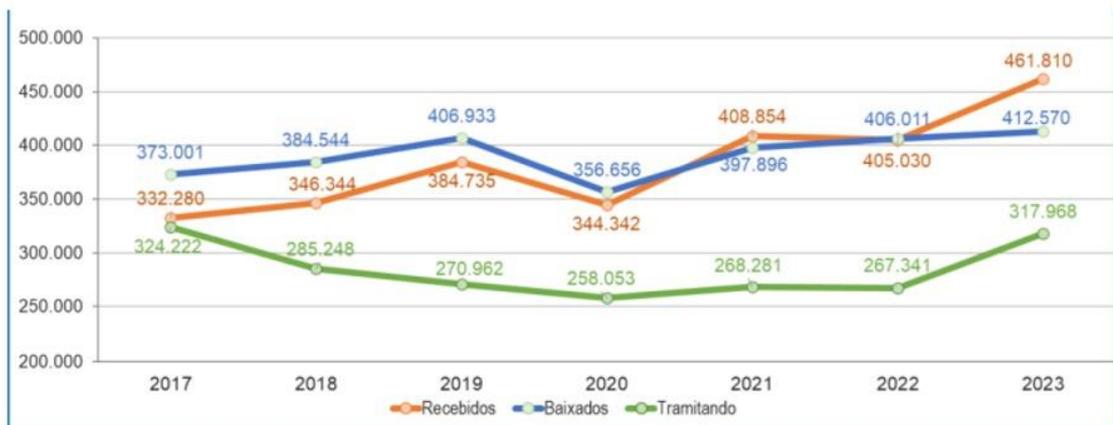


É certo que, outras iniciativas foram adotadas para aumentar a produtividade e reduzir o estoque de processos. Exemplo disso, foram os filtros estabelecidos para atuação da Presidência, antes mesmo da distribuição dos recursos, além da atuação dedicada de todos os ministros da Corte.

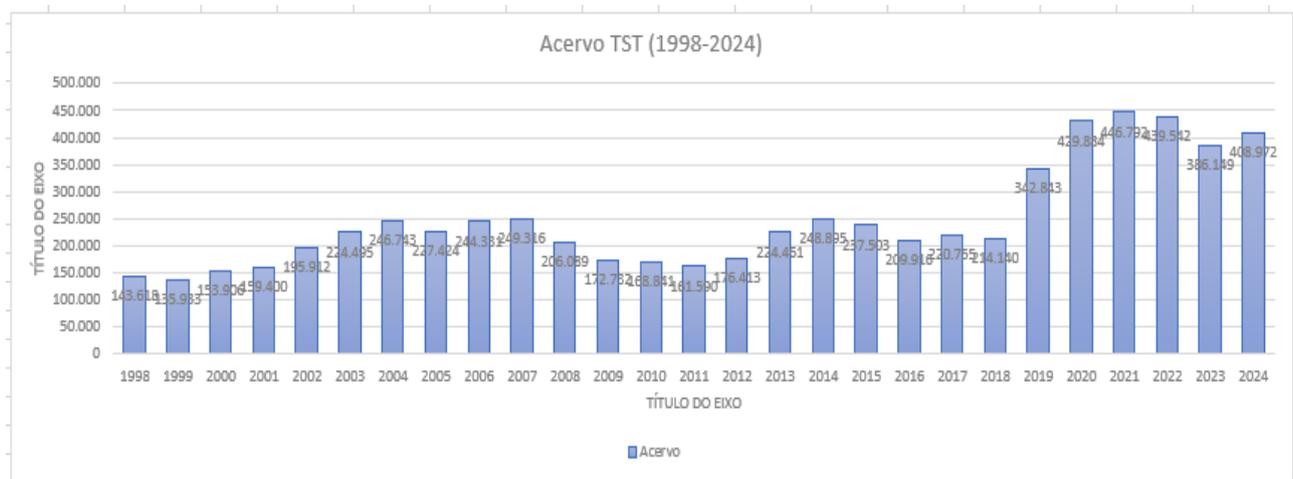
Se de um lado, não há informações seguras e completas quanto ao verdadeiro impacto da repercussão geral, no sistema de justiça. De outro, é importante reconhecer que somente o Supremo trabalha com instrumento de tão ampla potência, dentro do Judiciário e, como foi apontado acima, extraíndo dele a maior eficiência durante esses 17 de vigência.

Em comparação com os acervos do STJ e do TST, dispostos respectivamente nos quadros abaixo, que não dispõem do instrumental de mesmo potencial da repercussão geral – pelo menos até agora (há grande expectativa quanto à regulamentação da relevância da questão de direito federal infraconstitucional), percebe-se que não foi experimentada a mesma redução do acervo.

Gráfico com a evolução do Acervo do Superior Tribunal de Justiça^{xix}:



Acervo do Tribunal Superior do Trabalho:



Um avanço importantíssimo para o atual Banco Nacional de Precedente, existente no portal do Conselho Nacional de Justiça, em cumprimento ao art. 979 do CPC, e que mostra o impacto dos sobrestamentos em razão dos temas de repercussão geral, seria a mensuração efetiva do impacto da aplicação dos temas, monitorando todos os casos abrangidos, vale dizer, mesmo de processos que não passaram por sobrestamento.

Esse monitoramento seria apto a demonstrar qual o resultado efetivo da repercussão geral em termos numéricos, não somente no Supremo, mas no Judiciário e trazer ricas informações para implementação de políticas quanto à redução de litigiosidade.

5. Uma nova metodologia de julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida

A repercussão geral trouxe mudanças profundas no sistema processual brasileiro, mas a mais significativa de todas foi a nova forma da Corte de julgar os recursos extraordinários. Após o reconhecimento da repercussão geral, o processo paradigma integra de forma definitiva à dinâmica e à significância da jurisdição constitucional.

Ao julgar na repercussão geral com a prévia ciência da sociedade, a admissão de terceiros e a fixação de teses de julgamentos, entre outras inovações, o Supremo expressa o seu posicionamento sobre determinada questão. Ao fazê-lo, a Corte estabelece normas de condutas, que mais do que

orientar aos juízes nacionais, podem transformar a sociedade como um todo, extravasando seus efeitos, por vezes, para além da jurisdição.

O julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida pela Corte muda a metodologia que a Corte aborda a questão. Os ministros ao apreciar o tema, em julgamento no plenário, têm ciência prévia da discussão que será debatida, pois a admissão já foi realizada no Plenário Virtual da Repercussão Geral.

Além disso, passada essa etapa primeira, agora o foco do julgamento não é mais o do reconhecimento, ou não, daquele recurso, é exclusivamente desenvolvido para equalizar as posições dos integrantes da Corte sobre qual a norma jurídica constitucional que deve ser construída para aquele paradigma.

Tem-se uma nova página em termos de segurança jurídica, equidade e isonomia. O julgamento é focado na revelação do entendimento constitucional sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal, e não mais centrada na resolução do caso concreto. A resposta do caso e dos demais devem seguir o entendimento explanado pela Corte. A mudança de perspectiva pode parecer sutil, mas tem efeitos exponenciais.

Com a finalidade de potencializar os efeitos das decisões tomadas, a Corte estabeleceu também a etapa de formulação de teses de julgamentos. Elas visam refletir a posição formada pela Corte, considerada as premissas do caso em debate e, mais significativamente, o entendimento sobre a questão constitucional de acordo com o entendimento dos ministros do STF.

Por algumas vezes, a Corte deixa para fixar a tese em momento posterior a finalização do julgamento, justamente para se buscar uma redação que melhor reflita o posicionamento da Corte.

A criação de teses de repercussão geral, após a finalização do julgamento do processo paradigma, é elemento fundamental para que se tenha a publicidade adequada sobre o que foi decidido pelo tribunal, e possibilitando a sua aplicabilidade aos demais casos, judiciais ou não.

Uma das primeiras mudanças na jurisdição constitucional após a repercussão geral foi como dar resolução às demandas de massa com cunho constitucional pela Corte. Se antes os

posicionamentos eram feitos individualmente, agora a posição da Corte, expressada em um caso paradigma, estabelecem as premissas para a irradiação de efeitos para ~~os demais~~ casos semelhantes.

Grandes questões envolvendo direito tributário, direito previdenciário, envolvendo servidores e administração pública foram analisadas de forma centralizada, possibilitando que a posição da Corte seja expressa de forma efetiva e clara.

Dois temas de repercussão geral, registrados sobre os números 69 e 810, são exemplares para explicar este fenômeno. O tema 69, trata da “Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS”, uma questão tributária que afeta particularmente quase todos os contribuintes, pessoas jurídicas brasileira, foi um dos primeiros temas de repercussão geral reconhecida, no ano de 2008. Foi mais um tema de transição, onde o STF já havia começado a discutir a matéria antes da Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário e, com a possibilidade de se reconhecer a repercussão geral, com efeitos vinculantes, o faz para a melhor gestão processual. A relatora Ministra Cármen Lúcia expressamente tratou da questão na afetação do tema:

“A questão constitucional discutida no recurso extraordinário é também objeto do Recurso Extraordinário n. 240.785, Relator o eminente Ministro Marco Aurélio, pendente ainda de conclusão de julgamento no Plenário do Supremo Tribunal Federal em razão de pedido de vista do eminente Ministro Gilmar Mendes. Naquele julgamento, contam-se seis votos no sentido do seu provimento, tendo havido o pedido de vista pelo douto Ministro Gilmar Mendes, contrapondo-se um dos votos à conclusão do eminente Relator. A afetação daquele recurso, cujo objeto é a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS ao Plenário deste Supremo Tribunal Federal sugere, de pronto, o que me parece ser inegável repercussão jurídica, econômica e social de que se reveste o tema. Todavia, insuficiente será a finalização daquele julgamento sem a qualificadora constitucional da repercussão geral, que, uma vez reconhecida, oferece solução definitiva sobre a matéria e impede a repetição processualmente indevida e socialmente onerosa de outros processos com identidade de objetos e efeitos”. (RE 574.706-RG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24.04.2008, DJe 16.05.2008)

Segundo os dados disponíveis no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, o tema permitiu o sobrestamento de pelo menos 17 mil ações em tramitação nas diferentes instâncias do Poder Judiciário.

A afetação do tema leva a formação de uma posição final da Corte sobre a questão, feita por seu Plenário, em 2017, e explicitada em acórdão fundamentado com mais de duzentas páginas com votos

de todos os ministros. Ou seja, pode se dizer que **essa** é uma posição definitiva sobre o tema e deve ser aplicada em outros casos semelhantes.

A relatora ao final do seu voto propõe uma tese de julgamento para que seja validada pelos demais ministros: “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”. Sendo aprovada pela maioria dos ministros a tese pode ser aplicada a todos os casos que discutem a mesma questão, de forma equânime e com segurança jurídica para todos os envolvidos. Todos os casos terão a mesma solução constitucional, superando os exames específicos de mera admissibilidade recursal, para a aplicação de um precedente definitivo da Corte dentro de sua jurisdição constitucional.

Ao fazer um julgamento que, necessariamente, terá a ampliação de sua aplicação a outros casos e com pretensão de definitividade naquilo decidido, a Corte também possui ~~de~~ novas formas para estabelecer tais diretrizes, por exemplo, estabelecer modulações nos efeitos temporais daquilo que, porventura, fosse decidido. A modulação de efeitos da decisão muito mais do que julgar o caso concreto, visa estabelecer marcos para assegurar o cumprimento da decisão com respeito a segurança jurídica e a isonomia.

Foi o que ocorreu no Tema 69/RG, onde foi considerado que a tese firmada no julgamento modificava a jurisprudência dominante do Tribunal, até então estabelecida, e considerou ainda a relatora “a crise fiscal da União”, o “gravoso impacto no equilíbrio orçamentário e financeiro dos Estados” e a alegação de “impossibilidade de a Receita Federal do Brasil aplicar a decisão em questão,” de forma puramente retroativa, adequadamente”. Assim, definiu que:

“A atual incidência da sistemática de repercussão geral, com efeitos erga omnes e vinculante aos órgãos da Administração Pública e ao Poder Judiciário, recomenda o balizamento dos efeitos do que decidido neste processo, para preservar a segurança jurídica dos órgãos fazendários, ressalvados os casos ajuizados até a data da sessão de julgamento, em 15.3.2017. Admissível a produção de efeitos retroativos para os cidadãos que tinham questionado judicial ou administrativamente a exação, até a data daquela sessão de julgamento.”

Portanto, a Corte entendeu que, a partir da data de julgamento, ~~que~~ a administração pública não poderia mais aplicar entendimento diferente daquele estabelecido pela Corte, mesmo para um caso que não tenha sido ajuizado, demonstrando, empiricamente, uma nova forma de se estabelecer

relações jurídicas. A norma não é somente para aplicação pelo Poder Judiciário, é uma norma de conduta para todo o país.

No caso em questão, o STF ainda estabeleceu um novo tema para reiterar a modulação de efeitos definida no Tema 69/RG. Após o julgamento, ainda havia controvérsia jurisdicional a respeito de como se aplicar a modulação de efeitos. Assim, a então Presidente do STF, Ministra Rosa Weber, propôs novo tema de repercussão geral para “a correta interpretação da modulação de efeitos definida por esta Suprema Corte ao julgamento do Embargos de Declaração no RE 574.706/PR, Tema 69 da repercussão geral”. O tema foi registrado com o número 1.279 e a repercussão geral foi reconhecida, de forma unânime, com reafirmação de jurisprudência já com a fixação de uma tese de julgamento^{xx}.

Ao estabelecer o novo tema, a Ministra Rosa Weber ressalta como a repercussão geral é importante para garantir a segurança jurídica e a isonomia:

“A racionalização da prestação jurisdicional por meio do instituto da repercussão geral provou-se hábil meio de realização do direito fundamental do cidadão a uma tutela jurisdicional mais célere e mais eficiente. O sistema de gestão qualificada de precedentes garante, ainda, maior segurança jurídica ao jurisdicionado, ao permitir que o entendimento desta Suprema Corte, nos temas de sua competência, seja uniformemente aplicado por todas as instâncias judiciais e em todas as unidades da federação”.

Outro tema muito interessante para ilustrar esta relevante mudança de perspectiva é o Tema 810/RG. Neste caso, o STF lidou com a questão de quais seriam os juros de mora e correção monetária aplicáveis nas execuções contra à Fazenda Pública, especificamente nas alterações feitas pela Lei 11.960/2009 no art. 1º-F da Lei 9.494/1997. A decisão da Corte foi pela inconstitucionalidade parcial das alterações do dispositivo, mas além de solucionar a inconstitucionalidade, a Corte também decidiu sobre como aplicar o precedente, apontando qual índice deve ser aplicado, disse o Ministro Relator, Luiz Fux, no final do voto ao determinar a forma de aplicação do precedente:

“(iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.”

[...] “A fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, entendo que devam ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade, a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios

deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, voto pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide”. (RE 870.947, (Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20-09-2017, DJe 20.11.2017)

Ou seja, houve a expressa preocupação de como aplicar o precedente explicitado, a partir da definição de critérios objetivos, para uniformizar a aplicação a todos os demais casos. Como a questão em discussão refletia sobre todas as execuções, esse é certamente um dos temas de repercussão geral mais aplicados, com dados de sobrestamento de mais de 150 mil processos. E, de fato, trata-se de tese (norma jurídica) que continua a ser aplicada a todas as condenações judiciais contra a fazenda pública, referentes aquele período. Infelizmente, não temos a coleta de dados referentes às decisões judiciais que aplicavam tal precedente, mas o fato é que apenas o julgamento com efeitos erga omnes, assim como ocorre no controle concentrado, encerra a discussão jurídica, estabelecendo a norma constitucional e garantindo a segurança jurídica.

Após a definição da tese jurídica, o STF recebeu ainda uma quantidade significativa de recursos em que as cortes de origem não se retratavam, sem aplicar o entendimento do Tema 810/RG, mantendo a aplicação de índices diversos de correção monetária e juros moratórios, tendo em vista que naqueles casos havia determinação diversas feitas durante o juízo de conhecimento, com trânsito em julgado. Para elucidar tal situação, a Corte novamente faz a criação de um novo tema de repercussão geral, especificamente para tratar sobre o que deveria preponderar: a aplicação do posicionamento da Corte ou a circunstâncias do caso particular. O tema foi afetado sob o n. 1170, e sua tese de julgamento ficou assim explanada, com voto condutor do Ministro Nunes Marques:

“É aplicável às condenações da Fazenda Pública envolvendo relações jurídicas não tributárias o índice de juros moratórios estabelecido no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, a partir da vigência da referida legislação, mesmo havendo previsão diversa em título executivo judicial transitado em julgado”. (RE 1.317.982, Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, julgado em 12.12.2023, DJe 08.01.2024)

Mais uma vez, temos um caso em que a Corte opta pela prevalência do entendimento constitucional por ela explicitado como norma jurídica, devendo superar eventuais posicionamentos anteriores de corte inferiores, mesmo que tenham transitado em julgado. O STF enfatiza assim o caráter uniformizador e isonômico de seu posicionamento, devendo ser aplicado na forma por ele estabelecida.

Não só na determinação do precedente e na aplicação ampliada de seus precedentes a Corte mudou a forma de julgar. A repercussão geral possibilitou que os ministros tenham uma visão mais abrangente do que o estritamente discutido no caso concreto, ou do que alegado, na petição de recurso extraordinário. Tal fenômeno é tratado pela doutrina como objetivação ou abstratização do recurso extraordinário, e é reconhecida pela próprio STF em diversas oportunidades:

“(…) De fato, é inegável o processo de objetivação pelo qual tem passado o julgamento do recurso extraordinário, marcado pela convergência entre os modelos clássicos de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado. Como reflexo desse movimento de transição no ordenamento jurídico brasileiro, foi criado o instituto da repercussão geral, pela Emenda Constitucional nº 45/04, que, em linha com instrumentos existentes em outros ordenamentos, como o “writ of certiorari” do direito americano e a “importância fundamental” do direito alemão, inseriu o §3º no art. 102 da Constituição Federal”. (RE 651.703 ED-segundos, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28-02-2019, DJe 07-05-2019).

“Quando a Constituição, na Emenda Constitucional nº 45, fez a opção pelo modelo da repercussão geral, a meu ver - isso já foi observado aqui em outros momentos -, deu-se um fenômeno, gostemos ou não, de certa dessubjetivação ou certa objetivação do recurso extraordinário. O Ministro Sepúlveda Pertence já vinha fazendo essa observação, mas esse passo foi ampliado com a repercussão geral. Conjugado com a súmula vinculante, obviamente isso se torna bastante claro. De modo que esse é um fenômeno que vem se experimentando. É claro que estamos muito longe, hoje, da construção segura da nova dogmática do recurso extraordinário. Estamos, aí, a fazer um pouco um experimentalismo institucional, não é? Estamos a tatear um pouco nesse universo.

É engraçado, Ministro Cezar Peluso, que Heinrich Triepel, numa famosa palestra de 1928, juntamente com Kelsen, celebrando esse modelo do certiorari americano, que era de 1927, dizia: os americanos objetivaram o processo constitucional. É um pouco isso; que de alguma forma nós estamos experimentando no que concerne, agora, ao recurso extraordinário com a repercussão geral.” (RE 579.431-QO, Rel. Min. Ellen Gracie, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ de 24/10/08)

No julgamento de possível prejudicialidade de um recurso com repercussão geral, já previamente reconhecida – em razão do falecimento da parte – a Corte firmou a posição de que a jurisdição constitucional deve prevalecer sobre o eventual prejuízo do caso concreto:

“Direito Constitucional. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Provimento para afastar prejuízo. Objetivação do processo. Reconhecimento da repercussão geral da matéria. 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que, após o início do julgamento do recurso extraordinário, declarou extinto o processo sem exame do mérito devido ao falecimento da parte. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que, uma vez objetivado o processo com reconhecimento da repercussão geral, o julgamento deve prosseguir a fim de que seja fixada a tese, independentemente do interesse subjetivo que esteja em jogo. 3. Agravo regimental provido para entender não prejudicado o recurso extraordinário e determinar o prosseguimento do julgamento” (RE nº 657.718-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, red. do ac. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 25/10/19, grifos nossos).

Nos debates do referido incidente processual consta ilustrativa discussão entre os Ministros reconhecendo a distinção na forma de julgar e a aproximação dos tipos de jurisdição, justamente pela transformação que ocorre após o reconhecimento da repercussão geral:

Min. Alexandre de Moraes: “Presidente, peço vênua ao eminente Ministro-Relator, mas entendo aqui, como já tratado em caso anterior, que, uma vez objetivado o processo, com aceitação da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, é possível a sua continuidade, como sustenta a Defensoria Pública, para que haja a fixação da tese.

Nesse caso específico, eu diria que não só o processo, mas a própria possibilidade de fixação de tese, há tanto tempo esperado, já está maduro para análise. E o próprio Código de Processo Civil autoriza a continuidade, exatamente porque deixa de ser só algo subjetivo para se transformar num verdadeiro controle objetivo”.

Min Luiz Fux: (...) “essa colocação do Ministro Alexandre está exatamente de acordo com a ideia que norteou o novo Código de Processo Civil.

Há uma objetivação do recurso. Então, aqui, costumamos fazer o seguinte: julgamos o recurso sob o ângulo objetivo para fixação de tese e, fixada a tese, aplicamos ao caso concreto. Às vezes, o caso concreto tem até uma solução dissonante da tese fixada, porque tem uma peculiaridade”.

Recentemente, o Supremo Tribunal federal deu mais um passo na harmonização de sua jurisdição, resolvendo uma Questão de Ordem, apresentada pelo Ministro André Mendonça. De forma unânime, a Corte entendeu que eventual impedimento de um ministro no caso concreto, não o impede de participar na fixação da tese de repercussão geral.

Na ementa do julgamento o Ministro Relator cita a questão da objetivação:

(...) 1. “Não é recente a compreensão que vem se formando no âmbito desse Excelso Colegiado quanto à “abtratização” – ou “objetivação” – do controle difuso de constitucionalidade, a partir de uma aproximação contínua e gradual entre os dois sistemas. Nesse sentido, no âmbito da RCL nº 4.335/AC, j. 20/03/2014, p. 22/10/2014, de sua relatoria, pontou o Min. Gilmar Mendes que “a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.” (RE 1.017.365 QO, Rel. Min. André Mendonça, Tribunal Pleno, julgado em 15-08-2023, DJe 08.09.2023)

A questão de ordem foi resolvida da seguinte maneira, separando o impedimento apenas para o caso concreto, e permitindo que o ministro, eventualmente impedido, participe da formulação da tese:

“Nos recursos extraordinários apreciados sob a sistemática da repercussão geral, o impedimento restringe-se à etapa da votação referente ao processo subjetivo e à conclusão de

juízo aplicada às partes, porém, não se aplica à fixação e votação da tese constitucional, pois nesta não se discutem situações individuais nem interesses concretos. Ou seja, deve-se participar da integralidade do julgamento concernente ao tema de repercussão geral (incluindo voto, debates e sessões correspondentes), apenas deixando de apresentar voto sobre a causa-piloto (caso concreto)”.

Um bom exemplo de objetivação do recurso extraordinário ocorreu no Tema 1.199/RG, em que a Corte debateu sobre as alterações introduzidas pela Lei n. 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992). Neste caso, logo após a edição da nova legislação, o STF selecionou um caso dentre aqueles disponíveis em seu acervo, para resolver discussões sobre a forma de aplicação de tais alterações, especialmente na questão de sua retroatividade para ações em curso e/ou transitadas em julgado. O processo selecionado como paradigma ~~pelo~~ foi o ARE 843.989, que já havia tramitado no Supremo e tinha sido devolvido para a corte de origem para eventual adequação a outros temas de repercussão geral. Entretanto, havia sido devolvido, novamente, pela não retração do julgado. O recurso selecionado, não discutia expressamente a aplicação da alteração legislativa, pois foi interposto, no ano de 2012, ou seja, muito antes da mudança. Isso não impediu a formulação das adequadas teses constitucionais e sua aplicação aos demais casos.

A repercussão geral permitiu a aproximação dos dois tipos de jurisdição exercidos pela Corte, o controle objetivo e o controle difuso. Ao alterar as técnicas de julgamento no controle difuso, o STF também passa a emitir de forma clara, suas posições sobre temas da jurisdição constitucional com pretensão de definitividade.^{xxi}

Assim, devido as todas essas mudanças ocorridas, é necessário refletir que a questão mais importante a ser abordada numa petição de recurso extraordinário encaminhada ao Supremo é saber qual a questão constitucional que o recurso permitirá que seja discutido, muito além da resolução do caso concreto.

6. Inovação e repercussão geral: do Plenário Virtual à Vitória

Um dos aspectos mais marcantes e que favoreceu essa transformação implementada pela sistemática, desde a inauguração do uso da repercussão geral, é o da inovação.

Já no início da atuação com a repercussão geral, em 2007, e a fim de solucionar um problema bastante complexo – como abrir tempo para deliberação sobre a admissibilidade da repercussão geral em um colegiado muito demandado com questões de altíssima complexidade e importância – foi desenhada uma solução que possibilitou avanços em todo o Judiciário: a criação de ambiente deliberativo virtual, na Suprema Corte, exclusivamente para análise da existência ou não de repercussão geral^{xxii}.

Certamente o primeiro plenário virtual do STF revolucionou o trabalho e fez cair por terra as críticas e apostas de seu insucesso já no nascedouro, tendo em conta o desafio para apreciação da admissibilidade da repercussão geral na pauta do Plenário, sempre muito concorrida para acomodar mais essa competência.

Esse ponto inovador foi, ao longo do tempo, sendo aperfeiçoado de modo a amplificar o potencial do regime implantando pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Aqui é importante destacar que a inovação não foi somente tecnológica – o que já seria interessante – mas foi efetivada em interpretação muito sofisticada para atribuir a mais ampla aplicação prática dos efeitos da repercussão geral.^{xxiii} e em alterações no Regimento Interno do STF.

xxiv

Para além das inovações acima e, retomando o viés mais tecnológico, a repercussão geral experimentou a primeira inteligência artificial do STF – o projeto Victor – desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília para realizar a inferência dos temas já submetidos à sistemática, a partir da leitura do recurso extraordinário, já no seu ingresso, no tribunal, a fim de aperfeiçoar a triagem e devolução dos autos aos tribunais e turmas recursais de origem, a quem incumbia a tarefa de aplicar ou tema ou sobrestar os processos sobre idêntica questão até definição do mérito pela Corte.

Atualmente, além do Victor^{xxv}, a repercussão conta com outra ferramenta de inteligência artificial: a Vitória. Lançada em maio de 2023, essa ferramenta permite ao STF reconhecer os conjuntos de matérias que ingressam na Corte, em recurso extraordinário. A Vitória é um agrupador que propicia verificar o perfil de demanda que chega à Suprema Corte para identificação de matérias a serem tratadas sob o regime da repercussão geral^{xxvi} (seja para reconhecer a existência de

repercussão geral de matéria constitucional, seja para decidir que não há repercussão geral por se tratar de matéria infraconstitucional).

Em consulta à base de jurisprudência da Corte, é possível identificar, pelo menos, 9 ocorrências de temas de repercussão geral com indicação expressa do uso da VitorIA para auxiliar na detecção dessas questões. Nesses casos, há, na manifestação de repercussão geral, expressa indicação do uso da ferramenta, como segue abaixo:

Com efeito, por meio da utilização da ferramenta de inteligência artificial VitorIA, desenvolvida pela Assessoria de Inteligência Artificial desta Suprema Corte, a Secretaria de Gestão de Precedentes logrou identificar e monitorar pelo menos 247 recursos extraordinários e recursos extraordinários com agravo com questões de direito semelhantes à destes autos, mediante a técnica de agrupamento por similaridade semântica.^{xxvii}

Confira-se, ainda, trecho extraído da manifestação do ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e relator, no Tema 1302^{xxviii}:

Como destacado pelo recorrente, diante do conflito aparente de razões de decidir de duas teses de repercussão geral, que trataram da natureza das contribuições de advogados à OAB, renovou-se a controvérsia sobre a competência jurisdicional para cobrança de anuidades inadimplidas. A insegurança jurídica estimulou a recorribilidade de decisões sobre a competência jurisdicional, assim como tem provocado a instauração de conflitos de competência. Com o apoio de ferramenta de inteligência artificial VitorIA já se identificaram 169 recursos extraordinários sobre a matéria no STF.^{xxix}

As menções expressas nas manifestações de repercussão geral são importantes para dar transparência o uso dessa ferramenta de inteligência artificial para fomentar a criação de temas, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

7. Conclusões

A releitura implementada com o uso efetivo da repercussão geral, a partir da regulamentação da Emenda à Constituição nº 45/2004, proporcionou o resgate do valor constitucional do recurso extraordinário dentro da jurisdição constitucional, com profundas e proveitosas transformações que impactam as posturas tanto do STF quanto de juízos e tribunais além dos representantes das funções

essenciais à justiça, demonstrando a aproximação entre o controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

O diagnóstico a partir dos dados revela o papel destacado da repercussão geral, na dinâmica de julgamentos de processos recursais, no STF e nas demais instâncias, mas demonstra, de igual modo, a insuficiência das informações hoje disponíveis no Banco Nacional de Precedentes do CNJ para uma leitura completa do seu impacto e do potencial de redução da litigiosidade. A proposição da ampliação do mapeamento desses dados é essencial para uma visão fidedigna da relação entre a repercussão geral e o acervo, no STF e no Poder Judiciário, a apontar políticas públicas e adequadas e abrangentes.

A Corte estabeleceu uma nova forma de julgar os recursos afetados na sistemática da repercussão geral. A criação do Plenário Virtual para a prévia afetação de matérias, a gestão de temas específicos e a fixação de teses de julgamentos para futura aplicação são elementos que demonstram a objetivação da discussão jurídica constitucional. Os pronunciamentos emitidos pelo STF dentro da sistemática da repercussão geral têm mudado a forma de operação do direito brasileiro. Assim também se faz necessário refletir que a interposição de recursos extraordinário pelas partes deve levar em consideração a nova estrutura de julgamentos e focar nas questões constitucionais que estão sendo encaminhadas para a solução.

O uso da inovação, permeia os dezessete anos da prática da repercussão geral e, além de garantir a superação de dificuldades iniciais na implantação da sistemática aqui estudada – com o uso do plenário virtual pelo STF para o exame da admissibilidade – juízo de existência/ausência da repercussão geral – foi espreada para o uso de inteligência artificial como ferramenta auxiliar para identificação de questões aptas a serem tratadas sob esse regime, vale dizer, fomentando a criação de temas e a fixação de tese pela Suprema Corte.

8. Referências bibliográficas

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores (Portuguese Edition). Edição do Kindle.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Precedentes, recurso especial e recurso extraordinário. 7. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Levando os Padrões Decisórios a Sério (Portuguese Edition). Atlas. Edição do Kindle.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, 11. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, vol. II.

ERDELYI, Maria Fernanda; IRRELEVÂNCIA SUPREMA -Chega ao Supremo caso da mulher que atropelou cachorro morto. Acesso em 10/07/2024. Disponível em https://www.conjur.com.br/2006-out-24/chega_stf_mulher_atropelou_cachorro_morto/#:~:text=O%20animal%20j%C3%A1%20estava%20morto,morais%20e%20materiais%20que%20sofreu

FERRAZ, Taís Schilling. O precedente na Jurisdição Constitucional (Portuguese Edition) . Editora Saraiva. Edição do Kindle.

FERRAZ, Taís Schilling, Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In: PAULSEN, Leandro . Repercussão Geral No Recurso Extraordinário: Estudos Em Homenagem à Ministra Ellen Gracie, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011.

FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Sistema Brasileiro de Precedentes: principais características e desafios. Acesso em 27/07/2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/70539/43616>

LEAL, Víctor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Revista De Direito Administrativo, 145, 1–20. 1981). Acesso em 27/07/2024. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v145.1981.43387>

MARCHIORI, Marcelo Ornellas. A atuação do Poder Judiciário na formação de Precedentes Definitivos – experiências e desafios. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da repercussão geral: o uso virtuoso do poder de não decidir. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatores ao jus constitutionis. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente (2013), 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente (Portuguese Edition) (p. 143). Edição do Kindle.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes – da Persuasão à Vinculação (2016), 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MEDINA COELHO, Damares. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal – 2014.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. Súmulas e precedentes qualificados (Portuguese Edition) (p. 513). Editora Saraiva. Edição do Kindle.

MOUTA, José Henrique. Recurso extraordinário com repercussão geral e aproximação dos sistemas de controle de constitucionalidade. Acesso em 27/10/2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341672/recurso-extraordinario-com-repercussao-geral-e-aproximacao-dos-sistema>

REGO, Frederico Montedonio. Repercussão geral: uma releitura do direito vigente. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015.

ⁱ Veja-se doutrina de Luiz Fux, de Rodrigo Fux e de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, no artigo: Sistema Brasileiro de Precedentes: principais características e desafios. Acesso em 27/07/2024. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/70539/43616>

ⁱⁱ A Lei 11.418/2006 regulamentou inicialmente a repercussão geral.

ⁱⁱⁱ Emenda ao Regimento Interno do STF nº 21 regulamentou o tratamento da repercussão geral no STF e, a partir da sua publicação, em 03 de maio de 2007, passou-se a exigir a demonstração desse requisito nos recursos.

^{iv} Confira-se, notícia veiculada no portal do STF, na internet, sobre o balanço do primeiro semestre de 2024. Acesso em 27/07/2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/em-sessao-de-encerramento-do-primeiro-semester-de-2024-supremo-valida-balanco-da-gestao/>

^v Recursos extraordinários, recursos extraordinários com agravo e agravos de instrumento.

^{vi} LEAL, Víctor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Revista De Direito Administrativo, 145, 1–20. 1981). <https://doi.org/10.12660/rda.v145.1981.43387>

^{vii} Em 2006, foram 122.844 decisões monocráticas proferidas e, em 2007, 165.534. Dados extraídos do Corte Aberta, no sítio eletrônico do STF. Acesso em 27/07/2024. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/decisooes/decisooes.html>

^{viii} ERDELYI, Maria Fernanda; IRRELEVÂNCIA SUPREMA -Chega ao Supremo caso da mulher que atropelou cachorro morto. Acesso em 10/07/2024. Disponível em https://www.conjur.com.br/2006-out-24/chega_stf_mulher_atropelou_cachorro_morto/#:~:text=O%20animal%20j%C3%A1%20estava%20morto,morais%20e%20materiais%20que%20sofreu

^{ix} Acesso em 27/07/2024. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/apos-julgamento-conjunto-de-processos-sobre-pensao-por-morte-ministros-aplicam-decisao-plenaria-nos-gabinetes/>

^{xi} No tema 1 da repercussão geral, o STF estabeleceu a tese de que é inconstitucional a parte do art. 7º, I, da Lei 10.865/2004 que acresce à base de cálculo da denominada PIS/COFINS-Importação o valor do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e o valor das próprias contribuições.

^{xii} FERRAZ, Taís Schilling, Repercussão geral – muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In: PAULSEN, Leandro . Repercussão Geral No Recurso Extraordinário: Estudos Em Homenagem à Ministra Ellen Gracie, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011. Pp. 95-96.

^{xiii} MARINONI, Luiz Guilherme. Da repercussão geral: o uso virtuoso do poder de não decidir. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

^{xiv} Acesso em 05/07/2024. Disponível no Corte Aberta, no portal do STF: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=ea8942c2-79fa-494f-bf18-ca6d5a3bfb43&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>

^{xv} O acervo de 2024 corresponde ao dia 21/6/2024.No demais anos, a referência é o acervo em tramitação no dia 31/12. Dados extraídos dos relatórios de atividades. Acesso em 15/07/2024. Disponível em: : <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica>

^{xviii} Os casos de ausência de repercussão geral limitado ao caso concreto são julgados monocraticamente pelos ministros e não consta dos números da repercussão geral, no painel do Corte Aberta.

^{xix} Relatório estatístico do Superior Tribunal de Justiça de 2023, Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2023/Relatorio2023.pdf

^{xx} A tese de julgamento ficou assim estabelecida: É aplicável às condenações da Fazenda Pública envolvendo relações jurídicas não tributárias o índice de juros moratórios estabelecido no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, na redação dada pela Lei n. 11.960/2009, a partir da vigência da referida legislação, mesmo havendo previsão diversa em título executivo judicial transitado em julgado.

^{xxi} Sobre essa aproximação, confira-se artigo do professor José Henrique Mouta. Acesso em 27/07/2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341672/recurso-extraordinario-com-repercussao-geral-e-aproximacao-dos-sistema>

^{xxii} ^{xxii} A primeira versão do Plenário Virtual da Repercussão Geral contava somente com ambiente para votação quanto à existência ou não de repercussão geral, conforme se confere dos primeiros temas submetidos a julgamento virtual. Confira-se o quadro de votos do Tema 3 da repercussão geral (Prazo prescricional para a cobrança de contribuições sociais devidas à Seguridade Social), de relatoria da ministra Cármen Lúcia. Acesso em 15/07/2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/detalharProcesso.asp?numeroTema=3>

^{xxiii} Sobre esse ponto, veja-se o RE 582.650 QO, rel. min. Presidente, Ellen Gracie, DJe de 24/10/2008, em que o STF decidiu ser possível avançar para o julgamento de mérito, quando já existente jurisprudência sobre a questão jurídica em debate, o que inserido também em ambiente virtual e objeto de Emenda ao RISTF nº 42, de 2 de dezembro de 2010. Em que assentou, no voto condutor:

A lei processual civil, no § 3o do art. 543-A, torna presumida a existência da repercussão geral, sempre que o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à jurisprudência dominante nesta Corte. [...]

Não estabelece a lei, entretanto, o procedimento a ser adotado nesta Corte e nos Tribunais e Turmas Recursais de origem, em casos tais. Também não define como deva ser tratado o recurso na situação inversa, ou seja, quando a decisão impugnada estiver de acordo com a jurisprudência desta Casa. Impõe-se extrair do texto solução que valorize o regime jurídico, a efetividade, a objetividade e a finalidade do novo instituto, garantindo-

se prestígio à jurisprudência aqui já consolidada. Vale dizer, tornando desnecessário levar a novo julgamento cada uma das questões constitucionais já pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A lei não afastou o regime da repercussão geral para tais situações, chegando a presumir a presença do pressuposto de admissibilidade quando existente jurisprudência dominante, de onde se extrai que o instituto não se aplica apenas às questões constitucionais ainda não julgadas pelo STF.

Em 2009, passou a acomodar também ambiente deliberativo quanto à verificação se havia questão constitucional a ser examinada pela Corte (conforme definido no RE 584.608, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 13/03/2009, Plenário. Tema 144. Posteriormente essa previsão passou a integrar o RISTF pela alteração implementada pela Emenda ao Regimento Interno do STF nº 31, de 29 de maio de 2009).

Confira-se excerto da manifestação, neste caso:

O objetivo do regime é a verificação, no universo de temas constitucionais existentes, quais deles poderão ser analisados no controle difuso, na forma do art. 102, III, da Constituição Federal.

Quanto à demais matérias, podemos, por exclusão, reconhecer a inexistência da ‘repercussão geral das questões constitucionais discutidas’ (CF, art. 102, § 3º) com todos os efeitos daí decorrentes.

Ora, se se chega à conclusão de que não há questão constitucional a ser discutida, por estar o assunto adstrito ao exame da legislação infraconstitucional, por óbvio, falta ao caso elemento de configuração da própria repercussão geral. Não é demais lembrar que o requisito introduzido pela Emenda 45 não exige apenas uma ‘repercussão geral’ num sentido amplo e atécnico da expressão, mas uma repercussão geral juridicamente qualificada pela existência de uma questão constitucional a ser dirimida.

^{xxiv} Essas foram as primeiras de várias alterações para o aperfeiçoamento e aplicação cada vez mais efetiva da sistemática de repercussão geral. A ela se seguiram pelo menos dez emendas ao regimento interno da Corte, conforme quando esquemático abaixo, que trazem as inovações quanto à regulamentação da sistemática no Supremo.

^{xxv} A ferramenta de inteligência artificial denominada Victor faz a inferência, a partir da leitura da peça de recurso extraordinário, se há correlação com tema de repercussão geral já criado. Essa indicação é sempre checada por um humano e auxilia na triagem de recursos, no STF.

^{xxvi} Essa gestão e a análise primeira para inclusão de questões no Plenário Virtual da Repercussão Geral compete à Presidência do Tribunal, em razão do fluxo que foi imprimido desde a inserção do art. 326-A, no Regimento, cuja redação é a seguinte:

Art. 326-a. Os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente, que poderá afetar o tema diretamente ao Plenário Virtual, na forma do art. 323 do regimento interno, distribuindo-se o feito por sorteio, em caso de reconhecimento da repercussão geral, a um dos ministros que tenham se manifestado nesse sentido.

^{xxvii} Trecho extraído da manifestação da Relatora, Min. Rosa Weber (Presidente), no Tema 1261, cuja tese prescreve: É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia acerca da base de cálculo de vantagens de servidor do magistério público, em decorrência de progressão funcional, conforme regulamentação do Estatuto do Servidor Público do Município de Guaíba/RS e do Plano de Carreira e de Remuneração do Magistério Público do Município (Leis municipais 2.586/2010 e 2.784/2011). Acesso em 15/07/2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral13230/false>

^{xxviii} Acesso em 15/07/2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral13768/false>

^{xxix} Esse último tema também contou com dados advindos da cooperação estabelecida entre o STF e o STJ. Sobre isso, veja-se o excerto a seguir: Por sua vez, de acordo com os dados obtidos pelo Acordo de Cooperação Técnica nº 05/2021, firmado com o Superior Tribunal de Justiça, há 291 recursos extraordinários que aguardam remessa a este Tribunal. Acesso em 15/07/2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral13768/false>

A VISÃO DO STJ SOBRE O CABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ORIGINADO DE MANDADO DE SEGURANÇA

Gabriela Pimenta R. Lima, advogada em Moraes Pitombo Advogados, Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), LL.M em Processo e Recursos nos Tribunais pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Pós-Graduada em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil (ABPC).

Lais de Oliveira e Silva, advogada em Pinheiro Neto Advogados, Mestranda pela Universidade de Brasília (UnB), Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil (ABPC).

RESUMO

Neste artigo foi analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com base em julgados proferidos pela Primeira e Segunda Turmas, a partir de março de 2022 - quando a Primeira Seção da Corte Superior julgou a Execução em Mandado de Segurança (ExeMS) 15.254, em que restou decidido que a aplicação do art. 25 da Lei 12.016/2009 estaria restrita à fase de conhecimento -, a maio de 2024, com intuito de identificar os argumentos favoráveis e desfavoráveis utilizados como fundamentação pela Corte Superior a respeito da possibilidade do cabimento de condenação em honorários de sucumbência em cumprimento de sentença originado de decisão prolatada no âmbito de mandado de segurança, considerando a afetação da matéria sob o Tema 1232 da sistemática dos recursos repetitivos. A partir da análise jurisprudencial conclui-se que a Corte tem proferido entendimentos divergentes sobre o tema, inclusive na mesma Turma, com a mesma composição, sendo difícil identificar a *ratio decidendi*, mostrando, portanto, imprescindível que a Corte consolide um posicionamento claro sobre a matéria.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça; Honorários de sucumbência; Cumprimento de Sentença; Mandado de Segurança; Condenação; *Ratio decidendi*.

INTRODUÇÃO

Desde 1969, a Súmula 512/STF, de forma geral, já declarava que “*Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*”. Anos depois, esse enunciado foi praticamente reproduzido na Súmula 105/STJ, publicada em 1994, o qual estabeleceu que “*Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios*”.

Em 2009, a Lei 12.016, também conhecida como Lei do Mandado de Segurança, previu expressamente em seu art. 25 que no mandado de segurança não cabe o pagamento de honorários advocatícios, consolidando legislativamente o que a Súmula 512/STF e a Súmula 105/STJ há anos já previam como orientação preconizada pelas Cortes Superiores (THEODORO JÚNIOR, 2018).

E, finalmente, em 2015, o Código de Processo Civil regulou as exatas hipóteses de fixação dos honorários advocatícios em seu art. 85, §1º, prevendo seu cabimento na **reconvenção**, no **cumprimento de sentença**, provisório ou definitivo, na **execução**, resistida ou não, e nos **recursos interpostos** – mas, ressalta-se que nem o CPC/15, nem a Lei 12.016/09, trataram especificamente da possibilidade de fixação de honorários na fase de cumprimento de sentença de ação mandamental.

Em 2021, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 4296[3], por maioria, declarou a constitucionalidade do art. 25[4], da Lei 12.016/2019, isto é, declarou a constitucionalidade do não cabimento de condenação ao pagamento dos honorários advocatícios em mandado de segurança, sob o argumento segundo o qual a Corte já teria posicionamento firmado na mencionada Súmula 512, pelo não cabimento de honorários de sucumbência na via mandamental. Essa corrente também destacou que o art. 25 não diz respeito aos honorários contratuais, portanto, a vedação não atentaria contra a advocacia.

Nesse sentido, o Ministro Nunes Marques pontuou que a exclusão dos honorários sucumbenciais no mandado de segurança reduz o receio da condenação ao pagamento de honorários, garantindo segurança aos impetrantes quando buscarem a proteção judicial em casos de ilegalidade ou abuso de poder:

A exclusão dos honorários sucumbenciais no mandado de segurança intenta oferecer maior segurança e confiança aos impetrantes para buscarem a proteção judicial em casos de ilegalidade ou abuso de poder. Desse modo, reduz o receio da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais, capaz de desestimular o uso dessa ação constitucional de grande envergadura. O legislador, portanto, oferece, por esse meio, maior eficácia à norma constitucional que prevê o mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX e LXX), sem prejuízo - repito - de que o advogado seja remunerado pelos meios contratuais disponíveis.

Diante da falta de previsão expressa tanto no CPC/15, quanto na Lei 12.016/09, que não trataram da possibilidade de fixação de honorários especificamente na fase de cumprimento de sentença de ação mandamental, e de interpretações divergentes no âmbito do STJ, a matéria foi afetada ao rito dos repetitivos, sob o Tema 1232 (Possibilidade de fixação de honorários advocatícios em cumprimento de sentença decorrente de decisão proferida em mandado de segurança individual, com efeitos patrimoniais).

Na decisão, proferida em 20/09/2023, que afetou os Recursos Especiais 2.053.311/MG, 2.053.306/MG, 2.053.352/MG e 2.053.627/MG como representativos da controvérsia, a Ministra Assusete Magalhães, à época Presidente da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas, ponderou:

A questão acerca da possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais demonstra sua importância, por influir na própria eficácia do remédio constitucional previsto no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição da República, regulamentado pela Lei 12.016/09.

Nesse ínterim, várias decisões foram proferidas pelo STJ, seja no sentido do cabimento da condenação em honorários de sucumbência na fase de cumprimento de sentença, independentemente da natureza da fase de conhecimento – mandamental ou não - ou ainda pelo não cabimento, vez que o art. 25 da Lei 12.016/09 não prevê exceções para o cabimento da condenação em honorários sucumbenciais, independentemente da fase processual.

Diante desse cenário, o intuito deste artigo é o de analisar os argumentos favoráveis e contrários ao cabimento da condenação em honorários de sucumbência na fase executória, sob a ótica dos julgados do STJ.

II. PERSPECTIVA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

No presente artigo foram analisados os julgados do STJ após 29/03/2022, quando a Primeira Seção da Corte Superior^[5] julgou a Execução em Mandado de Segurança (ExeMS) 15.254^[6].

Na ocasião, o colegiado, por unanimidade, decidiu que o art. 25 da Lei 12.016/2009 estaria restrito à fase de conhecimento, portanto, não se aplicando à fase de cumprimento de sentença, mostrando-se incidente a regra geral constante do art. 85, §1º, do CPC, que autoriza a condenação em honorários de sucumbência na fase de cumprimento de sentença, ainda que derivada de mandado de segurança - ressalta-se que o acórdão não especificou se o entendimento se aplicaria ao cumprimento de sentença em mandado de segurança individual ou coletivo.

Após o julgamento da referida ExeMS 15.254, foi realizada pesquisa[7] sobre os julgados da Primeira Turma e da Segunda Turma para compreender como as Turmas estavam julgando o tema.

Até maio de 2024, quando realizada a pesquisa, a Primeira Turma[8] proferiu decisões em sentidos diversos. No julgamento do AgInt no REsp n. 1.917.527[9], ocorrido em 02/05/2022, caso de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, a *“Corte firmou orientação de que são devidos honorários advocatícios em execução individual originária de mandado de segurança coletivo”*.

Poucos dias depois, em 09/02/2022, a Primeira Turma no julgamento do AgInt no REsp 1.968.010[10], em caso de relatoria do Desembargador Convocado Manoel Erhardt, concluiu que *“mero incidente visando ao acertamento da ordem judicial concessiva da segurança, não havendo a formação de processo de conhecimento autônomo, de modo que não há como se afastar a incidência do art. 25 da Lei 12.016/2009”*.

No ano seguinte, o Ministro Paulo Sérgio Domingues, relator do AgInt no AgInt no REsp n. 1.955.594[11] e do AgInt no REsp n. 1.994.560[12], ao julgar os casos, esclareceu no primeiro processo que quando

(...) se trata de liquidação individual de sentença decorrente de ação coletiva é devida a verba honorária, ainda que proveniente de ação mandamental, a teor do disposto na Súmula 345/STJ”, e, no segundo processo, que quando se trata de “verba honorária na fase de cumprimento de sentença em mandado de segurança individual, o STJ entende que em mandado de segurança não são cabíveis honorários advocatícios, consoante o disposto no art. 25 da Lei 12.016/2009 e na Súmula 105/STJ, não havendo ressalva quanto à fase de cumprimento de sentença.

Em 09/10/2023, no julgamento do AgInt nos EDcl no REsp 2.069.576[13], o relator, Ministro Benedito Gonçalves concluiu que *“a jurisprudência deste Tribunal Superior orienta pelo não cabimento de honorários advocatícios de sucumbência na fase de cumprimento de*

sentença, quando proferida em mandado de segurança”, acompanhado pelos demais membros da Turma.

A partir da análise dos casos mencionados, bem como dos outros casos analisados na pesquisa, observou-se que os Ministros apresentam argumentos sobre diversos aspectos da controvérsia, seja diferenciando o cabimento de honorários na fase de liquidação e na fase de cumprimento de sentença; ou ao cabimento de honorários em execução originada de mandado de segurança, sem especificar se seria mandado de coletivo ou individual.

Nos julgados, a Primeira Turma também tratou sobre a aplicação da Súmula 345/STJ, cujo enunciado esclarece que são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas, mas sem esclarecer sua aplicação à hipótese do mandado de segurança.

Concluindo-se que a Primeira Turma[14], por unanimidade, em casos idênticos que tratam sobre o mesmo assunto, utilizou argumentos diversos ora para convergir, ora para divergir, cada Ministro apresentou argumentos diferentes, e às vezes contraditórios, o que dificultou, e até mesmo, impossibilitou, a identificação da *ratio decidendi*.

Além disso, foi possível notar um dado interessante, que os acórdãos analisados decorreram de julgamentos virtuais, o que nos faz questionar se, nessa modalidade de julgamento, os debates estariam prejudicados, causando a mencionada dificuldade na identificação da *ratio*.

Também se observou que a composição do colegiado nos casos analisados foi praticamente a mesma nesses julgamentos, ocorrendo apenas a substituição do Desembargador Convocado Manoel Erhardt quando da posse do Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Na pesquisa também foram analisados julgados da Segunda Turma[15], que assim como na Primeira Turma, não foi possível identificar o entendimento predominante a respeito do tema.

No dia 14/02/2022, no julgamento dos EDcl no AgInt no REsp 1.930.128[16], de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, a Segunda Turma concluiu que

(...) o fato de se tratar, no processo, de cumprimento individual de sentença em mandado de segurança coletivo, não impede, a teor da jurisprudência do STJ, a condenação em honorários advocatícios, destoando o acórdão recorrido, portanto, no ponto, do entendimento desta Corte”. Além disso, pontuou que “Pelo princípio da simetria – da mesma forma que, consoante a Súmula 345/STJ, são devidos honorários advocatícios, pela Fazenda Pública, em Cumprimento Individual de Sentença proferida em ação coletiva, ainda que não embargada –, se vencida a parte exequente,

no julgamento da Impugnação apresentada ao Cumprimento de Sentença, é devida a respectiva verba honorária. Assim, seguindo essa orientação, devem os autos retornar à instância de origem, para que sejam fixados os devidos honorários advocatícios a serem pagos ao ESTADO DE SERGIPE.

Dias depois, no julgamento do AgInt no REsp 1.948.937[17], de relatoria do Ministro Mauro Campbell, a Segunda Turma seguiu o mesmo entendimento do julgamento mencionado anteriormente, inclusive citando-o no acórdão.

Contudo, em 21/03/2022, no julgamento AgInt no REsp 1.931.193[18], de relatoria do Ministro Francisco Falcão, entendeu-se que

Assim, em se tratando de mandado de segurança, é indevida a condenação em honorários advocatícios, consoante dispõe o art. 25 da Lei 12.016/2009 e em conformidade com as Súmulas n. 512 do STF e 105 do STJ, não havendo nenhuma ressalva à fase de cumprimento de sentença. Ao contrário, há precisão quanto ao descabimento da fixação de honorários no processo de mandado de segurança”. E ressaltou que o caso “não se cuida de mandado de segurança coletivo, portanto não é possível aplicar a ressalva ao art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

Nesse caso, não ficou claro se são devidos honorários advocatícios em mandado de segurança em fase de cumprimento de sentença, nem se seriam cabíveis no caso de mandado de segurança coletivo em execução individual.

Poucos meses depois, no julgamento do AgInt no AREsp 1.930.351[19], também de relatoria do Ministro Francisco Falcão, a Segunda Turma aplicou o entendimento exarado na ExeMS 15.254 - já mencionado anteriormente -, incidindo a regra geral prevista no art. 85, § 1º, do CPC, que autoriza o cabimento dos honorários de sucumbência na fase de cumprimento, ainda que derivada de mandado de segurança, acompanhado pelos demais membros do colegiado.

E, mais recentemente, em 11/03/2024, no julgamento do AgInt no REsp 2.097.947, também de relatoria do Ministro Francisco Falcão, a Segunda Turma concluiu que o acórdão recorrido estaria em consonância com a jurisprudência do STJ no sentido de que não são devidos honorários advocatícios de sucumbência na fase de cumprimento de sentença em mandado de segurança, citando diversos julgados, tanto da Primeira, quanto da Segunda Turma[20], e ratificando que não caberia a condenação em honorários sucumbenciais em feitos originados de mandado de segurança, na esteira do disposto na Súmula 105/STJ, não sendo autônomas as ações executiva e mandamental.

Diante desse cenário, dentre os julgados analisados da Segunda Turma[21], apesar de a composição do colegiado ser a mesma, também não foi possível identificar um posicionamento

uníssono do colegiado sobre a controvérsia, apesar de em alguns acórdãos afirmar-se que a jurisprudência sobre o tema é pacífica.

III. OS FUNDAMENTOS DOS JULGADOS QUE ENTENDEM PELO NÃO CABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Neste tópico serão indicados os argumentos que fundamentam a não autorização de cobrança de honorários sucumbenciais em sede de cumprimento de sentença originado de mandado de segurança, sendo identificados os seguintes tópicos: **(III.i)** a função do mandado de segurança e garantia ao jurisdicionado de proteção em face do abuso de poder: os efeitos da ação originária se refletem na fase executória; **(III.ii)** incompatibilidade entre a previsão do CPC e da Lei 12.016/2009: a predominância da lei especial sobre a lei geral e as limitações do art. 24 da Lei 12.016/2009; e **(III.iii)** a exceção da liquidação individual oriunda do mandado de segurança coletivo.

No que tange ao item **III.i**, os fundamentos são especialmente em razão da natureza do mandado de segurança. O instituto foi criado como uma ferramenta apta a proteger e garantir que seja resguardado direito “líquido e certo” aos jurisdicionados. Trata-se de remédio histórico constitucional, constituindo-se verdadeiro mecanismo de defesa das liberdades civis e políticas do cidadão, sendo cabíveis contra atos discricionários e vinculados, além de atos ilegais praticados por autoridades públicas ou particulares que estejam nessa função (MORAES, 2021).

Sendo assim, vez que o remédio constitucional busca resguardar direitos de fácil identificação, não permitindo dilação probatória e buscando coibir o abuso de poder, há de ser remédio de fácil acesso ao jurisdicionado, inclusive não se permitindo a condenação de honorários de sucumbência, tal qual o *habeas corpus*, garantia constitucional que deu origem ao mandado de segurança.^[23] Considerando isso, de acordo com os julgados encontrados nesta pesquisa, a condenação em honorários de sucumbência não poderia servir como um desestímulo aos requerimentos contra arbitrariedades e ilegalidades.

Além disso, tendo em vista que o polo passivo do mandado de segurança é constituído por uma autoridade coatora, haveria problemas para identificar o responsável pelo pagamento

da condenação de honorários, já que o Estado não necessariamente terá interesse na demanda (ROSAS, 2012).[\[24\]](#)

Sendo essa, portanto, a natureza conferida ao mandado de segurança pela Constituição Federal, a excepcionalidade da ausência de condenação em honorários advocatícios não poderia ser modificada em sede de cumprimento de sentença. As fases - conhecimento e executória - não podem ser consideradas como autônomas. Em verdade, uma decorre da outra, sendo interdependentes.[\[25\]](#) Dessa forma, se não há condenação em honorários na fase de conhecimento, não haveria como atribuir uma excepcionalidade para a fase executória.

Esse racional se aplicaria em outras ações regidas por lei especial, por exemplo, em ações ajuizadas perante o Juizado Especial. Nessas ações a condenação em honorários sucumbenciais é limitada na ação de conhecimento, sendo cabíveis somente quando há interposição de recurso, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/1995.

Dessa forma, de acordo com o Enunciado 97 do FONAJE[\[26\]](#), os honorários em sede de cumprimento de sentença não são cabíveis. Veja que, nesta hipótese, a fase executória não se desvincula da natureza da ação originária da fase de conhecimento. O mesmo não poderia ocorrer com o mandado de segurança.

Já em relação ao item **III.ii**, trata-se de debate essencialmente a respeito da preponderância da lei especial sobre a lei geral. Defende-se a aplicabilidade do princípio da especialidade, qual seja: concorrendo duas proposições jurídicas incompatíveis, isto é, uma lei especial que impede a condenação em honorários advocatícios e, de outro lado, um regramento geral autorizando tal condenação, prevalece a lei especial, em observância ao velho princípio, *lex specialis derogat legi generali* (a lei especial derroga a lei geral).

Uma vez que o art. 25 da Lei 12.016 prevê expressamente a ausência de condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, embora o art. 85 do CPC autorize tal condenação, por se tratar de lei geral, não poderia prevalecer sobre a limitação da legislação especial. [\[27\]](#)

Ainda que se mencione que a norma geral é aplicável na hipótese de omissão da lei especial, considerando-se que o art. 25 da Lei 12.016 estaria se tratando somente da fase de conhecimento do mandado de segurança, não seria possível aplicar a previsão do CPC. Isso porque o art. 24 da Lei 12.016 somente autoriza a aplicação do CPC no que tange ao litisconsórcio, fazendo remissão direta aos dispositivos. O legislador foi claro ao citar quais seriam os termos da norma geral aplicáveis ao regramento específico.

Portanto, o cabimento da condenação de honorários advocatícios em sede de cumprimento de sentença somente poderia ocorrer por mudança legislativa, não cabendo ao judiciário conferir interpretação que ultrapassa a previsão legal.

Por fim, no que tange ao item *III.iii*, durante a pesquisa foi possível encontrar fundamentação de alguns julgados autorizando a incidência de condenação em honorários de sucumbência na hipótese de liquidação individual oriunda do mandado de segurança coletivo[28]. Esse entendimento se deu em razão da coletividade da demanda, por aplicação subsidiária do enunciado da Súmula 345/STJ a qual prevê que “*São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas*”.

Tal autorização se caracteriza como uma exceção ao pagamento e condenação em honorários em fase executória justamente em razão do caráter coletivo da demanda, de acordo com o STJ. Apesar desse entendimento, não foi possível identificar se a condenação em honorários em mandado de segurança coletivo (a) se limitaria apenas à Fazenda Pública, de modo que não se aplicaria às demais execuções individuais; (b) maiores debates sobre a (in)compatibilidade da previsão da Lei 12.016 e a excepcionalidade conferida às execuções individuais dos mandados de segurança coletivos.

IV. OS FUNDAMENTOS DOS JULGADOS QUE ENTENDEM PELO CABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Nos julgados em que a conclusão é pelo cabimento de condenação em honorários de sucumbência no cumprimento de sentença originado de mandado de segurança, foi possível identificar as seguintes fundamentações: (*IV.i*) a aplicação do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 restringe-se à fase de conhecimento, não sendo cabível na fase de cumprimento de sentença; e (*IV.ii*) na hipótese de cumprimento de sentença individual originado de mandado de segurança coletivo haveria possibilidade de condenação em honorários sucumbenciais, por aplicação do entendimento da Súmula 345/STJ.

No que diz respeito ao item *IV.i*, a compreensão foi de que, na fase executória do mandado de segurança, a legitimidade passiva deixa de ser da autoridade impetrada e passa a ser do ente público ao qual a autoridade coatora se encontra vinculada. Dessa forma, a proteção

conferida pelo mandado de segurança aos agentes públicos no exercício de sua função deixa de ser aplicável, podendo incidir a regra geral do art. 85, § 1º, do CPC.

Ou seja, o entendimento foi de que haveria uma limitação imposta pelo art. 25 da Lei nº 12.016/2009, sendo esse dispositivo vigente até a fase de conhecimento do *mandamus*. Quando iniciada a fase executória, a lei especial não teria aplicabilidade, de modo que a lei geral prevalece.

Trata-se de uma interpretação legislativa inédita, já que não há limitação expressa feita pelo legislador. Além disso, ao desvincular as características da ação em sua fase de conhecimento e na sua fase executória, em verdade se está criando uma autonomia procedimental da execução, em que não necessariamente obedece aos limites estipulados pela fase de conhecimento.

Nos julgados que posteriormente citam o entendimento acima não há maior desenvolvimento a respeito da tese aplicada, de modo que a compreensão da *ratio decidendi* decisória fica comprometida.

Já a respeito do fundamento *IV.ii*, o cabimento da condenação em honorários de sucumbência em execução individual de mandado de segurança coletivo originou-se da aplicação subsidiária da já mencionada Súmula 345/STJ.

Ao analisar os precedentes que originaram a edição da referida súmula nota-se que tal enunciado foi editado para afastar a aplicabilidade do art. 4º da Medida Provisória 2.180-35, que exclui o pagamento dos honorários advocatícios devidos pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas.

A conclusão se deu em razão do trabalho realizado pelos advogados nas execuções individuais originadas das ações coletivas, visto que é indispensável a contratação de advogado para promover a liquidação do valor a ser pago e a individualização do crédito.

Não obstante, nos precedentes não há nenhuma menção à hipótese do mandado de segurança. Ainda que o racional desenvolvido nos precedentes seja de certo modo aplicável para o mandado de segurança coletivo - há trabalho desenvolvido pelos advogados nas execuções individuais oriundas de mandado de segurança coletivo -, a norma reguladora é diversa (Lei nº 12.016/2009).

Também não foram encontradas razões que justificassem a exceção conferida nas execuções individuais, além da fundamentação a respeito do trabalho desenvolvido pelos advogados. Tal argumento se mostra fragilizado se não desenvolvido com maior profundidade,

dado que há também trabalho desenvolvido pelos patronos na ação de conhecimento mandamental, mas não há condenação de honorários de sucumbência.

V. CONCLUSÃO

Após a análise dos julgados do STJ a respeito do cabimento de condenação em honorários de sucumbência em execução originada de mandado de segurança foi possível notar que não há um posicionamento consolidado do Tribunal a respeito do tema. Inclusive, há divergência de entendimento entre as Turmas, até mesmo entre os próprios julgadores.

No exame dos julgados verificou-se que há acórdãos prolatados pela mesma Turma, à unanimidade, no mesmo ano, com apenas meses de diferença, em sentido opostos. Sendo que em momento defende-se a incidência da condenação em honorários advocatícios, mas no segundo momento entende-se pela não incidência, sem que fosse realizada *distinguish* entre os casos para fundamentar a aplicação de entendimento diverso.

Além do mais, também foi possível notar que a jurisprudência do STJ se mostrou consolidada a respeito do não cabimento de condenação em honorários advocatícios em mandado de segurança, ao menos na fase de conhecimento, aplicando-se a literalidade do art. 25 da Lei 12.016/2009, conforme previsão da Súmula nº 105/STJ.

Por outro lado, no tocante à fase de cumprimento de sentença, o que se percebe é que há julgados que buscam driblar a previsão legal para contemplar o trabalho exercido pelos advogados quando da fase executória, admitindo-se que tal fase desencadearia um novo momento processual, desvinculado da ação principal na fase de conhecimento.

Dentro os julgados encontrados que defendem o cabimento da condenação em honorários na fase executória não foi possível identificar uma fundamentação robusta a respeito da tese defendida, limitando-se os julgados a aplicar o art. 85, § 1º, do CPC, sem grande desenvolvimento cognitivo.

Cabe destacar que neste artigo não se busca defender o não cabimento da condenação em honorários advocatícios em fase executória originada de mandado de segurança. O que ora se pretende é colocar luz a respeito da fragilidade argumentativa desenvolvida pelo STJ até o momento. A própria divergência de entendimento nos julgados denota a importância de se desenvolver argumentos mais sólidos para modificar um raciocínio já consolidado, destacando-se, inclusive, a própria previsão legal.

Por fim, uma definição a respeito da controvérsia por meio do julgamento do Tema Repetitivo 1232 parece uma boa oportunidade para que o STJ possa desenvolver melhor os fundamentos que possam (ou não) excetuar a aplicação de jurisprudência há muito consolidada pela Corte Superior a respeito da extensão e aplicabilidade do art. 25 da Lei 12.016/2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 de jul. 2024.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 37 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do Mandado de Segurança comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

[1] AgInt na ImpExe na ExeMS n. 15.254/DF, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei do Mandado de Segurança comentada*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

[3] ADI 4.296, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 09/06/2021, publicado em 11/10/2021.

[4] **Art. 25.** Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

[5] Os Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF5) votaram com o Ministro Relator, Sérgio Kukina. Presidiu o julgamento o Ministro Og Fernandes.

[6] AgInt na ImpExe na ExeMS n. 15.254/DF, Relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.

[7] Utilizando como parâmetro de pesquisa os julgamentos ocorridos de 01/01/2022 a 12/05/2024, da Primeira e Segunda Turmas, os termos “honorários”, “advocatícios”, “cumprimento”, “mandado” e “segurança”, chegamos a 26 julgados, dos quais apenas 18

analisaram o mérito ou tratavam exatamente da mesma discussão do Tema 1232, sendo 10 acórdãos da Primeira Turma, e 8 da Segunda Turma.

[8] AgInt no REsp n. 1.917.527/SE, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 10/5/2022; AgInt no REsp n. 1.968.010/DF, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022; AgInt no REsp n. 2.010.538/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 30/11/2022; AgInt no REsp n. 2.038.518/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023; AgInt no AgInt no REsp n. 1.955.594/MG, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 6/6/2023; AgInt no REsp n. 1.994.560/MG, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 22/6/2023; AgInt nos EDcl no REsp n. 2.069.576/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 11/10/2023; AgInt no REsp n. 2.016.469/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 27/10/2023; AgInt no REsp n. 2.002.932/MG, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 20/11/2023, DJe de 22/11/2023; e EDcl no AgInt nos EDcl no REsp n. 2.069.576/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 14/3/2024.

[9] AgInt no REsp n. 1.917.527/SE, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 10/5/2022.

[10] AgInt no REsp n. 1.968.010/DF, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 11/5/2022.

[11] AgInt no AgInt no REsp n. 1.955.594/MG, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 6/6/2023.

[12] AgInt no REsp n. 1.994.560/MG, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 22/6/2023.

[13] AgInt nos EDcl no REsp n. 2.069.576/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 11/10/2023.

[14] *Vide* nota 8.

[15] EDcl no AgInt no REsp n. 1.930.128/SE, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 14/2/2022, DJe de 16/2/2022; AgInt no REsp n. 1.948.937/SE, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 2/3/2022; AgInt no REsp n. 1.931.193/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/3/2022, DJe de 24/3/2022; AgInt no AREsp n. 1.930.351/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 13/6/2022, DJe de 15/6/2022; AgInt no AgInt no AREsp n. 2.127.997/MG, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado

em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023; AgInt no REsp n. 2.077.950/MG, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 21/9/2023; AgInt no REsp n. 2.075.069/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023; e AgInt no REsp n. 2.097.947/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 14/3/2024.

[16] EDcl no AgInt no REsp n. 1.930.128/SE, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 14/2/2022, DJe de 16/2/2022.

[17] AgInt no REsp n. 1.948.937/SE, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 2/3/2022.

[18] AgInt no REsp n. 1.931.193/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/3/2022, DJe de 24/3/2022.

[19] AgInt no AREsp n. 1.930.351/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 13/6/2022, DJe de 15/6/2022.

[20] *Vide* nota 8.

[21] *Vide* nota 15.

[22] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 37^a ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 216.

[23] Texto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, anexo às razões da edição da Súmula nº 105/STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=105>. Acesso em: 24.5.2024.

[24] ROSAS, Roberto. Direito Sumular. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

[25] Nesse sentido: REsp n. 1.849.248/PR, rel. Min. Herman Benjamin, 2^a Turma, julgado em 22.9.2020.

[26] ENUNCIADO 97. A multa prevista no art. 523, § 1º, do CPC/2015 aplica-se aos Juizados Especiais Cíveis, ainda que o valor desta, somado ao da execução, ultrapasse o limite de alçada; a segunda parte do referido dispositivo não é aplicável, sendo, portanto, indevidos honorários advocatícios de dez por cento (nova redação) (XXXVIII Encontro - Belo Horizonte/MG).

[27] Fundamentação constante do voto do Ministro José Dantas nos autos do EREsp n. 880-RS que originou a edição da Súmula 105/STJ.

[28] Nesse sentido: STJ, REsp n. 1.740.156/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje de 11/10/2019; AgInt no AREsp n. 933.746/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Dje de 31/10/2018; AgInt no AREsp n. 1.105.381/SP, relator

Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dje de 27/11/2017, AgInt no AREsp n. 1.350.736/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 12/12/2019.

OS MÓDULOS EXECUTIVOS EM DEMANDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, pós-doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), doutor e mestre (Universidade Federal do Pará), Professor do CESUPA (PA) e IDP (DF), procurador do estado do Pará e advogado.

1- Introdução

No presente texto pretendo enfrentar aspectos ligados às múltiplas decisões judiciais que podem ser proferidas em desfavor da Fazenda Pública, bem como seus reflexos no sistema de cumprimento e na fluência do prazo prescricional.

Os questionamentos ligados à possibilidade de desmembramento do objeto litigioso nas causas em desfavor da Fazenda Pública ganham maior relevância quando se discute forma de satisfação da decisão judicial: *obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa e pagamento de quantia em desfavor dos Entes Públicos*.

Neste fulgor, é possível a existência de *múltiplos módulos/circuitos executivos judiciais* (simultâneos ou sucessivos) na mesma relação jurídica processual, gerando variáveis formas de cumprimento e reflexos no prazo prescricional da pretensão executiva.

Vamos aos argumentos:

2-Do fracionamento do objeto litigioso nas demandas envolvendo a Fazenda Pública: cumprimento provisório e definitivo de quantia simultaneamente? A progressividade dos módulos executivos e da coisa julgada

Aspecto extremamente importante e que gera grandes questionamentos em relação às demandas movidas contra a Fazenda Pública, é a possibilidade de resolução imediata do pedido incontroverso e a formação de vários títulos executivos (*ou módulos/circuitos executivos*) sucessivos no mesmo processo, o que já era (timidamente) permitido pelo sistema processual anterior, e foi estimulado, inclusive com previsão expressa, no CPC/15 (art. 356, dentre outros).

Realmente, dependendo do caso concreto e da conduta do réu, é possível a existência de *atos incontroversos/pedidos controversos* (como no caso em que o réu impugna o pedido do autor, mas não os fatos constitutivos do direito suscitados na peça de ingresso); ou *pedido incontroverso* (casos como o de reconhecimento jurídico, transação, etc.). Estes casos desafiam o enfrentamento da resolução de mérito (*total ou parcial,¹ enquadrando-se nas disposições dos arts. 355, I e 356, I, do CPC/15*) e, em caso de formação de coisa julgada, a inauguração da fase de cumprimento, mesmo estando outro capítulo litigioso ainda na fase de cumprimento.

¹ O exemplo e as observações apresentadas por Marcelo Abelha Rodrigues são precisas e merecem transcrição: “Se João propõe duas demandas em face de José e este oferece contestação em apenas uma delas, certamente que se afastando da regra do art. 320, tudo leva a crer que será aplicado o art. 330, II, o CPC (julgamento antecipado da lide). Todavia, se João propõe uma só demanda com dois pedidos cumulados, por razões de economia processual, e José contesta apenas um deles, porque não se admitir um julgamento antecipado parcial, ou seja, daquilo que não foi impugnado? Ora, deixando as indagações de lado, a verdade é que pelo menos, a partir de agora, numa hipótese como esta última, poderá João ser beneficiado com a antecipação da tutela, caso a queira”. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 222.

O desmembramento decisional ocasiona o fracionamento do objeto e a abertura de circuitos diferentes (de conhecimento e executivo simultaneamente).

Como é de conhecimento geral, será possível o julgamento antecipado parcial do mérito quando um ou mais dos pedidos formulados pelo autor, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso (art. 356, I, do CPC/15). O caso em comento é de *antecipação do próprio objeto litigioso* e não apenas dos efeitos da tutela, inclusive, ensejando a formação da coisa julgada e o cumprimento parcial (do capítulo decidido) e definitivo (acaso transite em julgado), como expressamente consta no §3º, do art. 356, do CPC²⁻³.

Neste contexto, não há dúvida acerca da importância do julgamento antecipado de mérito (total ou parcial) como instrumento de aceleração da tutela jurisdicional (aceleração decisional)⁴, desde que atendidos os requisitos previstos na legislação processual e não haja necessidade de produção probatória (STJ - AgInt no AREsp

² Como aduz Fredie Didier de Souza Jr., em obra elaborada em co-autoria: “não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material. E, por ser definitiva, desgarra-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CHEIM JORGE, Flávio e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72).

³ Aliás, sobre o assunto escreve Flávio Luiz Yarshell (dispositivos do CPC/73): “situação diversa ocorre se a antecipação da tutela se dá porque parte da demanda é incontroversa, conforme dicção do §6º do art. 273 do CPC. É que, nesse caso, conforme anteriormente acenado, parece lícito afirmar que não há mais o caráter de ‘provisório’ no ato; tanto que a doutrina tem afirmado que, nessa hipótese, não vigora o limite do ‘perigo de irreversibilidade’ de que fala o §2º do art. 273 da lei processual”. E conclui: “e, sendo assim, não há como negar que, mesmo veiculado por decisão interlocutória, há julgamento do mérito, a ensejar desconstituição por ação rescisória”. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 197.

⁴ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *O fracionamento do objeto litigioso e as técnicas de aceleração decisional no CPC/15*. <https://www.migalhas.com.br/depeso/346587/o-fracionamento-do-objeto-litigioso>. Acesso em 14.05.2024.

1287578 / RJ — Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva — 3ª T — J. em 8/6/2020 — DJe 18/06/2020)⁵.

Percebe-se, portanto, que a resolução definitiva e parcial do pedido incontroverso é absolutamente necessária quando se está diante da necessidade da busca de um processo civil de resultados, desmembrando-se o pronunciamento meritório, inclusive, com a superação do dogma da incindibilidade do julgamento de mérito – unicidade da sentença.⁶ Aliás, o desmembramento também ocorre nas fases procedimentais, com parte do feito ainda na de conhecimento, e a parte já resolvida em definitivo, na fase de cumprimento (provisório ou definitivo) – fases simultâneas na mesma relação jurídica processual, portanto.

No tema, vale citar passagem da Ementa de Acórdão proveniente da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde restaram bem demonstrados: a) o objetivo e cabimento do art. 356, do CPC/15; b) a superação do dogma da unicidade da sentença; c) a possibilidade de desmembramento do objeto pelos Tribunais:

“2. O propósito recursal é dizer sobre a) a possibilidade de o Tribunal, no julgamento de recurso de apelação, valer-se da norma inserta no art. 356 do CPC/2015, b) a causa do evento danoso e a comprovação dos

⁵ Ainda no tema, vale citar o item da Ementa 4 do Acórdão proferido no AgInt nos EDcl no REsp 1451163 / PR (STJ - 1ª Turma – Relator Ministro Sérgio Kukina – J. em 20/04/2020 – DJe 24/04/2020): “Se os elementos constantes dos autos são suficientes à formação da convicção, tal como verificado na hipótese dos autos, é lícito ao juiz conhecer diretamente do pedido, proferindo julgamento antecipado da lide, sem que isso implique cerceamento de defesa”.

⁶ Não se deve olvidar, por outro lado, que o julgamento definitivo e desmembrado do mérito é fenômeno que consagra os princípios constitucionais ligados à efetividade da prestação jurisdicional, ao devido processo legal e à duração razoável do processo, permitindo que a tutela jurisdicional seja concedida de forma definitiva no que respeita ao pedido incontroverso, prosseguindo o feito apenas no que respeita à sua porção controvertida. Há a necessidade, em atenção aos citados princípios constitucionais, de superação mais ampla (e não apenas em situações excepcionais) do dogma “della unità e unicità della decisione”.

danos materiais, c) o cabimento da revisão da indenização por danos extrapatrimoniais, d) o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre o valor da indenização, e) a possibilidade de a Corte local determinar a complementação das provas, f) a ocorrência de sucumbência recíproca e g) a viabilidade de condenar o vencido ao pagamento de honorários advocatícios quando da prolação de decisão parcial do mérito. 3. O art. 356 do CPC/2015 prevê, de forma clara, as situações em que o juiz deverá proceder ao julgamento antecipado parcial do mérito. Esse preceito legal representa, portanto, o abandono do dogma da unicidade da sentença. Na prática, significa dizer que o mérito da causa poderá ser cindido e examinado em duas ou mais decisões prolatadas no curso do processo. Não há dúvidas de que a decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito da demanda é proferida com base em cognição exauriente e ao transitar em julgado, produz coisa julgada material (art. 356, § 3º, do CPC/2015). 4. No entanto, o julgador apenas poderá valer-se dessa técnica, caso haja cumulação de pedidos e estes sejam autônomos e independentes ou, tendo sido deduzido um único pedido, esse seja decomponível. Além disso, é imprescindível que se esteja diante de uma das situações descritas no art. 356 do CPC/2015. Presentes tais requisitos, não há óbice para que os tribunais apliquem a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito. Tal possibilidade encontra alicerce na teoria da causa madura, no fato de que a anulação dos atos processuais é a ultima ratio, no confinamento da nulidade (art. 281 do CPC/2015, segunda parte) e em princípios que orientam o processo civil, nomeadamente, da razoável duração do processo, da eficiência e da economia processual” (REsp 1845542 / PR – Rel. Min. Nancy Andrichi – J em 11/05/2021 -DJe 14/05/2021)⁷.

Este tema *resolução parcial de mérito* ganha fôlego especial quando se trata de demandas promovidas em face da Fazenda Pública, tendo em vista as regras ligadas à satisfação

⁷Tive oportunidade de fazer breves comentários sobre este Acórdão. Em *Julgamento parcial de mérito pelos tribunais e acerto do STJ no Resp 1.845.542*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-31/araujo-julgamento-parcial-merito-pelos-tribunais-stj>. Acesso em 14.5.2024.

das obrigações pecuniárias apenas mediante *sentença judiciária*. Duas questões devem ser enfrentadas neste momento: a) a resolução parcial de mérito é cabível contra a Fazenda Pública (especialmente nos casos envolvendo obrigação de pagar)? b) será possível o cumprimento (provisório ou definitivo) de tal capítulo meritório (art. 356 do CPC/15) com o prosseguimento do feito em relação ao que não foi decidido neste momento?

A primeira indagação provoca a necessidade de interpretação do Texto Constitucional, tendo em vista a previsão de que a execução será apenas de sentença judiciária (art. 100, da CF/88). Uma coisa é certa: a resolução de parte do mérito (julgamento antecipado parcial) ocorrerá mediante decisão interlocutória sujeita a Agravo de Instrumento (art. 1015, II, do CPC/15), com o objetivo de evitar o trânsito em julgado (art. 356, §§3º e 5º, do CPC/15).

Logo, há a necessidade de se ampliar o conceito previsto na CF/88, para permitir o cumprimento (parcial) de decisão interlocutória definitiva pecuniária contra a Fazenda Pública, desde que não tenha sido interposto recurso e não seja hipótese de remessa necessária. Por exemplo, sendo reconhecida a possibilidade de julgamento antecipado parcial do pedido incontroverso ligado a obrigação de pagar, nada impede que a demanda prossiga contra o Ente Público em relação ao pedido controvertido, ao mesmo tempo em que se promova o cumprimento definitivo do capítulo resolvido antecipadamente, com posterior pagamento através de Precatório Requisitório ou Requisição de Pequeno Valor (*art. 100 da CF 88 – com uma ampliação do conceito de sentença judiciária contida no Texto Constitucional*).

Ora, se o sistema processual permite, e até incentiva, a cumulação de pedidos, o amadurecimento precoce de um deles enseja o desmembramento da tutela definitiva e a abertura do módulo executivo em relação a este capítulo. Esta afirmação serve

para se concluir que a sentença, por vezes, é o pronunciamento que encerra no máximo procedimento em 1º grau (isso sem falar no cumprimento do julgado); contudo, nos casos de pedidos cumulados, sendo um deles apreciado imediatamente – rejeitado ou acatado – tal decisão não se configura sentença, mas sim decisão interlocutória definitiva com a inauguração do módulo executivo parcial e possibilidade de formação de coisa julgada.

Aliás, é possível responder à segunda indagação acima afirmando que não há qualquer impedimento ao desmembramento da relação processual em demanda contra a Fazenda Pública, com um módulo ou circuito em sede de cumprimento (provisório ou mesmo definitivo) – inclusive com a possibilidade de formação de coisa julgada progressiva, enquanto o outro, talvez o objeto principal, ainda na fase de conhecimento.

Em recente julgado, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou claro que a coisa julgada progressiva prestigia princípios constitucionais processuais, como se observa na seguinte passagem:

“A sistemática do Código Processual, ao albergar a coisa julgada progressiva e autorizar o cumprimento definitivo de parcela incontroversa da sentença condenatória, privilegia os comandos da efetividade da prestação jurisdicional e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988 e 4º do CPC/2015), bem como prestigia o próprio princípio dispositivo (art. 2º do CPC/15)” (STJ – 2ª T – AgInt no AgInt no REsp 2038959 – Rel. Min. Herman Benjamin - J. 16.04.2024).

Aliás, é possível o disparo do módulo executivo (cumprimento provisório ou definitivo) da decisão advinda do julgamento antecipado parcial contra a Fazenda Pública, que tenha reconhecido obrigação de fazer, não fazer ou coisa (art. 536 a 538, do CPC), inclusive com imposição de multa cominatória.

É importante concluir este momento de reflexão, com a ratificação da assertiva já feita, no sentido de que o sistema processual admite a formação de múltiplos circuitos executivos sucessivos na mesma relação processual, inclusive em desfavor da Fazenda Pública, com prazos e procedimentos próprios, restando, com isso, uma parte do feito em fase (de cumprimento) distinta de outra (conhecimento).

De outro prisma, é possível a existência de múltiplos títulos executivos – múltiplos módulos executivos (*fazer, não fazer, coisa ou quantia*) simultâneos e decorrentes da mesma decisão judicial, com reflexos na análise dos respectivos procedimentos e na prescrição da pretensão, como se passa a demonstrar.

3- Múltiplos títulos executivos advindos da mesma decisão judicial contra a Fazenda Pública e os módulos de cumprimento: a prescrição e o caso específico do mandado de segurança com reflexo pecuniário

Além das situações envolvendo a resolução parcial com a formação de módulos executivos e coisa julgada progressiva na mesma relação processual, é importante perceber que estes diversos circuitos podem ser disparados em decorrência da mesma decisão judicial, inclusive em demandas que envolvem a Fazenda Pública.

Destarte, é interessante notar que determinada situação jurídica concreta pode permitir a inauguração de vários módulos executivos sucessivos (como mencionado anteriormente) ou simultâneos, inaugurando o sistema de cumprimento de acordo com o procedimento previsto na lei de regência e refletindo no prazo para o exercício da pretensão executiva. Assim, seja na hipótese ligada à tutela provisória/resolução parcial de mérito (*com obrigação de fazer a ser cumprida de forma provisória ou definitiva*), seja

em caso de sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública com obrigação de pagar e fazer simultaneamente, o tema é o mesmo: *cumprimento de múltiplos pronunciamentos judiciais no mesmo processo e as suas consequências.*

Superada a discussão quanto à possibilidade de múltiplos pronunciamentos de mérito e formação de coisa julgada progressiva também nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, cumpre a analisar as consequências práticas em relação aos módulos executivos simultâneos e a ocorrência da prescrição em razão da falta de iniciativa ligada ao cumprimento de cada uma das ordens judiciais.

Visando o desenvolvimento do assunto, e a análise da interpretação recente do Superior Tribunal de Justiça, serão utilizados dois exemplos, sendo o primeiro deles já tratado neste texto: a) *juízos parciais de mérito e início da fase de cumprimento, estando outra parte do processo ainda na fase de conhecimento;* b) *único pronunciamento judicial, contendo obrigação de fazer e pagar, cujos módulos/ circuitos executivos são diversos e autônomos, o que ocorre, por exemplo, nas decisões concessivas de segurança com reflexos pecuniários.*

As observações relacionadas ao item *a*, servem de ponto de partida para a análise das situações em que a mesma decisão judicial permite seja inaugurado mais de um módulo executivo, com características e procedimentos próprios.

Destarte, é necessário ratificar a possibilidade de existência de múltiplos títulos executivos (*fazer, não fazer, coisa ou quantia*) em um só processo, gerando a necessidade de estudo de qual será o procedimento a ser adotado em cada um dos circuitos de cumprimento e os reflexos em relação à fluência do prazo para o exercício da pretensão executiva.

Não se pode esquecer que *determinações judiciais autônomas no mesmo processo geram início fluência de prazo e procedimentos de cumprimento também autônomos, inclusive com possibilidade de desmembramento processual.*

No tema, vale citar passagem da Ementa do Acórdão do STJ no AgInt no EmbExeMS 8468/DF – 3ª Seção – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – J. em 10.08.2022 – DJe 15.08.2022:

“O cumprimento da obrigação de pagar constitui pretensão autônoma e poderia ter sido iniciado mesmo sem o efetivo cumprimento da obrigação de fazer, sendo que eventuais parâmetros de cálculo poderiam ter sido discutidos no âmbito da própria execução. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, inclusive, adota o posicionamento no sentido de que o prazo prescricional para exercício da pretensão executória é único, de forma que a execução da obrigação de fazer não tem o condão de interromper a fluência do prazo prescricional da obrigação de pagar”.

No mesmo sentido (pretensões executivas simultâneas), é importante transcrever passagem da Ementa do Acórdão AgInt no REsp 1608714 / PE – 2ª T/STJ – Rel. Francisco Falcão – J. em 15/08/2022 - DJe 19/08/2022):

“Nesse panorama, o exercício da pretensão executória em relação a qualquer uma delas - no caso, a obrigação de fazer - não influi ou produz qualquer efeito em relação à outra pretensão - no caso, relativa à obrigação de pagar. Desse modo, permanecendo a parte inerte em relação a tal pretensão por lapso superior a 5 anos - prazo prescricional previsto para as pretensões contra a Fazenda Pública nos termos do Decreto n. 20.910/1932 - deve-se ter por prescrita a pretensão dos exequentes”.

O assunto não é novo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Importante debate foi realizado no REsp nº1.340.444 (Corte Especial – Rel. Min. Humberto Martins – R.P/acórdão Min. Herman Benjamin – 12.6.2019).

Como se pode observar, uma única relação processual pode gerar vários títulos executivos simultâneos ou sucessivos, provocando módulos executivos com procedimentos específicos e prazos diferenciados para exercício da pretensão executiva, sob pena de prescrição parcial ou total.

Aliás, é importante ratificar que a provocação de um módulo executivo contra a Fazenda Pública (ex. cumprimento da obrigação de pagar quantia – art. 524 e seguintes, do CPC), não interrompe o prazo prescricional para o exercício de outra pretensão executiva existente no mesmo processo (ex. cumprimento de obrigação de fazer – art. 536 e seguintes, do CPC).

Deve o interprete, portanto, ter redobrada cautela quanto à forma e o prazo prescricional da pretensão executiva, sabendo que a manifestação quanto a um módulo (ex. obrigação de fazer), não interrompe o prazo prescricional executivo em relação ao outro (ex. obrigação de pagar).

Nesta parte final, é importante ressaltar que no procedimento do Mandado de Segurança é muito comum a existência de múltiplos circuitos executivos na mesma decisão, inclusive direcionados a sujeitos processuais distintos e reflexos nos honorários advocatícios e na previsão expressa na Lei 12.016/09.

Aliás, existem algumas variáveis relacionadas à decomposição do procedimento do mandado de segurança. Em relação à fase de conhecimento, não resta qualquer dúvida: tratando-se de ação constitucional de natureza mandamental, não é cabível a fixação de honorários advocatícios, nos termos da previsão contida na lei de regência (AgInt no REsp 1936003 / RJ – 1ª T/STJ – Rel. Min. Gurgel de Faria – J. em 25/10/2021- DJe 25/11/2021).

Resta saber, levando em conta a decomposição procedimental e os múltiplos módulos executivos, se a previsão contida no art. 25 da Lei 12.016/09 e no Enunciado 105, de Súmula da Jurisprudência Dominante do STJ, refere-se apenas à fase de conhecimento ou também alcance a fase de cumprimento de sentença com mais de um circuito executivo (*obrigação de fazer e eventual reflexo pecuniário*).

Não se pode esquecer que no mandado de segurança existem dois intervenientes com funções específicas: a) *a autoridade coatora* – que é notificada, presta informações e é instada a adotar a providência mandamental (art. 7º, I, da Lei 12.016/09), estendendo-se a ela a legitimidade recursal na condição de *terceiro interessado* (art. 14, §2º, da Lei 12.016/09); b) *a pessoa jurídica* (em regra de direito público), cuja intimação e participação no feito é realizada por meio do respectivo órgão da advocacia pública (art. 7º, II, 9º, 13, 14, 15, dentre outros, da Lei 12.016/09), sendo responsável por eventual cumprimento de sentença do reflexo pecuniário (arts. 534 e 535, do CPC), inclusive com expedição de precatório requisitório (art. 100, da CF/88) ou requisição de pequeno valor.

Estas variáveis podem ser assim resumidas: no *mandamus* cabe à autoridade coatora a adoção da conduta mandamental (*fazer ou não fazer*) advinda de tutela provisória ou da própria concessão da ordem, em relação ao módulo executivo que lhe é direcionado – ligado à adoção de uma conduta (*sendo discutível a imputação de multa pessoal e medida executiva atípica em decorrência não cumprimento da ordem*⁸), ao passo que a pessoa jurídica responde pelos efeitos patrimoniais decorrentes da concessão da segurança – módulo executivo pecuniário decorrente da concessão da segurança. Logo, é possível que a decisão judicial tenha dois módulos executivos, com circuitos diferentes e direcionados aos intervenientes distintos.

⁸ ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Multa e medidas atípicas no mandado de segurança: um tema com variações*. Medidas executiva atípicas. Eduardo Talamini e Marcos Youji Minami (coords). 4ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, pp. 585-601.

Como é sabido, o representante judicial da pessoa jurídica é responsável pela adoção das providências processuais, incluindo recursos, pedido de suspensão, etc.

Logo, nada impede que, em decorrência da concessão da ordem e o cumprimento do módulo executivo de fazer/não fazer direcionado à autoridade coatora, ocorra algum reflexo pecuniário, gerando o cumprimento de obrigação de pagar sincrético e direcionado à pessoa jurídica de direito público (ar. 14, §4º, da Lei 12.016/09 c.c arts. 534 e 535, do CPC).

Necessário ao intérprete observar essa decomposição do procedimento e da possibilidade de diversos módulos executivos decorrentes da concessão da segurança, sendo um direcionado à autoridade coatora (obrigação de fazer) e outro, à pessoa jurídica (prestação pecuniária), inclusive sujeito à prescrição e ao sistema de cumprimento de sentença de quantia, com honorários advocatícios.

De fato, quanto ao módulo executivo ligado ao cumprimento de sentença de obrigação de fazer decorrente da concessão da segurança, não resta dúvida quanto à inexistência de fixação de honorários advocatícios. Contudo, esta mesma tranquilidade interpretativa não está presente em relação ao módulo relacionado ao reflexo pecuniário decorrente da concessão da segurança.

Vejamos um exemplo hipotético: eventual servidor público reintegrado em decorrência da concessão da segurança que anulou o processo administrativo disciplinar, promove o discutível cumprimento de sentença referente ao efeito financeiro (período em que ficou fora do serviço público). Será cabível a fixação de honorários advocatícios? No tema, vale citar o item 4 do Acórdão AgInt no AgInt no REsp 1955594 / MG (1ª T/STJ – Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues – J. em 29/05/2023 - DJe 06/06/2023) para, em seguida, continuar o debate:

4. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já consolidou a orientação de que "a aplicação do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 restringe-se à fase de conhecimento, não sendo

cabível na fase de cumprimento de sentença, ocasião em que a legitimidade passiva deixa de ser da autoridade impetrada e passa ser do ente público ao qual aquela encontra-se vinculada. Mostra-se incidente a regra geral do art. 85, § 1º, do CPC, que autoriza o cabimento dos honorários de sucumbência na fase de cumprimento, ainda que derivada de mandado de segurança" (AgInt na ImpExe na ExeMS 15.254/DF, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 29/3/2022, DJe 1º/4/2022)".

A *ratio decidendi* contida nesta passagem de Acórdão da 1ª Turma parece ser a mesma em caso de cumprimento de sentença de título executivo individual ou coletivo, a saber: na fase de cumprimento do módulo executivo de quantia reflexo do reconhecimento do direito líquido e certo, a executada é a pessoa jurídica de direito público e não a autoridade coatora, com satisfação por Precatório Requisitório ou Requisição de Pequeno Valor.

Aliás, na Ementa do Acórdão AgInt na ImpExe na ExeMS 15.254/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Seção, J. 29/3/2022, DJe 1º/4/2022 (*mencionado acima*) não consta ressalva quanto à natureza do título objeto do cumprimento, afirmando apenas que:

“Mostra-se incidente a regra geral do art. 85, § 1º, do CPC, que autoriza o cabimento dos honorários de sucumbência na fase de cumprimento, ainda que derivada de mandado de segurança”.

Logo, considerando que o direcionamento do cumprimento de sentença de quantia referente ao reflexo pecuniário é diferente do capítulo mandamental, entendo que não há restrição ao cabimento de honorários advocatícios, inclusive nos casos de título executivo individual. Aplica-se, no caso, as regras gerais contidas no CPC quanto ao cabimento de honorários em demanda proposta contra a fazenda pública (art. 85, §3º, do CPC).

Dito de outra forma: o art. 25, da Lei do Mandado de Segurança é aplicável tão-somente para o módulo executivo principal e mandamental (obrigação de fazer), pelo que o cumprimento de sentença referente ao secundário (efeito patrimonial) é direcionado à pessoa jurídica e segue os regramentos previstos na legislação processual quanto à fixação de honorários advocatícios, cumprimento de sentença, prescrição da pretensão executiva, etc.

Este debate está sendo travado na 1ª Seção do STJ, no Tema Repetitivo 1.232, que possui a seguinte questão submetida a julgamento:

“Possibilidade de fixação de honorários advocatícios em cumprimento de sentença decorrente de decisão proferida em mandado de segurança individual, com efeitos patrimoniais”.

Resta aguardar o posicionamento da Corte quanto ao fracionamento decisional e aos módulos executivos advindos do pronunciamento judicial que concede a segurança.

São estas as observações e ponderações relacionadas ao importante debate acerca das variáveis relacionadas aos múltiplos circuitos executivos em demandas envolvendo a Fazenda Pública.

CONTROLE DOS PRECEDENTES EM MATÉRIA TRABALHISTA: CONTORNOS DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E DESAFIOS PARA GARANTIR A INTEGRIDADE DO SISTEMA

Roberta Ferme Sivolella*

*Pós-doutora em direito público e doutora em direito processual pela UERJ. Mestre em direito das relações sociais e trabalhistas- UDF e mestre em direitos sociais- UCLM. Juíza titular do trabalho e Juíza auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça- CNJ.

Resumo- o presente artigo busca analisar quais são os maiores desafios para atingir a integridade do sistema, calcada em sua unidade, coerência, e isonomia, no âmbito das Reclamações Constitucionais ligadas aos precedentes em matéria trabalhista. Analisando a evolução do instituto, bem como as suas nuances e tendências atuais na análise e interpretação dos precedentes em matéria trabalhista, intenta-se indicar pontos de atenção para a identificação dos efeitos de tais características atuais na busca do acesso à justiça real.

Palavras-Chave- Reclamações Constitucionais. Precedentes. Processo do Trabalho. Integridade do sistema. Desafios.

Abstract- This article seeks to analyze what are the biggest challenges to achieving the integrity of the system, based on its unity, coherence, and equality, within the scope of Constitutional Complaints related to article 988 from CPC, linked to the antecedents in labor matters. Analyzing the evolution of the institute, as well as its nuances and current trends in the analysis and interpretation of antecedents in labor matters, the aim is to indicate points of attention for identifying the effects of such current characteristics in the search for access to real justice.

Key-words- Constitutional Complaints. Precedents. Labor Procedural Law. System integrity. Challenges.

I- Introdução

A introdução do sistema de precedentes no Brasil seguiu a tendência do devido processo constitucional. Em meio a taxas de litigiosidade grandiosas e necessidade de imprimir maior segurança jurídica ao sistema, o tradicional conceito de acesso à justiça clamava efetividade, o que só poderia ser atingido por meio de um processo célere,

eficiente, participativo e responsável, para a busca de um sistema de justiça uniforme e provido de integridade.

O uso das Reclamações Constitucionais, cujo surgimento remontava a décadas anteriores, também seguiu a mesma tendência. Ganhou contornos próprios a partir da introdução de novos institutos inseridos na sistemática de precedentes no Brasil, revelando-se como instrumento potente na garantia da autoridade das decisões oriundas do Supremo e de sua competência, sendo replicado nas Cortes para a garantia da uniformidade e harmonia do sistema de justiça.

Contudo, suas características seguiram a problemática que assola outros pontos de nosso sistema de justiça atual. O grande aumento do número de Reclamações Constitucionais manejadas, aliado à dificuldade de definição acerca do alcance e contorno as teses fixadas nos precedentes vinculantes e da pulverização de decisões, não raro monocráticas, conferindo interpretações múltiplas sobre questões similares são alguns dos desafios que se apresentam atualmente quanto ao tema.

A questão acaba por surgir com mais força no caso do processo do trabalho. Ao portar características próprias e um sistema de uniformização de jurisprudência também peculiar em seus procedimentos e normas, a sistemática de precedentes trabalhistas se via duplamente órfã, não só em relação à ausência de um sistema de matriz nacional plenamente assentado em relação às características do direito brasileiro, como em relação à ausência de um sistema interno que identificasse suas peculiaridades e sua organicidade.

A inexistência de um código processual próprio somente veio a incrementar a necessidade e a urgência da construção de uma racionalidade prática voltada às premências e nuances trabalhistas, mas que também, de maneira harmônica, estivesse atenta aos marcadores advindos de outras searas do Direito e de outras ciências, como consequência da ampla repercussão das decisões proferidas no seio da sistemática de precedentes em matéria trabalhista que se formava.

A identificação minuciosa e atenta sobre o núcleo vinculante de seus precedentes, ou mediante critérios que, embora voltados necessariamente a princípios constitucionais de caráter fundamental como essência da natureza da relação jurídica trabalhista, tenham sempre em consideração critérios *objetivos*, se mostra como grande desafio. A sua superação passa a ser essencial para o afastamento de falseabilidades capazes de desvirtuar o resultado pretendido pela decisão judicial de natureza trabalhista, sob pena

de resultado afastado da coerência e integridade almejadas.

A arrefecer a problemática exposta, soma-se a intensa carga fática que permeia as lides trabalhistas. Como situação da essência da própria relação material que informa o precedente trabalhista, relacionada intimamente ao cotidiano do ser humano, seus valores imateriais e sua relação com a própria sociedade a partir de sua valorização como indivíduo¹, dão contornos de extrema individualidade a cada um dos pedidos formulados, por estarem ligados a situações que envolvem questões culturais, práticas reiteradas, estrutura de cada empresa e particularidades de cada função exercida. Aliada à multidisciplinariedade que também envolve as relações econômico-sociais, tal característica eleva a necessidade de um olhar atento aos elementos do precedente de natureza trabalhista, em especial suas premissas fáticas, e sua relação com o núcleo vinculante do precedente.

Com base no panorama exposto, o presente artigo busca analisar quais são os maiores desafios para atingir a tão almejada integridade do sistema, calcada em sua unidade, coerência, e isonomia, no âmbito das Reclamações Constitucionais ligadas aos precedentes em matéria trabalhista. Analisando a evolução do instituto, bem como as suas nuances e tendências atuais na análise e interpretação dos precedentes em matéria trabalhista por meio das citadas reclamações, intenta-se indicar pontos de atenção para a identificação dos efeitos de tais características atuais na busca do acesso à justiça real.

II-Caminhos da Reclamação Constitucional no ordenamento brasileiro e integridade do sistema

Os caminhos que amoldaram o conceito e a natureza do instituto da Reclamação Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro passaram por verdadeira adequação estrutural e conjuntural, seguindo os contornos do próprio sistema de precedentes no país.

Em busca da integridade do sistema jurídico e da tão almejada segurança jurídica das decisões, a Reclamação Constitucional foi se emoldurando em suas diversas fases²,

¹ Antonio Baylos e Perez-Rey discorrem sobre o “desvalor” advindo da situação de desemprego e as marcas sociais que tal contexto traz, em BAYLOS, Antonio; REY, Joaquín Pérez. **El despido o la violencia del poder privado**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

² A doutrina se divide para indicar como sendo 4 as fases da evolução do instituto da Reclamação Constitucional, segundo José da Silva Pacheco (1ª- Surgimento no STF à inserção no Regimento Interno

Direcionou sua inclinação inicialmente correicional e de similaridade à natureza administrativa- e, portanto, potencialmente monocrática- para se transformar em mecanismo de integração das decisões ao universo macro da estabilidade das instituições, tornando-se a expressão da voz da própria Corte formadora do precedente vinculante objeto do controle em sede reumatória.

Sob a forte influência da “Teoria dos Poderes Implícitos” norte-americana³ analogicamente equiparada para conferir interpretação extensiva aos poderes do STF expressamente previstos na Constituição brasileira⁴, o objetivo da Reclamação Constitucional de garantia da autoridade das decisões se identifica com os objetivos da introdução da cultura de precedentes no Brasil.

do STF-1957; 2ª - RISTF até a Constituição de 1967; 3ª- CF/67 até a CFRB/88; e 4- Após a CRFB/88), ou 5 fases, conforme Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (a 4ª fase seria a referente a EC 7/1977, que trouxe a previsão da advocatária, seguida da fase iniciada pela CRFB/88), e, ainda 6 fases, sendo a última correspondente à EC45/2004. PACHECO, José da Silva. A “Reclamação” no STF e no STJ com a nova Constituição, Revista dos Tribunais, v. 78, n. 646, 1989; e RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. Reclamação constitucional no direito brasileiro. Sergio Antonio Fabris Editor: São Paulo, 2000.

³ Nos termos da teoria do “*Implied Powers ou Resulting Powers*”, às competências deferidas constitucionalmente são ínsitos os poderes, meios ou instrumentos necessários para a sua efetivação. Trata-se de tese defendida no caso *McCulloch v. Maryland* (1819), cujo voto do *Chief of Justice* John Marshall assim descreveu (trad. Livre do original);

“Os poderes delegados ao governo federal pela Constituição proposta são poucos e definidos. Aqueles que pertencem aos governos estaduais são numerosos e indefinidos. O primeiro será exercido principalmente em objetos externos, como guerra, paz, negociação e comércio exterior, com o qual o poder de taxaço estará, na maior parte, conectado. Os poderes reservados aos Estados se estenderão a todos os objetos, nos cursos de assuntos ordinários, que dizem respeito à vida, liberdades e propriedades das pessoas; e à ordem interna, melhoria e prosperidade do estado”.

Disponível no original em <https://www.archives.gov/milestone-documents/mcculloch-v-maryland>. Acesso em 25 jun. de 2024.

⁴ Nesse sentido, cita-se a decisão paradigmática proferida nos autos da Reclamação 141/1952, da relatoria do Ministro Rocha Lagoa, na fração de interesse:

“A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. - Não seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fôra possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. - A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. - Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. - É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. STF, RCL 141/SP, Tribunal Pleno, Rel. Rocha Lagoa, julgamento em 25.01.1952. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365675>. Acesso em: 25 jun.2024. Além dela, podem ser citadas como exemplos: RCL 1.061, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 20.02.2004- conflito federativo; RCL 424, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.09.1996- ação popular (Estado membro x decreto do Presidente da República); RCL 3.074, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 04.08.2005, DJ 30.09.2005-ACPu Estado de Minas Gerais x IBAMA; RCL 2.833, Rel. Min. Carlos Britto, J. 14.04.2005, DJ 05.08.2005 (sobre a Demarcação de terras indígenas).

Não por acaso, a Constituição de 1988 e o Regimento Interno STF indicam como função da Reclamação Constitucional a preservação da competência do Supremo ou a garantia da autoridade de suas decisões, bem como o enfrentamento do ato administrativo ou decisão judicial que contrarie ou aplique equivocadamente súmula vinculante (artigos 102, inciso I, alínea “I”, e 103 da Constituição Federal e artigo 9º, inciso I, alínea “c” do Regimento Interno do STF).

Não deixa dúvidas, portanto, acerca de seu caráter de instrumento capaz de impor o dever de autorreferência aos precedentes, em alusão à coerência e à integridade do sistema, corroboradas pela redação dada ao artigo 988 do CPC.

Com o advento da Lei 13.256/16, tornou-se expressa previsão de cabimento nas hipóteses em que visa a “garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos”, *desde que esgotadas as instâncias ordinárias*, em extensão à previsão do §4º, referente ao cabimento da reclamação nas hipóteses de aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.⁵

Sob este prisma, a reclamação constitucional seria cabível nas hipóteses de *distinguishing* incorreto realizado pela decisão reclamada, como meio de tornar eficazes os direitos e poderes conferidos pela Constituição à Corte Constitucional e às demais Cortes superiores, como verdadeiras guardiãs dos precedentes internos e firmados pelo STF, sob pena de deslocar ao vazio a autoridade dos precedentes enaltecida pela EC 45/04⁶.

A conclusão, de per si, não parece trazer problemas, desde que observada a unidade e a coerência (formadoras da integridade do sistema- ou *integrity*- de Dworkin) entre as próprias decisões proferidas em sede de Reclamação Constitucional, em relação ao mesmo paradigma.

Isto porque o conceito de integridade do precedente acompanha, conforme já

⁵ Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 556, 557. Em sentido contrário, defendendo que o §4º do artigo 988 se restringe aos incisos III IV do artigo 988 do CPC, NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A utilização controversa da reclamação para a superação dos precedentes. **Conjur**, São Paulo, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lm48M5>. Acesso em: 12 abr. 2024.

⁶ Esse é o prisma da teoria dos poderes implícitos norte-americana, preconizada no caso “Mac Culloch x Maryland”, julgado pela Suprema Corte Americana, e mencionado na obra de COOLEY, Thomas McIntyre. **Princípios gerais do direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

evidenciado, o próprio desenvolvimento da teoria dos precedentes segundo suas nuances históricas e institutos sociais correlatos. Sua noção se confunde com a atribuição de carga normativa e da autoridade dos precedentes⁷, sob a finalidade de estender padrões fundamentais de justiça e equidade.

Tomando por base o conceito tradicional de Dworkin, a legitimidade democrática de um precedente dependeria de uma virtude política que lhe seria atribuída, envolvendo os conceitos de equidade, da justiça e também do devido processo legal adjetivo.

A noção de integridade, portanto, evidencia que o conceito de unidade do sistema, historicamente ligado à exteriorização da autoridade do próprio Estado e sua autonomia, passa a ser visto como a autoridade do precedente segundo sua função social, e como decodificador das necessidades desta mesma sociedade. Sua autoridade, portanto, passa a ser social, concedendo nova roupagem democrática à interpretação das decisões judiciais segundo suas causas e efeitos.

A legitimidade democrática do precedente, assim, irá contemplar essa análise de conformidade e coerência dos entendimentos externados por meio das opções jurídicas utilizadas nas decisões.

As decisões judiciais são influenciadas por fatores múltiplos, a partir da interação com outros atores políticos e institucionais (com a preservação e expansão do poder da própria Corte, e a relação com outros Poderes, órgãos e entidades estatais); a perspectiva de cumprimento efetivo da decisão (a denominada *aceitação social* da decisão); as circunstâncias internas dos órgãos colegiados, e a opinião pública. Aqui residiria o marco para a inserção do elemento da vontade política citada por Dworkin⁸ na construção das decisões judiciais, interpretada, contudo, sob o viés democrático⁹. A decisão judicial

⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 238-258.

⁸ Barroso discorre sobre a relação entre o direito e o elemento político, em enfoque similar. BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3BBsbfR>. Acesso em: 17 jul. 2024

⁹ Shapiro afirma que, os juízes, no entanto, justificam sua legitimidade afirmando que não políticos, independentes e servos neutros da lei, enquanto em estados democráticos a maioria das autoridades do governo (legislativo e executivo) ganha legitimidade através de uma autorização política e de sua submissão ao povo através das eleições (ou responsabilidade perante os seus eleitores). Conclui que, ao contrário dos órgãos democráticos do aparato estatal, as cortes alcançam sua legitimidade alegando ser algo que elas não são. Tradução livre: “In democratic states most government officials achieve legitimacy by acknowledging their political rule and claiming subordination to the people through elections or responsibility to those elected. Judges, however, claim legitimacy by asserting that they are non-political, independent, neutral servants of ‘the law’. Alone among democratic organs of government, courts achieve

possui consequências sociais imediatas, e que se serão vistas no campo trabalhista, não raro, com maior intensidade, considerado seu elemento de multidisciplinariedade e a característica de estreita ligação entre suas controvérsias e os direitos sociais fundamentais.¹⁰

Por outro lado, como relembra Legale, o debate sobre os casos que informam os precedentes não se encerra com a publicação das decisões da Corte. A eficácia social do precedente depende das deliberações no seio da sociedade, de modo a apoiá-lo ou repudiá-lo¹¹. A autoridade dos precedentes, assim, seria fruto não apenas de uma escolha normativa, mas também como um processo de deliberação cultural e institucional”¹².

O mesmo autor, inobstante a ponderação acerca dos desafios para a construção de precedentes que dirimam as controvérsias jurídicas de forma clara, a ponto de evitar ou reduzir disputas legais, reconhece que, ao se atingir tal ponto de integridade, o precedente seria capaz de produzir eficácia global e segurança jurídica consistente sobre a decisão a ser tomada. Ao serem acatadas ou reconhecidas como válidas socialmente, tais decisões pacificariam em grande parte disputas políticas, morais e sociais¹³.

Esse ponto ideal de integridade do precedente poderia ser resumido, de modo a identificar como situado neste patamar de legitimidade democrática o precedente que (i) prime por ouvir as necessidades sociais, identificando os caracteres fáticos e jurídicos repetitivos e justificadores do precedente; (ii) tenha força vinculante compatível com a rigidez dos valores imateriais constitucionais que tutela; (iii) guarde equilíbrio entre tal rigidez e o elemento democrático, a fim de acompanhar as mutações sociais e ganhar a confiança justificada da coletividade; e, finalmente, que (iv) guarde coerência e clareza para garantir a rigidez de sua observância e a previsibilidade da aplicação de suas orientações ante a transparência de fundamentos, como meio de viabilizar as demais

legitimacy by claiming they are something they are not”. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 3.

¹⁰ Segundo Rocha, seria necessário “mudar a metodologia de abordagem do direito, substituindo-se a dogmática, fechada à realidade social, política e econômica, por uma metodologia interdisciplinar que [...] abre a possibilidade de estabelecer uma comunicação articulada entre o direito e as outras ciências da realidade social, circunstância a permitir aos magistrados uma permanente harmonização do direito às aspirações da sociedade”. ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 103.

¹¹ LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 810-845, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3eKZvXW>. Acesso em: 13 mar. 2024cabral, p. 810.

¹² Idem, grifo nosso.

¹³ Ibidem. O autor cita, faz referência, neste ponto, a HAYWARD, 2005-2006, p. 195-216.

características aqui apontadas.

III- Principais desafios atuais no tratamento das Reclamações Constitucionais em matéria trabalhista

Para garantir a integridade do sistema e a existência de todas as características que lhe são ínsitas, o manejo das Reclamações Constitucionais e o seu tratamento em relação ao sistema de precedentes enfrenta três desafios principais, aqui indicados como: (i) a necessidade de observar as peculiaridades de cada microssistema processual a que o precedente utilizado como paradigma está inserido; (ii) a dificuldade na identificação dos elementos componentes dos precedentes, em especial a *ratio* e os elementos periféricos não vinculantes; e (iii) o aumento da influência de elementos extrajurídicos na interpretação dos precedentes.

III-1. Peculiaridades dos Precedentes Trabalhistas

Os precedentes em matéria trabalhista possuem características peculiares, que seguem as características do microssistema processual a que está inserido. Assim, para uma análise esmerada acerca da aderência da decisão reclamada à tese que serve de modelo à Reclamação Constitucional, tais características deverão ser levadas em conta.

Inicialmente, a *alta carga fática* das controvérsias levadas ao julgamento da Justiça do Trabalho, comumente seguida de cumulação objetiva em suas lides, expõe a importância em se alocar corretamente a premissa fática dentro ou fora do núcleo vinculante da tese.

Por outro lado, a multidisciplinariedade que é inerente ao direito material do trabalho, não raro envolvendo questões subjacentes ligadas ao direito constitucional, comercial, empresarial, cível e econômico, por exemplo, além da ausência, até o momento, de um código processual próprio, contribui para que a influência de elementos extrajurídicos, em verdadeiro mecanismo de retroalimentação, atinja espectros maiores e por vezes mais nebulosos.

E, ainda, a forte ligação com os direitos sociais, torna inafastável a necessidade de identificação do valor constitucional envolvido no precedente paradigma e na decisão

reclamada, de modo a garantir que não seja atingido sob a pecha de suposta interpretação pela via de Reclamação Constitucional.

III.2- Dificuldade na identificação dos elementos componentes dos precedentes

A dificuldade na correta delimitação da *ratio decidendi* é dilema que assola todos os sistemas jurídicos que se utilizam dos precedentes como elementos garantidores de autoridade e uniformidade de suas decisões. Questões culturais como a estrutura formal dos votos, a extensão argumentativa utilizada e a inclusão de debates travados nas sessões, como ocorre no modelo brasileiro, sem dúvida são elementos que alimentam a possibilidade de múltiplas interpretações sobre as teses fixadas. Geram, potencialmente, o aumento do fenômeno da *pulverização de decisões* que vem aumentando no caso das Reclamações Constitucionais no Brasil, se afastando do escopo de integridade e segurança jurídica almejadas pelo sistema de precedentes.

No caso dos precedentes trabalhistas, a característica da alta carga fática ínsita às suas lides aumenta sobremaneira a problemática exposta. Com efeito, premissas fáticas inseridas na *ratio* pressupõem a sua fixação na decisão reclamada. Sua identificação em relação à tese exposta indicará a aderência da decisão ao paradigma. Contudo, não poderão ser objeto de reexame, sob pena de utilização da Reclamação Constitucional como sucedâneo recursal, sendo pacífica a vedação de sua utilização para tal mister¹⁴. Afinal,

a análise acerca do enquadramento correto do tema deve observar as premissas fáticas fixadas e consideradas na decisão reclamada, que não são passíveis de reexame por meio do referido remédio processual. É assente na jurisprudência, a partir do próprio escopo legal e constitucional da medida, de que “a reclamação constitucional não deve ser utilizada como sucedâneo recursal ou atalho processual para postular diretamente no STF a observação de precedente vinculante estabelecido sob a sistemática da Repercussão Geral, por não ser substitutivo de recurso ou de ação rescisória¹⁵.”

¹⁴Rel-AgR 7.082, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 11.12.2014; Rel-AgR 11.463, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 13.02.2015; Rcl-ED 15.956, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 05.03.2015; e Rcl-AgR-segundo 12.851, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 26.03.2015.

¹⁵ Rcl 37313 ED, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-275 DIVULG 11-12-2019 PUBLIC 12-12-2019.

Como exemplo da celeuma envolvendo a importância da identificação da premissa fática na *ratio* para fins de fixação dos contornos a serem conferidos à tese, vide o caso do Tema 246 do STF (RE 760.931/ DF, Red. Min. Luiz Fux, DJe 12/09/17). a opção pela tese minimalista fixada (“o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”) foi reafirmada em sede de embargos declaratórios, por meio do voto vencedor do Ministro Edson Fachin (DJe 06/09/19).

Contudo, entre o reconhecimento da repercussão geral da matéria, em 2013, até a efetiva definição de seus contornos em 2019, no sentido a tese fixada *não* abarcou duas questões comuns ligadas a premissas fáticas tipicamente trabalhistas nas discussões envolvendo o tema (o ônus probatório acerca da culpa da Administração Pública, e os contornos de tal culpa), havia muitas dúvidas em relação a processos abarcados pelo sobrestamento a que alude o artigo 1.030, III do CPC. A questão, então, chegou até a Subseção de Dissídios 1 do TST após o julgamento de mérito e fixação da tese pelo Supremo, por meio dos embargos de divergência nos autos do processo [E-ED-RR-62-40.2017.5.20.0009](#). Fixou-se, por meio do acórdão publicado em 29/10/20¹⁶, o entendimento de que cabe à Administração Pública o ônus em comprovar a efetiva fiscalização dos contratos de prestação de serviços, por se tratar de fato impeditivo do direito.

A decisão proferida em sede de embargos declaratórios no Tema 246 acabou por ratificar que a tese jurídica vinculante não abarcou duas questões comuns ligadas a premissas fáticas tipicamente trabalhistas nas discussões envolvendo o tema, referentes ao ônus probatório acerca da culpa da Administração Pública, e aos contornos de tal culpa,

¹⁶ Eis a ementa do acórdão publicado nos autos do [E-ED-RR-62-40.2017.5.20.0009](#): “*EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TEMA Nº 246 DA REPERCUSSÃO GERAL. ÔNUS DA PROVA. O Supremo Tribunal Federal fixou a tese jurídica de repercussão geral correspondente ao Tema nº 246 (“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”). A Subseção de Dissídios Individuais 1 do TST, em duas sessões em composição plena, decidiu que o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Tema nº 246 da Repercussão Geral não emitiu tese jurídica de efeito vinculante em relação ao ônus da prova e, diante dessa constatação, concluiu que incumbe à Administração Pública o ônus da prova da fiscalização dos contratos de prestação de serviços por se tratar de fato impeditivo da responsabilização subsidiária. Embargos conhecidos e providos”.*

como matérias, ainda, de cunho nitidamente infraconstitucional. Em outras palavras, o Supremo havia deixado a cargo da Justiça do Trabalho tais definições diante de cada caso concreto, consoante análise do acervo fático-probatório existente.

Decisões prolatadas tanto antes, quanto após o julgamento dos embargos declaratórios ilustram bem todo o debate em torno do tema.

No sentido de que a ausência de prova da fiscalização por parte da Administração Pública não é culpa presumida, e sim culpa comprovada (*culpa in vigilando*), concernente à análise do conjunto fático-probatório dos autos, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski: Rcl 35421/SP (DJe 24/06/19), e Rcl 38149/BA, DJe 21/02/2020, e da relatoria da Ministra Rosa Weber: Rcl 31.388/PE (DJe 15/08/18), e, da mesma relatoria, considerando a inviabilidade de se aferir descumprimento aos julgamentos da ADC 16 e do RE 760.931-RG, já que, ao fixarem a necessidade da caracterização da culpa do tomador de serviços no caso concreto, “não adentraram a questão da distribuição do ônus probatório nesse aspecto, tampouco estabeleceram balizas na apreciação da prova ao julgador”, Rcl 38428 DJe 20/02/2020.

Em sentido oposto, considerando que a ausência de prova acerca da fiscalização ou a imputação de tal ônus à Administração Pública é culpa presumida e, portanto, não há responsabilidade da Administração Pública, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia: Rcl 34.120/SP (DJe 22/04/19) e Rcl 38126 (DJe 04/12/2019), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Rcl 29075/PE (DJe 11/06/19), e Rcl 39268 MC (DJe 21/02/2020), da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, Rcl 29782/DF (DJe 07/03/18) e Rcl 38664 (DJe 04/02/2020) e da relatoria do Ministro Luiz Fux, Rcl 39086 MC (DJe 19/02/2020). Por fim, da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, fixando também o entendimento de que a ausência de prova da fiscalização consubstancia culpa presumida, não se podendo imputar tal ônus à Administração Pública, Rcl 26.674/SP (DJe 02/05/2019), confirmado por decisão colegiada em sede de Agravo Regimental, por maioria dos votos dos Ministros da Primeira Turma, vencida a Ministra Rosa Weber (DJe 17/09/19). Eis a ementa do Julgado:

DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO POR DÍVIDAS TRABALHISTAS EM CASO DE TERCEIRIZAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do RE 760.931, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, a seguinte tese: “*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em*

caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93".

2. Nesse contexto, a responsabilização do ente público depende da demonstração de que ele possuía conhecimento da situação de ilegalidade e que, apesar disso, deixou de adotar as medidas necessárias para combatê-la.

3. No caso dos autos, a responsabilidade subsidiária do ente público encontra-se embasada exclusivamente na ausência de prova da fiscalização do contrato de terceirização.

4. Inaplicável, na espécie, a exigência de esgotamento das instâncias ordinárias, prevista art. 988, §5º, II, do CPC/2015, por se tratar de reclamação ajuizada por afronta à ADC 16 e anterior à conclusão do julgamento do tema 246 da repercussão geral. Precedentes.

5. Agravo interno desprovido.

A questão, contudo, não se encerrou em outubro de 2020. Após a intensa celeuma que permeou a questão, em dezembro do mesmo ano o STF levou a julgamento em plenário Virtual o Tema 1.118¹⁷ do STF, culminando no reconhecimento da repercussão geral em relação ao ônus da prova nos casos de terceirização envolvendo a Administração Pública. Devolveu-se ao âmbito da Corte Suprema, mais uma vez, a análise de matéria anteriormente considerada infraconstitucional e de competência do TST. Novos sobrestamentos em recurso extraordinário e a rediscussão da matéria, portanto, advirão, podendo trazer amplos efeitos de pulverização, quebra de isonomia e elasticidade do tempo de tramitação processual.

III.3. Aumento da influência de elementos extrajurídicos na interpretação dos precedentes

Já se mencionou acerca do elemento da vontade política na construção de precedentes citado por Dworkin. O referido elemento mostra-se incrementado, no caso dos precedentes em matéria trabalhista, pela multidisciplinariedade e a necessidade de recorrer a outros diplomas processuais ante a ausência de código próprio.

Nesse panorama, alguns efeitos oriundos de tal “condição-desafio” devem ser destacados.

Certamente, desde 2016 a temática trabalhista aumentou exponencialmente a sua

¹⁷ Trata-se do RE 1.298.647, da relatoria do Ministro Nunes Marques, envolvendo a matéria do “Ônus da prova acerca de eventual conduta culposa na fiscalização das obrigações trabalhistas de prestadora de serviços, para fins de responsabilização subsidiária da Administração Pública, em virtude da tese firmada no RE 760.931 (Tema 246)” (DJe 17/12/2020).

participação nas pautas plenárias do Supremo Tribunal Federal. Temas comumente considerados infraconstitucionais passaram a fazer parte de temáticas de repercussão geral consideradas ligadas a violações constitucionais diretas, como no exemplo dos Temas de repercussão geral afetos à terceirização e o apontamento de violação ao artigo 5º, II da Constituição Federal. Nesses casos, o entendimento anteriormente aplicado era o da Súmula 636 do STF (“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”).

O mesmo se diga em relação aos Temas de Repercussão Geral ligados à jornada de trabalho e normas coletivas, como os Temas 357, 762, 931, considerados como *sem* repercussão geral, e revisados por meio do Tema 1046, ligado à prevalência do “negociado x legislado”. No tópico, o Supremo aplicava anteriormente e em analogia a Súmula 454 (“Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”), e a Súmula 279 (“para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”)¹⁸, ambas daquela Corte¹⁹.

Especificamente no caso dos Temas de Repercussão Geral ligados à terceirização, percebe-se a indicação do artigo 5º, II como recorte central do tema constitucional eleito à repercussão geral. Contudo, ainda permanece vigente o entendimento da Súmula 636 do STF em impedimento ao seguimento de recurso extraordinário discutindo a violação ao princípio da legalidade. Tal constatação, aliada à verificação de que há a aplicação da referida Súmula a outras temáticas, expõe a relevância da existência de fundamentação hábil a justificar a exceção utilizada na seara trabalhista, e que gera diferentes decisões

¹⁸ Nesse sentido, o RE 117483 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgamento em 05.4.1994, DJ de 27.5.1994.; ARE 691.948-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 19/11/2014; ARE 777.775-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/2/2014; ARE 646.895- -AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 18/9/2013; ARE 646.860-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 21/8/2013; ARE 697.561-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 11/4/2013; AI 824.649-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 24/3/2011; RE 239.619 (rel. min. Cezar Peluso, DJ de 15.05.2006), AI 617.006-AgR (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.03.2007), AI 657.176-AgR (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.08.2007), AI 750.752 (rel. min. Cármen Lúcia, DJe de 27.05.2009) e AI 656.720 (rel. min. Cármen Lúcia, DJe de 22.11.2007; e , em precedentes mais recentes: ARE 1124911/RS, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 02/08/2018, ARE 1124960/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 30/04/2018).

¹⁹ Sobre a alteração de postura diante dos temas trabalhistas citada, cf. SIVOLELLA, Roberta Ferme; TRINDADE, Rodrigo. O direito do trabalho atual: de “démodé” ao protagonismo judiciário. **Revista De Trabalho E Processo**. São Paulo: Paixão Editores, 2019.

quando da análise das Reclamações Constitucionais correlatas.

Por outro lado, o apontamento traz à tona a discussão acerca da necessidade da ponderação de valores constitucionais envolvidos no precedente usado como modelo, também com o fito de justificar o recorte constitucional eleito especificamente à temática ligada à terceirização na esfera trabalhista.

Citando o exemplo do Tema ADPF 324 e o RE 958252/MG (Tema 725 do STF), ambos versando sobre a licitude da terceirização de atividade-fim, há também importante questão a ser destacada. Como já indicado em tese de doutoramento apresentada na Universidade do Rio de Janeiro²⁰ o caráter residual entoadado como princípio inerente ao cabimento das denominadas ADPF's não sem mostra absoluto, sendo o caso da ADPF 324 e do TRG 725 exemplo do julgamento conjunto entre ambos os instrumentos processuais.

O ato debatido na ADPF era, então, a Súmula 331 do TST, entendida como enquadrada no conceito de “ato oriundo do Poder Público” constante do *caput* do art. 1º da Lei 9.882/99, inobstante posicionamentos anteriores mais restritivos em relação à interpretação da expressão. Discutia-se a observância do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, que alude “*aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*” como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; e, os princípios constitucionais de proteção à liberdade (art. 5º, *caput* da CRFB/88) e da legalidade (art. 5º, inciso II, da CRFB/88), em *preceitos coincidentes*, em parte, com aqueles indicados por violados no RE 958252/MG.

O uso conjunto de arguições de descumprimento de preceito fundamental, e recursos extraordinários em que discutidas teses de repercussão geral, torna ainda mais nebulosa a diferenciação os seus objetos e os efeitos decorrentes no julgamento das Reclamações Constitucionais versando sobre a temática.

A uma, ante a previsão do artigo 988, §5º, I e II do CPC²¹, diferenciando as hipóteses de necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias para a propositura da

²⁰ SIVOLELLA, Roberta Ferme. **As Premissas Fáticas e o Precedente Trabalhista: da Razão Eclética ao *Virtual Law*, a Concretude Objetiva segundo a Teoria do Fato Constitucional**. 2021. Tese (Doutorado), Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

²¹ “Artigo 988 do CPC: (...)”

§ 5º É inadmissível a reclamação: [\(Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016\) \(Vigência\)](#)
I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; [\(Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016\) \(Vigência\)](#)

Reclamação Constitucional, a depender da origem da tese fixada. A opção estratégica pelo precedente indicado como violado acaba por gerar situações de possível quebra de isonomia.

Por outro lado, reside a mesma dificuldade na identificação das premissas fáticas incluídas na *ratio* da tese e a aferição consequente de aderência estrita ou não do precedente ao caso concreto analisado por meio da Reclamação. Tal nebulosidade gera, igualmente, possíveis discrepâncias em relação às interpretações exaradas nas decisões proferidas nas Reclamações Constitucionais, mormente pela via monocrática.

São diversos os exemplos a serem dados, com a multiplicidade de encaminhamentos considerados para a aplicação ora do Tema 725, ora da ADPF 324, ora para a ADC 48 (que trata da legislação referente ao transporte de cargas) e da ADI 5625 (referente ao contrato de parceria entre profissionais que prestam serviços em salões de beleza). Transcreve-se, para ilustração, alguns trechos dos julgados correlatos, inclusive no que tange à análise das premissas fáticas envolvidas:

Agravo regimental na Reclamação. 2. Direito Constitucional, Civil e do Trabalho. 3. Terceirização. Pejotização. Liberdade de organização produtiva dos cidadãos. Licitude de outras formas de organização. 4. Ato reclamado que descaracteriza a relação contratual autônoma. Violação do entendimento firmado na ADPF 324 e no RE-RG 958.252 (TEMA 725) pelo Tribunal de origem. 5. Reclamação julgada procedente. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental não provido.

(...)

Lado outro, quanto ao vínculo de emprego do período a partir de 01.10.2018, o julgador primevo assim decidiu (id 845ff05): (...) Enfim, a prova testemunhal autoral não deixou dúvidas de que a empresa MEDHEALTH foi utilizada pelas reclamadas apenas como forma de burlar a legislação trabalhista, mascarando a verdadeira relação havida entre as partes, onde a autora prestava serviços pessoais, subordinados, habituais e onerosos às reclamadas. (...) De todo modo, independentemente de tal prova, que sequer se apresenta essencial no caso, todo os demais elementos já examinados levam à inarredável conclusão de que a autora, ao menos a partir de 01.10.2018, passou a ser empregada das reclamadas, presentes todos os elementos configuradores de tal relação (artigos 2º e 3º da CLT). 3 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001

Assim, reitero que o Tribunal de origem, declarou haver vínculo empregatício direto da beneficiária com a sociedade reclamante, não obstante a avença

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

firmada entre as partes. Sobre o tema, cumpre registrar que, por ocasião do julgamento da ADPF 324, aponte que o órgão máximo da justiça especializada (TST) tem colocado sérios entraves a opções políticas chanceladas pelo Executivo e pelo Legislativo. Ao fim e ao cabo, a engenharia social que a Justiça do Trabalho tem pretendido realizar não passa de uma tentativa inócua de frustrar a evolução dos meios de produção, os quais têm sido acompanhados por evoluções legislativas nessa matéria. Dessa forma, os únicos produtos da aplicação da então questionada Súmula 331/TST, no contexto da distinção entre atividade-meio e atividade-fim, mostrou-se ser a insegurança jurídica e o embate institucional entre um tribunal superior e o poder político, ambos resultados que não contribuem em nada para os avanços econômicos e sociais de que temos precisado. Registrei, ainda, que o que se observa no contexto global é uma ênfase na flexibilização das normas trabalhistas. Com efeito, se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de descentralização. (Rcl 53049 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18-09-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 05-10-2023 PUBLIC 06-10-2023)

Ementa: RECLAMAÇÃO. CONTRATO DE PARCERIA. “PEJOTIZAÇÃO”. FRAUDE. ART. 9º DA CLT. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ADPF 324, ADC 48, ADI 5625 E RE 958252. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. INVIABILIDADE DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Depreende-se dos autos que a “pejotização” da obreira se deu com o intento de fraudar a legislação trabalhista e que a nulidade do contrato de parceria foi declarada nos termos do art. 9º da CLT. Logo, a matéria debatida no processo de origem não guarda a identidade material com aquelas objeto dos paradigmas invocados, o que torna inadmissível a reclamação constitucional, por ausência de aderência estrita. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(...)

Agravo regimental na reclamação. 2. Direito Constitucional, Processual Civil e do Trabalho. 3. Alegada nulidade por falta de citação do beneficiário. Não ocorrência. Ausência de prejuízo. Precedentes. 4. Terceirização. “Pejotização”. 5. Liberdade de organização produtiva dos cidadãos. Licitude de outras formas de organização do trabalho. 6. Violação ao entendimento firmado na ADPF 324. 7. Reclamação julgada procedente. 8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Rcl 67761 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17-06-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 19-06-2024 PUBLIC 20-06-2024)

“Registrei, ainda, que se observa, no contexto global, uma ênfase na flexibilização das normas trabalhistas. Com efeito, se a Constituição Federal não impõe um modelo específico de produção, não faz qualquer sentido manter as amarras de um modelo verticalizado, fordista, na contramão de um movimento global de descentralização.

Não foi outro o entendimento assentado no voto condutor do tema 725, Rel. Min. Luiz Fux, segundo o qual os valores constitucionais do trabalho e da livre-iniciativa são intrinsecamente conectados, em uma relação dialógica que impede seja rotulada determinada providência como maximizadora de apenas um desses princípios, porquanto é essencial para o progresso dos trabalhadores

brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos, entendida essa como balizamento do poder regulatório para evitar intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

(...)

Nesse mesmo sentido, o entendimento assentado no julgamento da ADI 5.625, no qual esta Suprema Corte, por maioria, julgou improcedente o pedido, reconhecendo a validade dos contratos de parceria entabulados entre trabalhador do ramo de beleza (profissional-parceiro) e o estabelecimento (salão-parceiro). Veja-se a ementa do julgado:

(...)

No que diz respeito à controvérsia acerca da licitude da “terceirização” da atividade-fim através de contratos de prestação de serviços profissionais por meio de pessoas jurídicas ou sob a forma autônoma, a chamada “pejotização”, esta Corte já se manifestou no sentido de inexistir qualquer irregularidade na referida contratação, concluindo, assim, pela licitude da “terceirização” por “pejotização”. (Rcl 55806 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25-04-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. OFENSA AO QUE DECIDIDO POR ESTE TRIBUNAL NA ADC 48, NA ADPF 324 E NA ADI 5.835-MC. OCORRÊNCIA. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O reconhecimento de vínculo de emprego entre motorista parceiro e as plataformas de mobilidade desconsidera as conclusões do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento da ADC 48, da ADPF 324 e da ADI 5835 MC, que permitem diversos tipos de contratos distintos da estrutura tradicional do contrato de emprego regido pela CLT. 2. Reclamação julgada procedente.

(Rcl 60347, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05-12-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-03-2024 PUBLIC 19-03-2024)

“Obviamente, em todos os casos, é bom lembrar - e eu lembro, nos debates, que a Ministra CÁRMEN LÚCIA salientou, várias vezes – que isso não afasta a possibilidade de comprovação de fraude. Obviamente, se comprovada a fraude, se comprovado que somente para não pagar direitos trabalhistas, para não pagar a tributação, se finge uma relação entre pessoas jurídicas, ou uma relação não empregatícia, nesse caso, deve ser comprovada a fraude. Nos outros casos, em que se verifica, como na presente hipótese, a característica de empreendedorismo, aquele que dirige o veículo, aquele que faz parte da Cabify, da Uber, do iFood tem a liberdade, por exemplo, de aceitar as corridas que quer, tem a liberdade de fazer o seu horário. E o mais, que a maioria desses profissionais destaca: ele tem a liberdade de ter outros vínculos. Ele atua em alguma coisa e é motorista desses serviços de transportes de passageiros ou de alimentos; ele não se prende pelo vínculo da exclusividade. A partir do momento em que se exigisse isso - horário, disciplina, hierarquia em relação ao empregador -, ele passaria a ficar impossibilitado de realizar outras funções.(RCL 59795 / MG, REL. Ministro Alexandre de Moraes, DJe 23/05/24).

EMENTA : CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. OFENSA AO QUE DECIDIDO POR ESTE TRIBUNAL NA ADC 48, NA ADPF 324 E NA ADI 5.835-MC. OCORRÊNCIA. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O reconhecimento de vínculo de emprego entre motorista parceiro e as plataformas de mobilidade desconsidera as conclusões do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento da ADC 48, da ADPF 324 e da ADI 5835 MC, que permitem diversos tipos de contratos distintos da estrutura tradicional do contrato de emprego regido pela CLT. 2. Reclamação julgada procedente.

Na hipótese dos autos, o TRT da 3ª Região deu provimento ao recurso ordinário da parte ora beneficiária “para reconhecer o vínculo de emprego, na modalidade de contrato intermitente, no período de 03.04.2019 a 05.06.2019, na função de motofretista.” (eDoc. 10). O Tribunal Superior do Trabalho, a seu turno, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto em face da decisão que inadmitiu o recurso de revista (eDoc. 11).

A decisão reclamada, ao reconhecer vínculo de emprego entre o entregador e a plataforma, em um juízo de cognição sumária, parece desconsiderar as conclusões do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento da ADC 48, na ADPF 324, no RE 958.252 (Tema 725-RG), na ADI 5835 MC/DF e no RE 688.223 (Tema 590-RG), que permitem diversos tipos de contratos distintos da estrutura tradicional do contrato de emprego regido pela CLT. Logo, em razão da probabilidade do direito pleiteado e do fato de já ter sido iniciado o cumprimento provisório da sentença trabalhista (arts. 896, § 1º, e 899 da CLT), CONCEDO A MEDIDA LIMINAR pleiteada para SUSPENDER o Processo 0010323-12.2020.5.03.0016 e o cumprimento provisório de sentença 0010995-49.2022.5.03.0016”. (RCL 60347 / MG-rel. Min. Alexandre de Moraes- DJe 19/03/24)

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS POR ESTA SUPREMA CORTE NA ADPF 324/DF. ADERÊNCIA ESTRITA. ADVOGADOS ASSOCIADOS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO OU CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AGRAVO IMPROVIDO. I - O Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, entendeu ser possível a terceirização de qualquer atividade econômica, ficando superada a distinção estabelecida entre atividade-fim e atividade-meio firmada pela jurisprudência trabalhista. II - Existência de afronta à autoridade da decisão proferida na ADPF 324/DF. III - Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Como afirmado na decisão monocrática, o Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos da ADPF 324/DF e do Tema 725-RG, entendeu pela constitucionalidade da terceirização de atividade-fim ou meio, fixando a tese de que é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das

empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. No caso em análise, a Justiça trabalhista, ao desconsiderar as contratações como advogados associados, desconsiderou os aspectos jurídicos relacionados à questão, em especial os precedentes do Supremo Tribunal Federal que consagram a liberdade econômica, de organização das atividades produtivas e de associação. No caso em análise, não houve condição de vulnerabilidade do contratado quando optou pelo referida relação jurídica estabelecida-. Assim, reconheço a existência de afronta à autoridade das decisões proferidas na ADPF 324/DF e no RE 958.252 RG/MG – Tema 725/RG.” (RCL 62587- rel. Ministro Cristiano Zanin. DJe 15/02/2024).

Por fim, impende registrar que a doutrina aponta que reclamação vem sendo usada como meio de acesso aos tribunais superiores quando o recurso especial ou o recurso extraordinário são inadmitidos e o agravo interno interposto contra a decisão de inadmissão é improvido, tendo por objetivo, ainda, a superação do precedente quando este se mostra inadequado ou insuficiente²².

O manejo da Reclamação Constitucional com esse intuito sinalizado, para que se diferencie das hipóteses de “contorno” da decisão desfavorável à parte, deve estar ligado ao objetivo de obter um “julgamento-alerta”, ou anúncio público à sociedade quanto à necessidade e possibilidade de superação futura do precedente²³, com base nos indícios da presença de uma de suas causas. Entende-se que, nesse caso, pode-se falar também em um “comportamento-alerta”, ou a sinalização, por parte dos atores sociais envolvidos, acerca da inadequação social do precedente.

IV- Conclusão

Os debates advindos do uso das Reclamações Constitucionais no contexto dos precedentes em matéria trabalhista é matéria pungente na atualidade, em virtude de todas as características que envolvem o Direito do Trabalho e a evolução do instituto das Reclamações Constitucionais desde o seu surgimento como remédio de natureza

²²NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. Op. Cit.

²³ O autor diferencia a técnica do julgamento-alerta do *signaling*, que remete ao reconhecimento, pela Corte a quem compete realizar o *overruling*, da necessidade de superação do precedente, de modo que “já existe uma conclusão pela superação do precedente, mas o *overruling* não é pronunciado de imediato para não ferir a segurança jurídica” CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 147, n. 124, 2007.

correicional.

No processo do trabalho, a análise da temática merece ser realizada em observância às suas peculiaridades. Em um microsistema de uniformização de jurisprudência próprio, e também não acostumado tradicionalmente à força vinculante dos precedentes, observam-se as características próprias, atinentes a: (i) grande carga fática que permeia as lides trabalhistas, tornando difícil a separação entre os elementos vinculantes e não vinculantes do precedente; (ii) multidisciplinariedade dando contornos de extrema individualidade a cada um dos pedidos formulados, a justificar a agregação de outras doutrinas e regramentos por aproximação ou analogia, e demandando, por parte do operador jurídico, o conhecimento amplo em relação às ciências interligadas; (iii) ausência de um código de processo do trabalho específico, trazendo grande carga de subjetivismo e (iv) intenso envolvimento com os direitos sociais fundamentais, o que faz com que os precedentes trabalhistas busquem seus fundamentos de validade diretamente na Constituição Federal, e torna mais relevante a identificação da premissa fática presente no precedente, de modo a reconhecer a existência de fato constitucional de presença inafastável.

A importância da consideração de tais peculiaridades para a análise do fenômeno das Reclamações Constitucionais surge junto a outros dois desafios que acompanham a própria evolução do sistema de precedentes no Brasil.

O risco da pulverização de decisões, a importância de ponderação de valores constitucionais para aferição do recorte a ser considerado na interpretação da tese fixada, bem como a possibilidade de criação de situações não isonômicas ante a concessão de efeitos temporais específicos aos precedentes são só alguns dos fenômenos observados. Por outro lado, o surgimento de novas relações de trabalho e o olhar específico que vem sendo direcionado aos precedentes ligados às matérias trabalhistas torna a questão ainda mais tormentosa, na busca da segurança jurídica com a garantia dos direitos fundamentais envolvidos.

Nesse contexto, a dificuldade de identificação dos elementos que compõem o precedente, em especial em relação à premissa fática e sua correlação com a *ratio* da tese utilizada como paradigma analisado na Reclamação Constitucional, bem como o aumento da influência de elementos extrajurídicos na sua interpretação são tópicos que devem ser considerados, bem como os seus efeitos, a colocar alguma clareza na busca da citada

integridade do sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3BBsbfR>. Acesso em: 17 jul. 2024.

BAYLOS, Antonio; REY, Joaquín Pérez. **El despido o la violencia del poder privado**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

BRASIL. STF, RCL 141/SP, Tribunal Pleno, Rel. Rocha Lagoa, julgamento em 25.01.1952. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365675>. Acesso em: 25 jun.2024.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 147, n. 124, 2007.

COOLEY, Thomas McIntyre. **Princípios gerais do direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 810-845, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3eKZvXW>. Acesso em: 13 mar. 2024.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. A utilização controversa da reclamação para a superação dos precedentes. **Conjur**, São Paulo, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lm48M5>. Acesso em: 12 abr. 2024.

PACHECO, José da Silva. A “Reclamação” no STF e no STJ com a nova Constituição, *Revista dos Tribunais*, v. 78, n. 646, 1989.

RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Sergio Antonio Fabris Editor: São Paulo, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On law, politics and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. **As Premissas Fáticas e o Precedente Trabalhista: da Razão Eclética ao *Virtual Law*, a Concretude Objetiva segundo a Teoria do Fato Constitucional**. 2021. Tese (Doutorado), Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021.

_____ ; TRINDADE, Rodrigo. O direito do trabalho atual: de “démodé” ao protagonismo judiciário. **Revista De Trabalho E Processo**. São Paulo: Paixão Editores, 2019.

DIREITO PROCESSUAL SOCIAL OU DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS? UM DIÁLOGO ENTRE CARÚS GUEDES, RONALD DWORKIN E FRANÇOIS RIGAUX.

Thiago Aguiar de Pádua

Advogado. Pós-Doutoramento em Direito (UnB). Doutor em Direito. Master in Giustizia Costituzionali e Diritti Umani pela Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna; Alma Mater Studiorum. Professor Convidado do Doutorado da Disciplina “Literatura & Direito” no Instituto de Letras da UnB - Universidade de Brasília. Foi professor voluntário da Faculdade de Direito da UnB - Universidade de Brasília. Membro da ABPC - Associação Brasileira de Processo Civil. Membro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas - ABCD. Membro do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC. Foi assessor de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Resumo: O presente artigo aborda o tema dos “direitos processuais” desde a única vez em que Ronald Dworkin tratou propriamente do tema processo/procedimento, submetendo suas reflexões a um diálogo com o pensamento de François Rigaux e Jefferson Carús Guedes, na perspectiva não apenas taxonômica sobre a existência de um direito processual social ou de um direito processual de grupos sociais, tendo por objeto de reflexão as premissas e conclusões dos autores em diálogo, objetivando aproximar suas ideias de uma possibilidade dialética de reflexão sobre a filosofia do processo, e, se por um lado um dos autores (Rigaux) se relaciona a uma tradição do direito legislado, o outro (Dworkin) está inserido no contexto filosófico do direito comum, criado pelos juízes desde o ideário do precedente, e o terceiro (Carús Guedes) num modelo misto, se com isso compreendermos a história das ideias no século XIX e sua influencia aos dias atuais, sendo possível articulação mínima das premissas possíveis, preservadas, a todo momento as fronteiras metodológicas existentes entre tradições herdeiras de matrizes distintas; como metodologia, percorreu-se a senda da revisão bibliográfica, com recurso ao estilo ensaístico desde os marcos da dialética, obtendo como resultados e conclusões a possibilidade de diálogo inicial entre Jefferson Carús Guedes, Ronald Dworkin e François Rigaux sobre temas de direito processual, bem entendido, especulações teórico-filosóficas e taxonômicas do processo, sugerindo-se futuras abordagens em continuação.

Palavras-chave: Ronald Dworkin; François Rigaux; Carús Guedes; Direitos Processuais; Direito Processual Social;

Introdução

Conta-se que dormia inserida na alta habitação, local sagrado para certas culturas, uma imagem de Buda, quando Berthold Brecht – se deparando com ela – decide refletir profundamente, para depois falar a partir de imagens poderosas, criando a poética parábola do Buda sobre a casa em chamas (Brecht, 1999, p. 84), num poema que escreveu durante seu exílio (1833-1947). Em uma das versões, haviam redarguido a Brecht sobre o fato de que ele trazia demasiadas críticas, acusado de querer destruir modelos, sempre confrontado com questionamentos: “Mas e o que surgirá depois?”, insistiam os conformistas, sentados pacientemente no lombo de seus confortáveis momentos presentes.

Surge, então, o trecho do poema de Brecht sobre a casa em chamas, quando Buda, ensinando a seus discípulos a doutrina da “Roda dos Desejos”, os havia aconselhado a se libertarem de todos os desejos, para alcançarem um estado profundo de “nada”, não mais apaixonado, que ele denominou de Nirvana, mas foi confrontado por algumas perguntas de certos seguidores que pareciam não fazer muito sentido, tendo apenas respondido: “Não há resposta para sua pergunta”, mas posteriormente, naquela mesma noite, debaixo da árvore de fruta-pão, dirige-se aos discípulos que não haviam perguntado, contando-lhes a parábola da casa em chamas.

Segundo a referida parábola, Buda teria presenciado uma casa pegando fogo. Gritou de fora, avisando. Havia gente no interior da casa. “Alguém gritou lá de dentro: - como está o tempo aí fora? Chovendo? Ventando?”. Com isso, Buda se afastou! Não respondeu, mencionando: “Estes, pensei, mesmo carbonizados continuarão a fazer perguntas. Na verdade, amigos, a quem o chão que pisa, a planta dos pés não queime tanto que sinta desejos de mudar para outro, a esses nada tenho a dizer”¹.

¹ Nesta época, enxergamos a fértil amizade e influência mútua entre Bertold Brecht e Walter Benjamin, fazendo recordar o curioso episódio em que, numa certa noite, estavam Brecht e amigos reunidos, Grete Steffin, Karl Korsch, Andersen Nexø, Karin Michaelis, Walter Benjamin e Hanns Eisler, quando este

Não é o caso de Carús Guedes, Dworkin e Rigaux, que sentiram o chão ardendo, perceberam problemas processuais de igualdade jurídica, dizendo sobre um certo incêndio em suas realidades, propondo perguntas e respostas adequadas em suas obras ora abordadas, que muito tem a nos dizer sobre o princípio constitucional da igualdade no âmbito processual.

Diferentemente do que o título poderia sugerir, falar sobre “direitos processuais” (procedimentais, como será visto²) comporta variados sentidos e possibilidades, desde as reflexões que podem desaguar nas paragens dos “negócios jurídicos processuais” (Cabral, 2023, p. 68; Didier Jr., 2015. p. 381; Wambier, 2016. p. 397; Marinoni, 2015, p. 244), ou nas premissas mais filosóficas que renderiam o peculiar debate, artificialmente urdido, entre Carús Guedes, François Rigaux e Ronald Dworkin sobre a concepção das premissas mesmas inerentes ao suposto direito de apuração dos fatos com precisão (a maior precisão possível), resvalando nos pressupostos de um direito a produzir a melhor versão para os

último, ao piano, tocava a canção “Song of the Reviving Effect of Money”, e, chegando ao verso “Olha, a chaminé está fumegando”, ocorreu de uma das lamparinas à querosene cair no pequeno pátio, onde havia pilhas de jornais que imediatamente pegou fogo. As memórias de Louise Eisler-Fischer (Lou), esposa Hanns Eislern, descrevem a cena: “Benjamin, o primeiro a sair, gritou aterrorizado: ‘O telhado de palha já pegou fogo, a chaminé está soltando fumaça! Saímos correndo; as chamas foram rapidamente extintas, mas a chaminé realmente fumegava”. Cfr. Wizisla, 2009, p. 56.

² Não é a pretensão deste ensaio realizar uma distinção (histórica, doutrinária e/ou de debates específicos) entre processo e procedimento, sugerindo-se o verbete “Processo e procedimento: distinção” (em Procedimento), da Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, que indica alguns caminhos e muitas sugestões de outras tantas leituras necessárias. A propósito: “Processo – cuja noção é eminentemente teleológica, finalística, voltada para o resultado almejado – é entidade complexa composta pelo conjunto de todos os atos necessários para a obtenção de uma providência jurisdicional num determinado caso concreto, podendo ele conter um ou mais procedimentos (procedimento recursal), ou, inclusive, apenas um procedimento incompleto (indeferimento da petição inicial). O processo é o veículo/instrumento pelo qual o Estado-Juiz, ou quem lhe faça às vezes, exerce a jurisdição (dever-poder de dizer o direito de forma definitiva), o autor o direito de ação e o réu o direito de defesa (contraditório). Não interessa para o estudo do processo se o autor tenha ou não ação, ou se, tendo ação, tenha acolhido ou não o seu pedido (pretensão). O processo é indiferente, apenas neste sentido, ao seu conteúdo, pois que a sua natureza instrumental simplesmente conduz o direito de ação reclamado até uma resposta do órgão jurisdicional, que pode ser positiva, caso em que se aprecia o mérito do pedido (procedência ou improcedência), ou negativa, casos em que o feito é extinto sem julgamento do mérito (art. 485 do CPC/2015). Já o procedimento é a faceta dinâmica do processo, é o modo pelo qual os diversos atos processuais se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo do processo atuar em juízo (seu movimento), pouco importando a marcha que tome para atingir seu objetivo final, que pode ser uma sentença de mérito ou terminativa, a apuração do quantum debeat (liquidação de sentença), a satisfação do direito (processo de execução) ou a obtenção de uma garantia (tutelas de urgência). No procedimento é que são fixadas as regras (prazos, modo etc.) para que as partes, o juiz e os auxiliares da justiça pratiquem os atos processuais tendentes a conduzir cada tipo de processo do começo ao fim”. Cfr. Gajardoni, 2017.

fatos como um direito, estritamente considerado, desafiando a adaptabilidade do procedimento e buscando reequilibrar a igualdade de grupos sociais em desvantagem.

Já sabemos, portanto, que a trilha percorrida será a reflexão entre os pensamentos de Jefferson Carús Guedes, Ronald Dworkin e François Rigaux, e não a discussão inerente a diversos temas que poderiam ensejar outras tantas férteis e fecundas abordagens jurídico-processuais, mesmo as que se encontram na antessala do direito fático-probatório ou dos negócios processuais.

Como apontado por Hamish Stewart (2016, p. 373–390), a única incursão de Ronald Dworkin sobre o direito processual (procedimental), num ensaio propriamente dito, ocorreu no texto “*Principle, Policy, Procedure*”, publicado em “*A Matter of Principle*”, traduzido como “Uma Questão de Princípio” (1985, p. 72; 2000, p. 105).

Neste ensaio singular, Dworkin considerou a questão de saber se os direitos processuais das partes litigantes poderiam ser chamados de “direitos” em sentido estrito. Ou seja, na arguta percepção de Stewart, saber se os direitos processuais de uma parte seriam “trunfos” que “derrotariam as reivindicações processuais e substantivas de uma parte contrária”, mesmo que (e apesar disso) o interesse público geral seja promovido através do reconhecimento de tais reivindicações.

Tal indagação teria chamado a atenção de Dworkin, pois a dificuldade em compreender os direitos processuais como direitos, naquele sentido, deriva do seguinte ponto central: “o direito processual muitas vezes parece motivado por algum tipo de vontade de comprometer a apuração precisa dos fatos no interesse do bem-estar geral”, ou, em outras palavras: “O sistema jurídico limitaria a quantidade de recursos sociais dedicados à determinação dos factos de uma forma que seria claramente inconsistente com a afirmação de que as partes têm o direito, no sentido de superar outros valores sociais, ao mais alto grau de precisão na apuração dos fatos” (Stewart, 2016, p. 373).

Em uma linha que busca aderência às reflexões desde a chamada filosofia do processo, poderíamos chamar ao centro destas meditações o professor Jefferson Carús Guedes, alguém que, seguindo os passos de um trabalho anterior de quase 20 anos atrás (Guedes, 2006, p. 67-81) foi provocado a imaginar, posteriormente (Guedes, 2016, p. 115-139), uma confrontação entre ativismo processual versus garantismo processual, idealizando rica reflexão sobre a adaptabilidade do procedimento, quando mencionou um “direito processual de grupos sociais”, cujo título original seria, segundo a nota n. 1,

“Ainda e muito ‘a favor’ do Direito Processual Social ou ‘contra’ o garantismo processual universal”, com a observação subsequente: “Melhor será posicionar o Direito Processual de Grupos Sociais entre o Ativismo e o Garantismo, em homenagem à trova quinhentista portuguesa de Francisco Sá de Miranda: “Pouco por força podemos,/ isso que é, por saber veio,/ todo o mal jaz nos extremos,/ o bem todo jaz no meio”.

No que importa para os fins do presente diálogo, Carús Guedes seguiu afirmando: “o Direito Processual Social pode conter microssistemas associados ao conteúdo material da pretensão veiculada pela ação” (Guedes, 2006, p. 67-81) de modo a “repor o debate sobre certas áreas do processo civil que podem ou devem merecer tratamento diferenciado das regras processuais e, de modo geral, apenas, como um reflexo de diferenciações originadas do direito material” (Guedes, 2016, p. 115 e ss).

Assim propondo, Carús Guedes primeiro estabeleceu premissas reflexivas com alguma pretensão não meramente taxonômica, já em 2006, vincando primeiras linhas sobre um “Direito Processual Social”, com uma evolução reflexiva em 2013, dita “em posição intercalar, entre as duas ‘alternativas’ oferecidas em livro do qual participou (Didier Jr., et al., 2013), culminando com a versão reflexiva de 2015 e 2016, com um “Direito Processual de Grupos Sociais”, em apertada síntese, fiando-se na premissa mais clara de sua profissão de fé processual, nas palavras do próprio autor: “Pensar-se em regras universais não faz mais muito sentido no Brasil, hoje, quando se quer um processo cada vez mais ‘customizado’ ou adequado à tutela desejada pela parte”, menos como privilégio e mais como direito à compensação de uma desigualdade social.

Um pouco na linha também propugnada pelo jusfilósofo Willis Santiago Guerra Filho, quando exemplarmente tratou do tema da isonomia e do privilégio, em sua obra “Processo Constitucional e Direitos Fundamentais”, observando a existência de incompatibilidade entre isonomia e a concessão de privilégios, de modo que o sentido primário do princípio seria negativo, consubstanciado na vedação de privilégios e discriminações, vale dizer, considerando-se privilégios como “situações de vantagem não fundada, e discriminação, por seu turno, como situações de desvantagem”, e alguns privilégios processuais, como certo tratamento infundado conferido à Fazenda Pública, por exemplo, seriam intoleráveis, (Guerra Filho, 1993; Guerra Filho, 2005, p. 186-188), e no mesmo sentido, dizemos nós, baseados no diálogo Carús Guedes, Dworkin e Rigaux,

para certos grupos sociais haveria a necessidade de fornecer um tratamento processualmente privilegiado.

Como uma espécie de intermediador do diálogo, o ensaio de François Rigaux “Exposição recíproca dos fatos e do direito”, inserido no livro “A lei dos juízes”, nos informa sua premissa mais fecunda, ou ao menos uma das mais fecundas, no sentido de que “dentre os maiores problemas de toda teoria jurídica, a aplicação do direito a uma relação de vida ou a uma situação de fato é o mais suscetível de levar a um conhecimento do que é o direito” (Rigaux, 2000, p. 45), ou seja, enquanto Dworkin problematiza a existência de direitos processuais desde um embate entre aspectos gerais e individuais, Carús Guedes avança não apenas uma tal possibilidade, mas estabelece uma ponte entre o geral e o específico, na esperança de uma “customização do procedimento”, ao passo que Rigaux aponta o dedo indicador para um imaginado momento em que fatos e direito (quase) se encontram, quase como um eclipse, como se dissesse, ao enxergar um “portal”: estamos aqui! E, olhando para os dois jusfilósofos anteriores, os desafia para o início de um diálogo imaginário.

1. Carús Guedes

Jefferson Carús Guedes (1961) é Doutor em Direito das Relações Sociais (Processo Civil), com tese sobre a Igualdade e Desigualdade no Processo Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP (2008), Mestre no mesmo Programa de Direito (2001), com dissertação sobre o Princípio da Oralidade, orientado em ambos os níveis pelo professor José Manoel de Arruda Alvim Netto, Especialização em Processo Civil pela PUC-RS (1996), quando foi orientado por Ovídio A. Baptista da Silva, e graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha/URCAMP - Bagé-RS (1993), tendo sido advogado da União, quando exerceu o cargo de Procurador-Geral da União, posteriormente nomeado para o cargo de vice-presidente Jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. É advogado, professor e parecerista em Brasília, nos dias que correm.

Sua obra abarca inúmeros pontos do direito processual civil, e, no aspecto inerente ao nosso pretendido diálogo, nos remete a quatro momentos acadêmicos: 2006, 2013, 2015 e 2016, num pensamento vivo que parece se encontrar em permanente

evolução, propondo classificar e, enquanto realiza a tarefa, o faz filosofando sobre igualdade processual, em termos ora mais claros, ora um pouco (propositalmente) elusivos, mas sempre lidando com o complexo tema da (des) igualdade.

Em suas “primeiras linhas”, na busca por uma proposição teórica sobre o “direito processual social”, registra a necessidade de cautela com a importação de ideias e classificações técnico-processuais, devido aos riscos e possibilidades de incongruências, sendo impelido a observar, de saída, que não haveria no Brasil de então (2006), seja em termos de extensão e profundidade, “um dito Sistema ou Direito Processual Social”, confessando influência mexicana desde os trabalhos do professor José Ovalle Favela, quem havia acolhido, dentro dessa área do processo, “o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Agrário e o Direito Processual da Seguridade Social” (Ovalle Favela, 2005)³.

Bem entendido, Ovalle Favela inspira-se em Eduardo Couture para afirmar que o direito processual social seria regido por um princípio processual fundamental, chamado de “igualdade por compensação”⁴, conforme sua indispensável citação, aliás, com a mesma advertência lá referida: não obstante o processualista uruguaio refira-se ao processo do trabalho, disse: “suas palavras e suas ideias são válidas para todo o direito processual social”. Vejamos:

“Um novo direito processual, estranho a todos os princípios tradicionais, sem excetuar nenhum deles, surge para estabelecer, mediante uma nova desigualdade, a igualdade

³ Conviniente a citação do seguinte fragmento, para evitarmos confusão: “Há sim referências esparsas e remotas, relacionadas especialmente ao Direito Processual do Trabalho, como direito instrumental ao Direito do Trabalho, também denominado Direito Social. Essas referências específicas ao Direito Social são encontráveis no período histórico da elaboração dos direitos trabalhistas, sofrendo visível restrição contextual, e pelas mesmas razões, findando por se diferenciar do que se pretende expor neste estudo. O professor Cesarino Junior, desde a década de 1940, com o magistério e as sucessivas edições da obra Direito Social brasileiro, estabeleceu conceito de Direito Social, definindo-a como a área na qual estavam inseridos o Direito Coletivo Social, o Direito Previdencial e o Direito Social Individual, este subdividido em Direito do Trabalho e Direito Assistencial. Por conseguinte, poder-se-ia, dessa classificação, extrair as correspondentes áreas processuais, na medida em que se fossem formando”. Cfr. Guedes, 2006, p. 2

⁴ A rigor, observamos que não obstante a ideia processual de “igualdade por compensação” remonte a Eduardo Couture, foi Héctor-Fix Zamudio quem a utilizou como paradigma classificatório em 3 grandes setores: a) o direito processual dispositivo; b) o direito processual social (orientado pelo princípio de justiça social – ou de “igualdade por compensação”), e, c) direito processual inquisitório ou publicístico. Cfr. Fix-Zamudio; Ovalle Favela, 1991, p. 1204.

perdida por causa da distinta condição que possuem em razão da ordem econômica da vida, aqueles que possuem seu trabalho como substância do contrato, e os que se servem dele para a satisfação de seus interesses” (Couture, 1978, p. 288; Ovalle Favela, 2005, p. 62).

Não podemos esquecer, a propósito, em nosso próprio modelo, o vanguardismo das ideias de Willis Santiago Guerra Filho, no sentido de que haveria inegável proximidade entre o processo constitucional e a teoria geral do processo, segundo o autor, inclusive, está última (TGP) poderia ser absorvida, em grande parte, pelo processo constitucional “uma vez estabelecido didática e epistemologicamente”, e seriam temas típicos do processo constitucional, pois, “a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência, etc.”, também relacionados a alguns dos temas que tutelam a denominada “ordem jurídica subjetiva”, ou nas próprias palavras do autor “em face do princípio constitucional da igualdade, o que envolve o equilíbrio entre sujeitos processuais e, logo, um problema atinente à ordem jurídica subjetiva em sua dimensão processo-constitucional” (Guerra Filho, 1993; Guerra Filho, 2005, p. 6-7).

Com isso, percebe-se que Carús Guedes busca, num primeiro momento, “a ampliação dessa tendência socializante do processo e seu alcance a outras áreas do direito material e do direito processual”, caminhando em direção a uma proposta de “critérios novos de classificação, bem como a validade e utilidades dessas novas classes de direitos processuais”, diante da rápida evolução social brasileira, seja pelos indicadores demográficos, os dados econômicos, os aspectos sociais, assim como as mudanças políticas acontecidas”, e, assim sendo, direito e o processo (direito material e direito processual) não possuiriam condições de permanecerem infensos (ou imunes) a tais mudanças, apontando diversos estágios evolutivos no direito processual brasileiro (Guedes, 2006, p. 3).

Em auxílio ao desenho jurídico de sua proposição teórica, cita vasta gama de leis processuais, ditas “desmistificadoras de alguns dogmas construídos ou incorporados pelo direito processual civil” no país, citando como possível marco de mudanças o CPC de 1939: desde então “observou-se a incorporação de leis que podem ser apontadas como inversoras da visão individualista e liberal do processo”, como a Consolidação das Leis

do Trabalho (CLT), que teria introduzido diversas alterações (sucessivamente estendidas a outras áreas do processo), recorrendo-se a Alcides de Mendonça Lima para uma outra explicação (Lima, 1982)⁵ e, também a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para outra (Oliveira, 1992)⁶, seguido de inúmeros autores que identificaram uma “abertura para o social, como se poderá observar ao longo do século XX (Lacerda, 1961; Grinover, 1990; Arruda Alvim, 1991; Dinamarco, 1993; Moreira, 1997; Baptista da Silva, 2000; Wambier, 2001), na pletora legislativa⁷ que representa verdadeira “chuva de sapos” de um ciclo daquilo que a licença poética nos autorizaria a chamar de “modernismo processual”⁸.

Muito embora, de maneira distinta, seja “possível falar-se em Barroco Processual, Arcadismo Processual, Romantismo Processual, Naturalismo Processual, Parnasianismo Processual, Simbolismo Processual, Modernismo Processual e Pós-Modernismo Processual”, como mencionado por Fonseca Costa, em “Teoria processual como arte literária”, que conduz a sua conclusão de que “decididamente, ciência processual não é «licença poética»”, mas, por outro lado, uma ideia de “modernidade” também seria tributária de importantes reflexões realizadas pela professora Ada Pellegrini Grinover, expostas em: “Modernidade do direito processual brasileiro”, identificando ao menos três fases distintas⁹ (Fonseca Costa, 2024; Grinover, 1993).

⁵ Observa: “Essa observação não se opõe àquela que aponta as fragilidades técnico-doutrinárias da legislação processual trabalhista, especialmente aquelas relacionadas à linguagem e à necessidade da aplicação subsidiária do CPC, diante das omissões da CLT”, conforme Alcides de Mendonça Lima. Cfr. Guedes, 2006, p. 2.

⁶ Aduz: “esse rápido bosquejo da legislação processual especial que se formou em nosso país após 1964, de modo bastante significativo em sua grande parte baixada por decretos-lei, em confronto com as normas comuns do processo civil brasileiro, impõe meditação aprofundada. O seu exame evidencia de que forma os grupos que empolgam o Poder se apropriam de instrumentos mais eficientes à satisfação de suas pretensões, relegando para segundo plano as aspirações da maior parte da população.”, conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Cfr. Guedes, 2006, p. 2.

⁷ Numerosa “chuva legislativa”, citada pelo autor: CPC de 1939; Dec. 7.661/1945; Lei nº 1.060/1950; Lei nº 1.533/1951; Lei nº 4.717/1965; Lei nº 5.478/1968; Dec-lei nº 911/1969; CPC de 1973; Lei nº 6.515/1977; Lei nº 6.830/1980; Lei nº 7.244/1984; Lei nº 8.884/1994; Lei nº 7.347/1985; Lei nº 8.884/1994; Constituição Federal de 1988; Lei nº 8.069/1990; Lei nº 8.078/1990; Lei nº 8.429/1992; Lei nº 9.099/1995; Lei nº 9.307/1996; Lei nº 9.507/1997; Lei nº 9.868/1999; Lei nº 9.882/1999; Lei nº 10.257/2001; Lei nº 10.259/2001; Lei nº 10.741/2003

⁸ Aqui a referência é ao poema “Os sapos”, de Manuel Bandeira, lidos por Ronald de Carvalho na Semana de Arte Moderna, de 1922.

⁹ Nas palavras da professora Ada: “Concluindo, pode-se dizer que o caminho do direito processual brasileiro moderno percorreu três fases distintas: a) a primeira, de índole técnico-científica que, num a visão interna do sistema, consolidou conceitualmente as categorias e os institutos do processo, estabelecendo rigorosamente os fundamentos do direito processual; b) a segunda, eminentemente crítica, que, passando pelos estudos constitucionais e pela edificação de um a teoria geral do processo, examina-o a partir de um

Considerando, pois, que “modernismo processual” é coisa distinta de “modernidade processual”, fiquemos com a ideia de Carús Guedes, e sua identificação com o aspecto histórico de percepção da alteração legal como abertura ao social.

O núcleo central de Carús Guedes, no ponto, é a ideia de uma (e não apenas “da”) “Teoria Geral do Processo” desde o ideário de Eduardo J. Couture (1976), quem “permite que se insista na possibilidade do estudo de uma ciência processual com núcleo comum, sem comprometimento com a existência ou não de uma teoria geral”, não obstante a existência de uma crítica corrosiva, inclusive alegação doutrinal, “que previa para cada ramo do processo uma própria teoria, em razão dos seus princípios individuais e de sua evolução específica”, o que não foi capaz de impedir o desenvolvimento de uma proposta de teoria geral, “amparado na busca de identidade de princípios gerais do processo e na indivisibilidade da jurisdição” (Guedes, 2006, p. 7), bem entendido, o élan de “ligação do processo com o direito”¹⁰.

O campo sobre o qual trabalha o processualista, nos dias atuais, lidaria com “fenômeno contemporâneo que deve ser observado, com a multiplicação das variantes processuais, identificadas com as ramificações do direito material e também uma expansão da quantidade de procedimentos especiais não codificados”, salientando-se a existência de normas e doutrina em “direito processual constitucional, direito processual tributário, direito processual das famílias, direito processual ambiental, direito processual eleitoral, direito processual administrativo, direito processual comercial (empresarial), e, por sua vez, haveria campo do processo para defesa de interesses individuais especiais (chamado direito processual social), em que poderiam ser apontados: direito processual do trabalho, direito processual imobiliário agrário e urbano, direito processual

ângulo externo, considerando-o em seus aspectos deontológicos e teleológicos, aferindo seus resultados junto aos consumidores de justiça; c) a terceira, em que o processualista torna a dirigir suas preocupações à técnica processual, utilizando-a para revisitar os institutos processuais, a fim de adequá-los à nova realidade, no esforço de edificar um sistema apto a atingir os escopos, não só jurídicos, mas também sociais e políticos da jurisdição.” (Grinover, 1993, p. 296).

¹⁰ De fato, Carús Guedes menciona relevante passagem de Couture, adiante reproduzida sobre a ligação do processo com o direito: “pois “a ciência do processo não tem como objeto de conhecimento somente os atos processuais: as petições, as provas, as apelações, as execuções, as formas e os prazos. Essa concepção errônea fez o filósofo pensar que sobre essa base não se pode construir uma ciência de conhecimento do real com validade universal. A ciência do processo se assenta sobre substâncias menos frágeis. É provável que, mediante um esforço de abstração, seja possível assinalar algumas proposições sobre a própria essência do processo, não sobre a sua exterioridade. Essas proposições devem estabelecer a ligação do processo com o direito”. Cfr. Guedes, 2006, p. 7.

previdenciário e assistencial social, direito processual do consumidor, direito processual do nascituro, da criança e adolescente e dos jovens, direito processual dos idosos, direito processual dos negros, pardos, indígenas e outros grupos étnicos, direito processual acidentário e de portadores de deficiências, direito processual social do microsistema dos juizados e o direito processual coletivo¹¹.

Dito isto, a ideia motriz do autor, após tais observações, é a de que se rompe definitivamente com a ideia transitória de que “um procedimento único e geral poderia atender a especificidade de toda e qualquer pretensão material; ideia associada à tentativa de universalização do procedimento comum ordinário, enquanto meio técnico eficaz para a condução (satisfação) de interesses em juízo” (Guedes, 2006, p. 8), ou na linguagem do autor, um “desvio especializado”, a partir do empréstimo que toma de Mauro Cappelletti e Brian Garth, na obra “Acesso à Justiça”.

Já em 2013, Carús Guedes desenvolve o texto “*Direito Processual Social atual: entre o ‘ativismo’ judicial e o garantismo processual*”, publicado no livro “Ativismo Judicial e o Garantismo Processual, coordenado pelos professores Fredie Didier, José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy, em obra que enriqueceu debates jurídicos posteriores, levando Carús Guedes a escrever, em 2015, o texto “*Direito processual de grupos sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas*”, e, na sequência, em 2016, o artigo “*Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual*” (Guedes, 2013; Guedes, 2015; Guedes, 2016).

Neste intercurso, (2013, 2015 e 2016), Carús Guedes posiciona-se no sentido de que a universalização das regras não atende ao postulado da igualdade, demandando por uma “customização”, e, neste ponto, a palavra da vez é “reequilíbrio”, pois “reequilibrar partes com regras do processo, quando e se necessário, pode ser tarefa estatal, seja pela outorga de direitos, seja pela compensação processual”, ideia que desenvolverá mais pesadamente em sua tese doutoral “Igualdade e desigualdade no Processo Civil: o processo como técnica compensatória de desigualdades sociais” (Guedes, 2008)¹², e no

¹¹ Algumas das referências feitas em 2006 foram atualizadas posteriormente, em 2015, como Agrário, Infância e Adolescência, Negros, Pardos, Indígenas e outros grupos étnicos, etc. Cfr. Guedes, 2006; Guedes, 2015.

¹² Este último, escrito em coautoria com Eliana Pires Rocha. Cfr. Guedes e Rocha, 2010.

ensaio “Direitos Fundamentais e Processo Civil no Brasil: Algumas técnicas processuais compensatórias das desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais”¹³, retomado no sentido de permitir melhor tratamento processual “seja aos pobres ou desassistidos, negros, beneficiários de seguro social, adolescentes em condição de risco, indígenas, mulheres, agricultores, desabrigados de catástrofes, homossexuais e outras minorias”¹⁴.

Carús Guedes, é bom que se diga, se inspira em múltiplas fontes, sendo importante observar ancoragem em Barbosa Moreira, para quem “a luta pela igualdade, como toda luta, requer uma estratégia, e não há estratégia possível sem a identificação das forças adversas” (1988, p. 1660), e o processualista se preocupa, essencialmente com o “tratamento que o processo concede aos desiguais e a tolerância que possui ao sujeito processual que é nitidamente frágil ou especialmente diferente do outro”, cuja bússola conduz aos passos do sentido, alcance e tratamento da igualdade, considerada esta como “consequência da comparação entre pessoas, entre coisas ou entre situações, além de ser considerada um conceito aberto e complexo” (Guedes, 2008, p. 19).

2. Dworkin

Ronald Myles Dworkin¹⁵ (1931-2013) foi um filósofo do direito, Professor na Universidade de Nova York e na University College London. Depois de trabalhar como assessor (clerk) do juiz Learned Hand, Dworkin teve a oportunidade de trabalhar como assessor (clerk) do juiz Felix Frankfurter, na Suprema Corte americana, mas recusou, ingressando na Sullivan & Cromwell, um escritório de advocacia da cidade de Nova York. Depois de trabalhar no escritório, Dworkin tornou-se professor de direito na Yale Law

¹³ A banca da referida tese doutoral foi composta pelos seguintes professores: Paulo Henrique Santos Lucon, Maria Garcia, Sérgio Seiji Shimura, Marcus Vinícius dos Santos Andrade, e José Manoel de Arruda Alvim Netto, este último orientador, como mencionado.

¹⁴ Aqui citamos as referências mencionadas por Carús Guedes: “refugiados, detentos, imigrantes, desempregados, doentes, acidentados, microempresários; sem-terra, deficientes. Mas, além disso, tutelar não mais ou não apenas os direitos desses indivíduos ou grupos de indivíduos, mas as pessoas e como pessoas, assim reconhecidas pela técnica processual”. Cfr. Carús Guedes, 2016.

¹⁵ Notas breves, com auxílio de vasto material sobre a vida e obra de Dworkin, entre outros: Guest, 2013; García Jaramillo, 2021.

School, e em inúmeras outras instituições acadêmicas. No Brasil inúmeros são os que estudaram sua obra de teoria e filosofia do direito, sendo bastante conhecida sua utilização acadêmica como uma das bases da CHD – Crítica Hermenêutica do Direito, escola teórica capitaneada pelo professor Lenio Streck, com aproximações e afastamentos teóricos bem explícitos¹⁶.

Em linhas que permitiriam um diálogo com Carús Guedes sobre a ideia de “customização do processo”, dentro da perspectiva motriz do “reequilíbrio processual”, podemos observar a única incursão ensaística de Dworkin, propriamente dita, acerca do direito processual (procedimental), no texto “*Principle, Policy, Procedure*”, ou “Princípio, Política e Processo” (Dworkin, 1985, p. 72; 2000, p. 105; Stewart, 2016, p. 373–390), publicado originalmente em 1981, como homenagem a Sir Rupert Cross, não obstante sua obra, vasta e multifacetada, permita lidar com todos os temas de teoria e filosofia do direito que de algum modo possam beneficiar os estudos do processo, de uma maneira geral.

A índole persuasiva de Dworkin inicia o r. ensaio afirmando: “nada tem mais importância prática imediata para um advogado do que as regras que governam suas estratégias e manobras”, e pensar sobre como tais regras deveriam ser, permite indagações profundas e filosóficas, como no exemplo que inicia sua articulação mental: o direito ao processo mais exato possível para colocar à prova sua culpa ou inocência, existindo a indagação sobre se essa premissa seria válida, mesmo sendo um tal processo extremamente dispendioso financeiramente para toda a comunidade.

De fato, Dworkin ilustra seu raciocínio (que ele mesmo denomina inicialmente de “tosco” - “*a crude case*”) ampliando numericamente a quantidade de juízes, aumentando o tamanho do tribunal, mesmo que os julgamentos passem a ficar mais longos e as revisões das decisões mais frequentes, além de também muito mais caro, financeiramente falando. Ele prossegue perguntando: reduzir o número de juízes para

¹⁶ Como mencionado: “a CHD, apesar de se aproximar da ideia do “direito como integridade”, não é uma teoria dworkiniana. Se assim fosse, teria que partilhar o todo da obra de Dworkin (2001, 2003, 2007) – o que não ocorre – e, ao fim e ao cabo, não seria outra teoria, mas apenas uma aplicação do jurista norte-americano à realidade brasileira. Resultando de (des)leituras antropofágicas, a CHD constitui uma matriz autônoma, mesmo não escondendo seus aportes basilares, seu(s) lugar(es) de fala”. Cfr. Streck, 2016, p. 224. Dentre outros, confira-se: Streck, 2020; Streck, 2017; Streck, 2014.

poupar alguma despesa extra redundaria em condenações injustas, mesmo que a consequência seja o aumento de condenações indevidas?

A pergunta se torna mais sofisticada, quando Dworkin indaga sobre que tipo ou nível de exatidão processual as pessoas têm direito, sendo evidente extremismo (prossigue) dizer que as pessoas acusadas “não possuem nenhum nível particular de exatidão”, se a premissa fosse, claro, simplória e reducionista, se as decisões e as normas sobre prova fossem inteiramente baseadas em cálculos de “custo-benefício” “sobre o melhor benefício para a sociedade como um todo, equilibrando os interesses”. O dogma liberal e utilitarista sobre “o maior bem do maior número”, em sentido econômico, seria colocado em xeque?

É Dworkin quem o disse, afirmando serem questões difíceis, e que desconhecia na época (1981), qualquer “discussão sistemática a esse respeito na filosofia política”, afirmando, ainda, que em vez disso, essas difíceis e complexas questões “foram deixadas à simples fórmula de que questões de prova e processo devem ser decididas, encontrando-se o ‘equilíbrio correto’ entre os interesses do indivíduo e os interesses da comunidade”, recomendando-se encontrar respostas mais úteis, inclusive questionando-se “essa conversa de equilíbrio correto”, temas que habitam tanto o direito penal quanto o direito processual civil (Dworkin, 2000, p. 106-107).

No campo cível, embora menos dramático, o caso seria mais complexo, segundo Dworkin, já que “quando uma pessoa recorre à justiça em uma questão cível, ela pede ao tribunal que imponha seus direitos, e o argumento de que a comunidade estaria melhor se esse direito não fosse aplicado não é considerado um bom argumento”, e neste ponto, adverte o autor: quando um requerente expõe seu caso indicando uma lei, como fato histórico, “foi aprovada porque o legislativo pensou que o público se beneficiaria como um todo”, ou em outras palavras, a lei foi aprovada não por razões de princípio, mas de política, muito embora a reivindicação do autor, com base na lei, seja uma reivindicação de direito (Dworkin, 2000, p. 107).

Dworkin pede que imaginemos o exemplo que ele propõe, qual seja, o de que um determinado autor teria ajuizado uma ação judicial baseada numa lei que confere indenização tripla por danos contra um réu, cujas práticas comerciais reduziram a competição com desvantagem para a parte requerente, e no exemplo utilizado o legislativo teria aprovado uma tal lei apenas por motivos econômicos, acreditando que a

legislação incentivaria investimentos, criaria empregos, reduziria a inflação, contribuindo com o bem comum, de uma maneira geral, e quando a parte requerente vai ao tribunal pleitear seus direitos, está fundada em um argumento de princípio, não de política.

Aqui também seria possível vislumbrar que os julgamentos oferecem menos que a garantia ótima e possível de exatidão, e, portanto, indaga-se: o papel do bem-estar social na instrução do processo civil seria compatível com a nossa compreensão de que, se o autor ou o réu, tem direito legal de ganhar a causa, ele deveria ganhá-la mesmo que o público (comunidade) perca? Mais especificamente, prossegue Dworkin: se é compatível, as partes de uma ação cível teriam direito a algum nível específico de exatidão? Ou seria apenas uma “questão de quais processos e normas sobre as provas funcionam no interesse público geral?” (Dworkin, 2000, p. 108).

E o autor responde: “essas perguntas, tal como formuladas a casos cíveis, sugerem mais uma questão sobre o direito acerca das provas, uma questão que se refere mais amplamente à teoria da decisão judicial”, oportunidade em que cita três casos de processos cíveis reais para ilustrar seu ponto de vista. Um em que se discutiu a conduta de um empregado que foi exposta numa rede de televisão (*caso British Steel Corporation v. Granada Television Ltd.*), outra de uma denúncia anônima sobre abusos e maus tratos contra crianças, em que se pleiteou acesso a fonte da denúncia (*caso D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*), e o terceiro, em que se discutiu a exclusão de possível prova sobre o fluxo de trânsito que poderia impactar na construção de uma estrada (*Caso Bushell v. Secretary of the State for the Environment*).

É na senda reflexiva sobre estes vários exemplos de processos cíveis que Dworkin apresenta uma inquietante indagação, após mencionar que, não obstante possa existir uma certa questão de política legislativa em dada circunstância, haveria, em tais casos, a questão adicional “quanto à forma e dimensão das audiências públicas a se realizarem para se tomar uma decisão” (possível dilação probatória), quando sintetizou: “Devemos perguntar se o compromisso com direitos processuais nos processos jurídicos criminais e cíveis, quando tivermos identificado esses direitos, realmente têm essa consequência”, ou seja, uma discussão consequencialista (Dworkin, 2000, p. 115).

Prosseguindo, Dworkin nos submete então a uma maratona de perguntas, começando pela indagação sobre a existência de um “direito de o Estado negar direitos probatórios, que não é mero jogo de palavras (direito a negar direitos), passando pela

seguinte pergunta: a coerência exige que as pessoas tenham direito aos processos mais precisos possíveis? E, pois, em caso negativo, perguntando sobre a existência de um “meio termo defensável”, prossegue: “segundo o qual as pessoas têm alguns direitos processuais, mas não aos processos mais precisos possíveis?”, e, como tais direitos (direito a ter direitos processuais) poderiam ser formulados? Ou, além disso, se as decisões que os tribunais tomam a respeito do processo, no decorrer do julgamento, são decisões de política ou de princípio? E o que deveriam ser? E finaliza com uma sutileza: as pessoas têm direitos processuais no que diz respeito a decisões políticas acerca de uma política? (Dworkin, 2000, p. 116).

Assim, Dworkin parte de um exercício de lógica, ao propor que imaginemos que uma determinada sociedade proponha o direito absoluto de não ser condenado se for inocente, mas que esta mesma sociedade negue não apenas o direito ao processo mais exato possível, mas igualmente qualquer direito a algum processo específico, chamada pelo autor de “Sociedade Eficiente em Custos”: tal sociedade planeja processos “inclusive normas de prova, medindo o sofrimento estimado daqueles que seriam erroneamente condenados se uma regra particular fosse escolhida, mas que seriam absolvidos se um padrão de exatidão mais elevado fosse estabelecido, em comparação com os benefícios para outros que decorrerão de se escolher essa regra em vez do padrão mais elevado” (Dworkin, 2000, p. 116).

O tema central, pois, do direito à exatidão de um julgamento, envolve discussões prévias de política legislativa, mas também encontra espaço em processos judiciais, conforme asseverado por Dworkin: “o compromisso com nossas condições imaginadas é pequeno se, como nesses exemplos, a classe que deixa de se beneficiar não é uma classe que esteja em campos sociais ou econômicos gerais distintos da maioria que toma a decisão”, ou seja, poderá ser acusada de injustiça a decisão que estabelece um nível particular de exatidão no julgamento (pela escolha de normas probatórias ou outras decisões processuais) se tais decisões fizerem discriminação contra um grupo distinto, embora Dworkin ressalte: “não é suficiente, para tornar injustas essas decisões, que deem valores diversos a danos morais de diferentes tipos, contanto que essa valoração seja coerente e imparcial” (2000, p. 130).

O que chama atenção, no particular, é que Dworkin afirma: “ninguém tem direito aos processos mais exatos possíveis para o julgamento de suas reivindicações no direito

civil”, e na diferenciação filosófica sobre “direitos dos litigantes em processos cíveis e penais”, afirma que ambos possuem, em princípio, os mesmos direitos, como o direito a processos justificados pela avaliação correta da importância do dano moral a que se arriscam no processo, e o direito correlato a uma avaliação adequada desse dano nos processos a eles proporcionados “em comparação com os processos proporcionados a outros em diferentes casos cíveis” (2000, p. 131-136).

Dworkin vai afirmar, a partir daí, a existência de dois direitos, sendo o primeiro deles um “direito referente à própria norma jurídica”, vale dizer, a perspectiva de que todos teriam direito de que a legislação estabeleça processos cíveis que avaliem adequadamente o risco e a importância do dano moral: “esse é um direito perante os tribunais, quando essas instituições atuam de maneira explicitamente regulamentar, como, por exemplo, quando o Supremo Tribunal aprova e publica regras de procedimento, independentemente de qualquer ação judicial” (2000, p. 136).

Já o segundo desses direitos seria “um direito perante os tribunais em sua capacidade de prestação jurisdicional”, ou seja, é um direito à aplicação coerente da teoria de dano moral que figura na fundamentação da prática jurídica estabelecida, equivalente ao devido processo legal no marco constitucional, e, nas palavras de Dworkin: os tribunais têm o dever de conhecer os processos de revisão estabelecidos por legislação expressa para verificar se a tradição histórica foi suficientemente respeitada, quando no campo processual civil “as cláusulas de devido processo legal foram interpretadas de modo a exigir, pelo menos, uma audiência e a forma de julgamento em certos tipos de processos civis que podem resultar na privação de propriedade”, citando-se dois julgados exemplificativos: caso *Goldberg v. Kelly* (1970)¹⁷ e caso *Mathews v. Eldridge* (1976)¹⁸.

O primeiro foi um caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a cláusula do devido processo demandaria a existência de uma audiência probatória prévia, ou seja, antes que um beneficiário de certos direitos sociais do governo possa ser

¹⁷ Caso *Goldberg, Commissioner of Social Services of the City of New York v. Kelly, et al.*, 397 U.S. 254 (1970). Composição da Suprema Corte: Chief Justice Warren E. Burger, Associate Justices Hugo Black, William O. Douglas, John M. Harlan II, William J. Brennan Jr., Potter Stewart, Byron White e Thurgood Marshall.

¹⁸ Caso *F. David Mathews, Secretary of Health, Education, and Welfare, v. George H. Eldridge*, 424 U.S. 319, (1976). Composição da Suprema Corte: Chief Justice Warren E. Burger, Associate Justices William J. Brennan Jr., Potter Stewart, Byron White, Thurgood Marshall, Harry Blackmun, Lewis F. Powell Jr., William Rehnquist e John P. Stevens.

privado de tais benefícios sociais, numa evidente incursão ampliadora de direitos processuais.

Já o segundo foi um caso em que a Suprema Corte considerou que os indivíduos têm um direito de propriedade legalmente concedido sobre benefícios da Previdência Social, e a rescisão de tais benefícios implica o devido processo, mas não exige um audiência pré-rescisão, e o caso é significativo no desenvolvimento do direito administrativo americano, pois a Corte Suprema reverteu entendimento anterior, considerando que a audiência pré-rescisão não era necessária, numa restrição de direitos processuais.

Fica claro, pois, que Dworkin trabalha com base em ideário anglo-americano relacionado ao que foi denominado de “teorias da prestação jurisdicional” (Dworkin, 2000, p. 137) na tradição que remonta ao postulado das “*theories of adjudication*” (Dworkin, 1985, p. 93), que encontrará em sua obra uma combinação de elementos descritivos e prescritivos, vale dizer, a ambição normativa de uma teoria da adjudicação vem a ser a de que juízes devem fazer mais explicitamente (e mais conscientemente) o que a teoria menciona, como um questão descritiva (Mackie, 1977, p. 7; Brian, 1996, p. 257-258), e assim, neste sentido, conforme Dworkin, “porque nesses casos, argumentos sobre o que conduz ao bem estar geral parece desempenhar um papel de controle no litígio civil” (Dworkin, 1985, p. 93; Dworkin, 2000, p. 137).

3. Rigaux

François Rigaux (1926-2013) foi um professor belga da Universidade Católica de Louvain, tendo sido membro do Conselho de Administração do Instituto de Direito Internacional e do Centro Interuniversitário de Direito Comparado, membro da Academia Internacional de Direito Comparado e membro da Academia Real da Bélgica, tendo sido juiz *ad-hoc* no caso *Irã v. Estados Unidos* perante o Tribunal Internacional de Justiça.

Autor de obra vasta e multifacetada, talvez confundida por sua maior intensidade no âmbito do direito internacional, muito embora seja de grande relevância suas abordagens acadêmicas sobre a Corte de Cassação (Rigaux, 1966), sua própria visão sobre a ciência do direito (Rigaux, 1990), sua visão realista sobre os juristas alemães da

ditadura nazista (Rigaux, 1995), sua provocante visão sobre a função dialética do conflito normativo (Rigaux, 1996), sua peculiar visão sobre fato e direito (Rigaux, 1999), sua visão vanguardista sobre o tema do ciberespaço, jamais suficientemente moderno (Rigaux, 2005), sua homenagem crítica a Kelsen (Rigaux, 2006), e, ainda, seu caótico ensaio sobre o caos no direito (Rigaux, 2013), sem esquecer o que iremos privilegiar neste artigo – “A Lei dos Juízes” (Rigaux, 2003).

No ponto, para os fins do presente texto, nos importa destacar a distinção realizada sobre sua visão acerca dos fatos e do direito, num primeiro momento, para na sequência realizarmos uma mirada sobre o que chama de “poderes jurisdicionais” e “poderes processuais”, para auxiliar no diálogo entre Carús Guedes e Ronald Dworkin.

Observamos com Carús Guedes a preocupação com a abertura do direito (processo) para o social, com avanço que não se mostra apenas taxonômico, mas algo pragmático, e que Dworkin avança suas proposições teóricas em busca da possibilidade de falar sobre a existência de “direitos processuais”, não apenas na balança de uma imaginária “maior exatidão possível” (processualmente falando) de uma decisão judicial, e neste momento apresentamos a visão de Rigaux, que irá se debruçar sobre o ponto de fusão entre fato e direito.

Para ele, como já mencionado, dentre os maiores problemas de toda a teoria jurídica, menciona: “a aplicação do direito a uma relação de vida ou a uma situação de fato é o mais suscetível de levar a um conhecimento do que é o direito”, que seria uma espécie de “imersão do direito no fato ou por uma transmutação deste naquele” (direito no fato, como visto), e isto tem que ver com sua visão sobre a incidência (aplicação) do direito aos fatos, que por sua vez rechaça a tradicional visão traduzida pelo brocardo “*Da mihi factum, tibi dabo ius*”, pois nem o juiz (ou qualquer outro profissional) seria predisposto a um tal intercâmbio entre “o fato e o direito”, ou na expressão do autor: “concebidos ambos como entidades reificadas, a primeira com sua brutalidade de dado pré-jurídico, a segunda em sua reluzente pureza de norma” (Rigaux, 2003, p. 46).

De fato, como apontará Rigaux, “a prática contradiz semelhante divisão entre ‘o’ fato e ‘o’ direito, pois o primeiro elemento que tinham em comum, quando deixados a si mesmos, era a opacidade deles”, e, conclui, com a parte que ora nos importa: “enquanto, postos um diante do outro, esclarecem-se mutuamente”. É que o direito expropria os fatos, vale dizer, o que a vida comporta de emoção, de irrepetível singularidade inédita, acaba

sendo eliminado, mas não pela razão de serem incomunicáveis, mas porque “são estranhos ao magistério do direito”, e aqueles elementos despojados, no dizer do autor, talvez “encontrem alguma pertinência numa fase posterior do raciocínio judiciário” (Rigaux, 2003, p. 47-48).

Ou seja, algo que só pode ocorrer no interior de um processo judicial na fase de sua decisão após a materialização do escrutínio da operação: fato-direito, como parece evidente, sem deixar de reconhecer, como faz o mesmo autor, que a “qualificação dos fatos é o nervo do raciocínio judiciário”, como no exemplo por ele utilizado: saber se a cessão de um imóvel a um preço muito baixo é uma venda ou uma doação disfarçada”, exigindo tal qualificação a identificação de um elemento subjetivo, ou seja, de um fato de vontade sobre o qual o comportamento exterior da pessoa interessada trará indícios (Rigaux, 2003, p. 49-50).

Mas é em sua concepção sobre o papel do julgador que encontramos uma chave antiga, mas fertilizada por seus pensamentos anteriores: “não somente o fato não se deixa verificar facilmente e o direito é frequentemente obscuro, antinômico ou incompleto, mas é o ajuste mútuo deles que confere ao juiz uma função propriamente criadora”, embora seja mais complexa a operação de qualificação fático-jurídica (Rigaux, 2003, p. 71).

Pois bem, recorrendo aos autores de matriz italiana (nomeadamente Satta, Calamandrei e Chiovenda), Rigaux adota uma importante distinção entre poder jurisdicional¹⁹ e poder processual (*Pouvoir de juridiction et pouvoir processuel*), quando assenta: “O poder de jurisdição do juiz é, em certos aspectos, limitado pelos seus poderes processuais”, com isso afirmando que são instrumentos que atribuem limites ao exercício da jurisdição, ou seja: “Particularmente relevante para os poderes processuais do juiz é o equilíbrio a manter entre o ‘poder de julgar’ e a vontade das partes, ou seja, a relação entre jurisdição e ação” (Rigaux, 1966, p. 34).

¹⁹ Em suas palavras, sobre o poder jurisdicional (que é limitado pelo poder processual): “O poder jurisdicional ou de jurisdição também possui um significado mais restrito. A expressão designa, a rigor, apenas uma atividade do juiz, sem dúvida essencial, porque constitui o seu próprio fim: a declaração constante de certos fatos para dar força aos direitos (subjetivos) deles decorrentes, conforme um autor de uma obra publicada há cerca de quinze anos chamada “a realização do direito privado” (Henri Motulsky, “*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*”). Contudo, é oportuno incluir entre os atos jurisdicionais, por um lado, as sentenças que constituem direitos, por outro lado, seguindo a terminologia do professor Cambier, as decisões pertencentes ao litígio de legalidade, em oposição ao litígio de direitos subjetivos”. Cfr. (Rigaux, 1966, p. 34).

Não obstante uma pretendida limitação do poder jurisdicional pelo processo, por certo em busca de certeza jurídica, recordemos, como fez há alguns anos, o professor Jorge Amaury Maia Nunes, em artigo clássico que, abordando a temática, recorreu ao pensamento de Rigaux (no texto “*Le juge, arbitre de la certitude du droit*”) para afirmar a passagem da idade de ouro da certeza do direito para a idade de bronze, que marcaria a transição da pretensão de certeza para a incerteza (Nunes, 2007, p. 322).

4. Considerações Finais (Diálogo Possível)

Com certa margem de “licença ensaística”, podemos tirar bastante proveito de um artificialmente urdido diálogo entre Carús Guedes, Ronald Dworkin e François Rigaux, os imaginando num ameno diálogo que poderia ter ocorrido em 2013, antes dos dois últimos falecerem, com bom humor e ceticismo, marca registrada dos três autores.

Carús Guedes começaria dizendo aos dois colegas sobre os graves problemas brasileiros, numa exposição sistemática da cultura processual brasileira dos séculos XIX e XX, em meio a tantas rupturas constitucionais e democráticas, e alteração das características sociais e demográficas, propondo a necessidade de releitura de certos instrumentos do direito processual tradicional, de modo a permitir a utilização de técnicas processuais compensatórias para desigualdades sociais, que em nosso país são terríveis.

Em sua exposição, falaria, pois, da mudança de um caráter individualista para uma perspectiva mais social, das normas de processo, afirmando que em nosso caso poderíamos adotar classificações diversas de modernismo, seja com as expressões “modernidade processual” ou “modernismo processual”, mas diria, com algum chiste, que classificações não são assim tão importantes, para depois mencionar sua própria pretensão classificatória em proposição de evolução em direção a um “Direito processual de grupos sociais”, colocando o indicador dobrado sobre a mesa, enquanto afirma: “(des)igualdade e reequilíbrio, são urgentes, senhores”, e na sequência, quase mudando de assunto, perguntaria se os colegas conheciam a história do Cardenal Herrera?²⁰

Ao que é surpreendido por Dworkin, que diria não conhecer, mas que gostaria de dizer sobre sua preocupação com alguns elementos, já que no processo civil o

²⁰ Neste sentido, veja-se: Guedes, 2011.

legislador não é obrigado a nenhuma avaliação histórica sobre o risco que vale a pena correr quando adota alguma nova norma de convencimento destinada a economizar dinheiro ou conseguir algum benefício concreto para a sociedade, como um todo, estando mais limitada, no ponto, pela cláusula da igualdade perante a lei, e de outros dispositivos destinados a assegurar que os cidadãos sejam tratados como iguais em cada uma dessas decisões (Dworkin, 2000, p. 137), concordando, portanto, com algumas das premissas de do colega brasileiro,

Entre intrigado e divertido, o colega belga perguntaria se seria possível introduzir no diálogo o problema consistente no papel criador do juiz, e de como, em sua visão, não obstante os “poderes processuais” possam servir para, em tese, tentar limitar o poder jurisdicional, o elemento central de dificuldade seria a reconstrução da história, na operação entre fatos e direito, pilheriando, para evidente divertimento de Carús Guedes e Dworkin, rindo daqueles que acreditam na equação de que o juiz seria uma espécie de matemático que fornece o direito a quem lhe apresente os fatos (“*Da mihi factum, tibi dabo ius*”), como se ao repetir: “todos são iguais perante a lei processual”, transformasse todos em iguais, de fato.

O jusfilósofo belga se inquietaria, ao mencionar que, a rigor, os três estão a falar de coisas parcialmente distintas (direitos processuais, direito processual social e correlação entre fatos & direito), mas haveria pontos de reflexão comuns que perfurariam o solo firme não apenas da igualdade, mas da teoria do direito, pois enquanto Dworkin indica caminhar sobre direito a ter direitos processuais, tisonando a igualdade, Carús Guedes observa que somente se alcança igualdade após uma real diferenciação propositiva de técnicas compensatórias de desigualdades no campo processual, apontando para um Direito Processual Social, até mesmo para que se permita o mais amplo e adequado escrutínio histórico da simbiose “fato-direito”.

O brasileiro retira três canetas do bolso, uma vermelha, uma roxa e outra verde, traçando um desenho, um círculo, e depois outro, e então mais um, de modo a permanecerem concêntricos, com várias cores entrelaçadas e vários grupos sociais com necessidades processuais específicas e diferenciadas, enquanto o colega dos E.U.A. coloca o polegar e o indicador direitos no queixo, meditando sobre as observações.

Nos distintos traços (ou linhas) coloridos (as), apareceria por mais de uma vez os nomes de José Ovalle Favela, Héctor Fix-Zamudio e Eduardo Couture, pois acolhida

a mensagem de que “o direito social surge como consequência das desigualdades que se dão entre pessoas que pertencem a diferentes classes ou grupos sociais”, emendando-se, ainda, outra observação: “o direito social não regula, como o direito privado, as relações das pessoas como indivíduos em condições de igualdade”, havendo vinculação a sua classe social e sua desigualdade real, não havendo pessoas abstratamente consideradas, e, assim, permitir igualdade por compensação (princípio da justiça social), “possuindo como ponto de partida as desigualdades reais das partes, para tratar de lhes outorgar uma verdadeira igualdade de oportunidades no processo”. (Ovalle Favela, 2005, p. 62-63).

Rigaux, a propósito, fica mais sério, quando prossegue falando que, muitas vezes, no uso das chamadas “máximas da experiência”, alguns julgadores se valem de preconceitos pessoais, e que não se pode ignorar, pois, que “dos preconceitos simples, pode-se passar aqueles de natureza discriminatória” contra grupos diversos sociais (Rigaux, 2003, p. 55), e Dworkin, por sua vez, citaria dois casos julgados pela Suprema Corte americana, quando primeiro se ampliou o procedimento probatório antes de benefícios sociais serem cortados pelo governo, e depois se realizou o recorte da referida ampliação, e Carús Guedes diria, pois, que ali seria um típico caso de Direito Processual Social, sugerindo que se encontrassem posteriormente para discutirem o tema.

Neste ponto, Rigaux retiraria do bolso do paletó um pequeno grande livro de poemas de Bertold Brecht, e pediria licença para ler “A Parábola de Buda sobre a casa em chamas”, em um portunhol bastante compreensível (sua versão do livro seria hispânica), terminando com um outro chiste, ao afirmar que os pés dos três teria ardido muitas vezes, guardando o livro no mesmo local de onde o havia retirado, permanecendo alguns segundos entre pensativo e deliciado com o poema.

A conversa andou em outro sentido, e Carús Guedes convidou o colega belga e o colega norte-americano a se juntarem a ele na torcida pelo seu time de futebol, Grêmio Foot-Ball Porto Alegre, quando Rigaux, vendo a possibilidade daquela conversa, perguntaria ao colega brasileiro se ele sabia que a obra de Dworkin havia sido praticamente adaptada pela Australian Football League, em apoio a melhoria das regras no esporte²¹, e teria sido uma fabulosa lembrança para todos. É certo que, sem discordar

²¹ A este respeito, confira-se o seguinte fragmento: “Em 2006, a Liga Australiana de Futebol complementou as Leis de Futebol Australiano com um novo documento intitulado “Spirit of the Laws”. Este documento contém uma expressão oficial dos princípios subjacente às leis do jogo. Sua intenção era tanto fazer com

da linguagem, todos teriam se preocupado efetivamente com um “Direito Processual de Grupos Sociais”, pois em uma democracia constitucional é impossível rechaçar as asas da igualdade, da mesma forma como não parece adequado permitir que a correção da desigualdade material (compensação) seja impedida por uma estéril igualdade perante os tribunais na visão distorcida do processo.

Referências

- Arruda Alvim, José Manoel de. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo, Revista de Processo, nº 64. São Paulo: RT, 1991.
- Baptista da Silva, Ovídio A. Teoria Geral do Processo Civil, 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- Brecht, Bertolt. Parábola de Buda sobre la casa en llamas. Em: Poemas y canciones. Trad. Vicente Romano. Madri: Alianza Editorial, 1999.
- Dinamarco, Cândido Rangel. Instrumentalidade do processo, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- Cabral, Antonio do Passo. Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2023.
- Cappelletti, Mauro; Garth, Brian. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.
- Couture, Eduardo J. Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabalho. Em: Estudios de derecho procesal civil. Tomo i. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- Couture, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- Didier Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Jus Podium, 2015.
- Didier Jr., Fredie et al. (Coord). ‘Ativismo’ judicial e o garantismo processual. Salvador: JusPodivm, 2013.
- Dworkin, Ronald. Principle, Policy, Procedure. In: A Matter of Principle. Cambridge: HUP, 1985.
- Dworkin, Ronald. Princípio, Política e Processo. Em: Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- Fix-Zamudio, Héctor; Ovalle Favela, José. Derecho procesal. Em: El derecho en México. Una visión de conjunto, t. III. Cidade do Mexico: UNAM, 1991.

que aqueles princípios explícitos e também para fornecer orientação aos árbitros da AFL que são frequentemente chamados a tomar decisões complexas e em frações de segundo sob pressão massiva. Este processo parece decididamente semelhante ao processo sugerido por Dworkin para auxiliar os juízes a lidar com casos. O que, então, Dworkin pode nos dizer sobre o futebol australiano e o que o futebol australiano pode nos dizer sobre Dworkin?”. Cfr. Marinac, 2007.

Fonseca Costa, Eduardo José da. Teoria processual como arte literária. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 32 n. 125 jan./mar., 2024.

Gajardoni, Fernando da Fonseca. Procedimento. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Em: Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

García Jaramillo, Leonardo. Ronald Dworkin: Una biografía intelectual. Madri: Trotta, 2021.

Grinover, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias, Novas tendências do direito processual, 2ª.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

Guedes, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 6, n. 1, 2016.

Guedes, Jefferson Carús. Direito processual de grupos sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 5, número especial, 2015.

Guedes, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. In: Didier Jr., Fredie et al (Coord). 'Ativismo' judicial e o garantismo processual. Salvador: JusPodivm, 2013.

Guedes, Jefferson Carús. Orgulho de cardeal espanhol era ser advogado do Estado, Conjur de 22 de dezembro de 2011.

Guedes, Jefferson Carús; Rocha, Eliana Pires. Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: Algunas técnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, (451- 492), vol. 11, 2010.

Guedes, Jefferson Carús. Igualdade e desigualdade no processo civil: o processo civil como técnica compensatória de desigualdades sociais. 2008. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

Guedes, Jefferson Carús. Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas. Revista Latinoamericana de Derecho Social, México, v. 2, p. 55-91, 2006.

Guerra Filho, Willis Santiago. A inclusão do direito processual constitucional no curso de graduação em direito. Revista de processo: vol. 18, n. 69, jan./mar. 1993.

Guerra Filho, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 4ª Ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

Guest, Stephen. Ronald Dworkin. Jurists: profiles in legal theory. Third Edition. Stanford: Stanford University Press, 2013.

Grinover, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993.

Lacerda, Galeno. Processo e Cultura, Revista de Direito Processual Civil. Ano II, nº 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

- Leiter, Brian. Heidegger and the Theory of Adjudication. *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1996.
- Lima, Alcides de Mendonça. *Processo civil no processo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1983.
- Mackie, John. The Third Theory of Law. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 7, n. 1, 1977.
- Marinac, Anthony S. Dworkin on the Half-Forward Flank: The Jurisprudence of AFL's Spirit of the Laws. *Marquette Sports Law Review*, vol. 17, n. 2, 2007.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- Moreira, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: (sexta série)*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- Moreira, José Carlos Barbosa. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988.
- Nunes, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica*, *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*, v. 6 n. 1, 2007.
- Oliveira, Carlos Alberto Álvaro. *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*, *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, v. 4, 1992.
- Ovalle Favela, José. *Teoría General del Proceso*, 6ª ed. Ciudad del Mexico: Oxford, 2005.
- Rigaux François. Aux confins du chaos. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 24, 2013.
- Rigaux François. 125º anniversaire de la naissance de Hans Kelsen. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 18, n°1-6, 2007.
- Rigaux François. Le cyberspace vingt ans après. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 16, pp. 111-122, n°1-6, 2005.
- Rigaux, François. *A expropriação recíproca dos fatos e do direito*. Em: *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Rigaux François. L'opacité du fait face à l'illusoire limpidité du droit. In: *Droit et société*, n°41, L'emploi, l'entreprise : nouvelles normes, nouvelles règles. pp. 85-97, 1999.
- Rigaux François. La pacification des normes. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, pp. 313-331, tome 7, n°1-6, 1996.
- Rigaux François. Les juristes allemands dans l'État totalitaire, 1933-1945. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 6, pp. 411-477, n°7-12, 1995.
- Rigaux François. La science du droit entre un modèle éthique et un modèle scientifique. In: *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 1, pp. 111-129, n°5, 1990.
- Rigaux, François. *La nature du contrôle de la Cour de cassation*. Bruxelles: Emile Bruylant, 1966.
- Stewart, Hamish. *Concern and Respect in Procedural Law*. Em: Waluchow, Wil; Sciaraffa, Stefan (Ed.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: OUP, 2016.

Streck, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

Streck, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Streck, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016.

Streck, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Wambier, Teresa Arruda Alvim; Conceição, Maria Lucia Lins; Ribeiro; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora RT, 2016.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2001.

Wizisla, Erdmut. Walter Benjamin and Bertolt Brecht: The Story of a Friendship. New Haven: Yale University Press, Year: 2009.

**O QUE VEM DEPOIS DO FIM DA HISTÓRIA: FRANCIS FUKUYAMA E OS
MODELOS DE GESTÃO ESTATAL NUM MUNDO DE CRISE CAPITALISTA**

**WHAT COMES AFTER THE END OF HISTORY: FRANCIS FUKUYAMA AND
STATE MANAGEMENT MODELS IN A CAPITALIST CRISIS WORLD**

Anna Tereza Landgraf¹

Camila Guerreiro Britto²

Luana Cal³

RESUMO

O presente artigo trata do descontentamento que recai sobre as democracias liberais contemporâneas, as quais, em função das suas próprias contradições, já não se apresentam como o modelo triunfante propagado por Francis Fukuyama, em seu artigo “O Fim da História?”, de 1989. O objetivo do estudo é apresentar o pensamento original de Fukuyama a respeito da universalização da democracia liberal do Ocidente como última forma de governo do homem e, a partir daí, demonstrar os problemas enfrentados por sociedades de base capitalista na atualidade, apresentando, ao final, formas alternativas de gestão pública e do bem público. A abordagem utilizada neste estudo fundamenta-se no método qualitativo, por meio de revisão bibliográfica. O estudo conclui que o “fim da História” não ocorreu, que as disputas ideológicas persistem e que é necessário continuar pensando sobre formas democráticas e sustentáveis de governo, não apenas no nível local, como também no global.

Palavras-chave: Francis Fukuyama. Democracia Liberal. Confederalismo Democrático. Socialismo. Bem Viver.

¹ Advogada especialista em Direito Tributário (IBET, Brasil). MBA em Planejamento Tributário, MBA em Gestão e Administração de Negócios e Mestranda em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS, Brasil). E-mail: annalandgraf@gmail.com

² Advogada especialista em Direito Tributário (IBET, Brasil). Mestranda em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS, Brasil). E-mail: csgbritto@gmail.com

³ Advogada do Sistema SEBRAE. Especialista em Direito Público (UFBA, Brasil). Mestranda em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS, Brasil). E-mail: luanacal@hotmail.com

ABSTRACT

This article addresses the discontent with contemporary liberal democracies, which, due to their own contradictions, no longer present themselves as the triumphant model propagated by Francis Fukuyama in his 1989 article “The End of History?”. The study aims to present Fukuyama’s original thought regarding the universalization of Western liberal democracy as the last form of human government and, from there, to demonstrate the problems faced by capitalist-based societies today, ultimately presenting alternative forms of public management and public goods. The approach used in this study is based on the qualitative method, through a bibliographic review. The study concludes that the “end of history” did not occur, that ideological disputes persist, and that it is necessary to continue thinking about democratic and sustainable forms of government, not only at the local level but also globally.

Key Words: Francis Fukuyama. Liberal Democracy. Democratic Confederalism. Socialism. Good Living.

1 INTRODUÇÃO

No verão de 1989, Francis Fukuyama, cientista político nipo-americano, escreveu um artigo intitulado *The End of History?*, para a Revista *The National Interest*, com sede em Washington, DC. Àquela época, o mundo passava por uma grave crise ideológica, com a União Soviética em processo de abertura política (Glasnost) e econômica (Perestroika) desde 1985 sob a batuta de Mikhail Gorbachev. Logo depois da publicação do referido artigo, no ano de 1991, a União Soviética viria ao fim após a eleição de Boris Yeltsin como presidente da Rússia. As reflexões do artigo foram aprofundadas posteriormente pelo autor, e publicado o livro intitulado *The End of History and the Last Man*, no ano de 1992.

Os fatos que se seguem consolidam a perda de espaço do socialismo como modelo econômico de estado: unificação da Alemanha, democratização dos demais países socialistas do Leste Europeu, todos para se aliar ao capitalismo internacional (Kanaan, 2005). A China, por outro lado, iniciava um processo de abertura que, à época, significava uma mercantilização de cerca de 20% de sua economia (Fukuyama, 1989, p. 11).

O próprio Fukuyama descreve a sensação de que alguma coisa muito fundamental tinha mudado no mundo ao observar o curso dos acontecimentos na última década de 1980,

especialmente com o fim da Guerra Fria e o estabelecimento de um certo clima pacífico em algumas regiões do mundo. De acordo com o autor, o século começava com sobrelevada confiança na aliança entre o liberalismo econômico e político, ou seja, entre a democracia e o capitalismo. Tratava-se de uma “vitória escorchante”, nas palavras do autor, do capitalismo sobre o socialismo, um “triunfo do Ocidente sobre o Oriente” (1989, p. 1).

Na esteira desses movimentos, o autor introduz a ideia de que não se estaria vivenciando apenas o fim da Guerra Fria, mas o fim da história em si: o ponto em que a humanidade chegou à definitiva ideologia, que se daria pela universalização da democracia liberal do Ocidente como última forma de governo do homem. Apesar disso, ao longo do texto o autor reconhece que a “universalização” não implica na adoção do modelo por todos os países, e nem da mesma forma. Alguns deles não conseguiriam fazer a transição (como a China, por exemplo), e, por outro lado, mesmo naqueles países em que se desse a plena adaptação, a história e a tradição de cada um deles tenderia a resultar em algumas variações do capitalismo, jamais se igualando ao que se observava nos EUA (autor citado, 1989, *passim*).

Fukuyama admite igualmente que certos eventos ainda teriam o condão de movimentar o curso da relação internacional entre os países, mas que, o “desejo de acessar a cultura do consumo” se espalharia pelo mundo. Para exemplificar, o autor cita o caso do Japão, que “seguiu os passos” dos EUA e espalhou a cultura do consumo pelos demais países asiáticos, promovendo em conjunto o liberalismo político (1989, p. 10). A esse respeito, menciona o caso dos estudantes, filhos da elite chinesa, que estavam em formação em universidades ocidentais:

Existem atualmente mais de 20.000 estudantes chineses estudando nos EUA e em outros países ocidentais, quase todos filhos da elite chinesa. É difícil acreditar que, quando regressarem à casa para governar o país, se contentarão com o fato de a China ser o único país da Ásia não afetado pela tendência democratizante mais ampla (Fukuyama, 1989, p. 11, tradução nossa).

O objetivo do presente estudo é o de investigar a validade das proposições fukuyanianas acima mencionadas, no Século XXI. Em específico, objetiva responder novamente, à luz das transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas no Século XXI, à principal pergunta formulada e respondida por Francis Fukuyama no multicitado texto de referência: Qual a contradição que a liberal democracia não resolve? Pretende igualmente enlaçar, com o nível de

profundidade que é possível no artigo científico, os principais modelos político-econômicos existentes hoje e as alternativas oferecidas pelo multiculturalismo enquanto objeto de estudos de caráter científico.

Quanto à metodologia, o trabalho de pesquisa foi elaborado com base na leitura do texto de Fukuyama, e, a partir dele, foram pesquisados artigos científicos e livros que propõem uma análise crítica ao capitalismo e trazem modelos e soluções para as contradições da atualidade aqui abordadas. Trata-se, desta maneira, de uma pesquisa de natureza qualitativa, cujo procedimento metodológico utilizado foi o levantamento bibliográfico. Foram buscados autores com produção acadêmica de referência nas áreas de economia, filosofia e ciência política para esta finalidade.

Este artigo está dividido em seis seções, a saber: começa com esta Introdução; o segundo capítulo apresenta o pensamento de Fukuyama sobre um mundo pós-história; a terceira seção pretende responder ao problema proposto, abordando os conflitos que a democracia liberal não resolveu; a quarta apresenta modelos alternativos de gestão para o Século XXI; e a quinta e última seção apresenta as Considerações Finais.

2 PENSAMENTO DE FUKUYAMA SOBRE UM MUNDO PÓS-HISTÓRIA

Ao anunciar o fim da evolução ideológica da humanidade e a universalização da ideologia liberal ocidental, Fukuyama (1989) apresenta a democracia como forma final de governo humano. Seguindo o pensamento de Kojève⁴, Fukuyama defende que, no chamado “Estado universal homogêneo”, todas as contradições são resolvidas e todas as necessidades humanas são satisfeitas. Não há luta ou conflitos sobre grandes questões e, conseqüentemente, não há necessidade de generais ou estadistas; o que resta é, principalmente, a atividade econômica.

⁴ Alexandre Kojève foi filósofo francês, responsável pela introdução de Hegel na filosofia francesa do século XX. Concentrou-se na filosofia da história de Hegel e é mais conhecido por sua teoria do ‘fim da história’ e por iniciar o ‘marxismo existencial’. Kojève chega ao que é geralmente considerado uma interpretação verdadeiramente original de Hegel através das lentes gêmeas do materialismo de Marx e da ontologia temporalizada de Heidegger. Internet Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <https://iep.utm.edu/kojeve/>. Acesso em 05 ago. 2024.

Fukuyama cogita que os movimentos protofascistas teriam desaparecido após a guerra e afirma que o apelo do comunismo no mundo ocidental desenvolvido era menor que em qualquer tempo desde o fim da Primeira Guerra Mundial. Nas palavras de Fukuyama (1989), “Alemanha, Estados Unidos, Japão são descaradamente pró-mercado e anti-estatistas, e num clima intelectual cujos membros mais “avançados” já não acreditam que a sociedade burguesa é algo que, em última análise, precisa ser superado”.

Neste sentido, ainda em 1989, Fukuyama questiona se haveria uma estrutura político-econômica alternativa ao liberalismo. Mesmo desacreditando de resposta positiva para o referido questionamento, Fukuyama reconhece que, além das contradições de classe, há outras duas contradições na sociedade liberal - o fundamentalismo religioso e o nacionalismo - porém ambas, em certa medida, sob controle.

Segundo Fukuyama (1989), o liberalismo moderno em si foi historicamente uma consequência da fraqueza das sociedades de base religiosa que, não conseguindo chegar a acordo sobre a natureza da boa vida, não conseguia proporcionar nem mesmo as mínimas condições prévias de paz e estabilidade. Na visão do autor, no mundo contemporâneo, apenas o Islã ofereceu um Estado teocrático como alternativa política tanto ao liberalismo como ao comunismo; outros impulsos religiosos menos organizados foram satisfeitos com sucesso na esfera da vida pessoal permitida nas sociedades liberais.

Por outro lado, o nacionalismo continuava sendo uma ameaça ao liberalismo em partes isoladas da Europa pós-histórica. Para Fukuyama, grande parte da tensão étnica e nacionalista mundial pode ser explicada em termos de povos que são forçados a viver em sistemas políticos não representativos que não escolheram. De qualquer sorte, a vida internacional para a parte do mundo que atingiu o fim da história (leia-se, a democracia liberal), está muito mais preocupada com a economia do que com a política ou a estratégia (Fukuyama, 1989).

Estar-se-ia, então, diante de um mundo dominado por preocupações econômicas em que não existem bases ideológicas para grandes conflitos entre nações e em que, conseqüentemente, o uso da força militar se torna menos legítimo. O Fukuyama de 1989 declara o triunfo da democracia e do capitalismo e prevê um fim da história muito triste, no qual a luta pelo

reconhecimento, a vontade de arriscar a vida por um objetivo puramente abstrato, a luta ideológica mundial que suscitou ousadia, coragem, imaginação e idealismo, seria substituída pelo cálculo econômico, pela resolução interminável de problemas técnicos que envolvem preocupações ambientais e satisfação de exigências sofisticadas dos consumidores.

Estaria o Fukuyama da atualidade surpreso com o caminho que a história trilhou? Em sua mais recente obra “Liberalismo e seus descontentamentos”, o autor reconhece que o liberalismo está sob ameaça em todo o mundo. Afirma que o liberalismo tem sido desafiado nos últimos anos não apenas por populistas de direita, mas também pela esquerda progressista. Todavia, na opinião do autor, o descontentamento destes grupos não é por causa de uma fraqueza fundamental da doutrina, mas pela forma como o liberalismo evoluiu ao longo das últimas gerações (Fukuyama, 2022, p. 7).

Ainda que a doutrina originalmente idealizada se mantenha firme e necessária, como defende Fukuyama, o mundo pós-história revela contradições que ameaçam as democracias liberais contemporâneas, ensejando estudos como o presente, que apontam para alguns modelos de gestão estatal existentes no século XXI, buscando avaliá-los enquanto alternativas (ou não) ao liberalismo e ao sistema capitalista.

3 CONTRADIÇÕES QUE A DEMOCRACIA LIBERAL NÃO RESOLVEU

A partir do final da década de 1970, o liberalismo econômico evoluiu para o que hoje é denominado neoliberalismo, o qual aumentou dramaticamente a desigualdade econômica e provocou crises financeiras devastadoras que prejudicaram (e prejudicam) muito mais as pessoas comuns do que as elites ricas em todo o mundo. É esta desigualdade que está no cerne da defesa progressista contra o liberalismo e o sistema capitalista ao qual está associado (Fukuyama, 2022, p. 9).

Os princípios fundamentais do neoliberalismo – livre mercado e desregulamentação, privatização de serviços públicos, redução do estado de bem-estar social e a importância da competitividade e do empreendedorismo – não apenas moldaram a economia global, mas também transformaram profundamente o tecido social, provocando um aumento significativo do abismo que separa os ricos dos pobres.

Ao comentar sobre *O fim da história* de Fukuyama e sua ideia de triunfo da democracia e do capitalismo, Stiglitz (2019, p. 27) declara que a crise financeira de 2008 mostrou que o capitalismo não era tudo aquilo que se esperava: “não parecia nem eficiente, nem estável”.

A crise financeira global de 2008, que teve suas raízes em práticas de mercado desregulamentadas, expôs as falhas do modelo neoliberal e levou a um novo debate sobre a necessidade de uma regulação mais eficaz dos mercados financeiros e uma maior intervenção estatal na economia. Para Mazzucato (2020, p. 331), dentre as repercussões da crise, está uma miríade de críticas ao sistema capitalista moderno: é “especulativo demais”; recompensa os “rentistas” em vez dos verdadeiros “criadores de riqueza”; e permitiu o crescimento desenfreado do sistema financeiro, possibilitando que as trocas especulativas de ativos fossem mais recompensadas do que os investimentos que levam a novos ativos físicos e à criação de empregos.

Sandel (2019, local. 6551) alerta que o capitalismo e a democracia há muito têm uma difícil coexistência, na medida em que o capitalismo busca organizar a atividade produtiva com vistas ao lucro particular e a democracia busca empoderar os cidadãos para que compartilhem o governo. Segundo o autor, desde a sua concepção, a economia política da cidadania foi uma tentativa de conciliar os dois projetos, contudo, nas décadas após Segunda Guerra Mundial, a economia política da cidadania entrou em eclipse, deslocada por uma economia política de crescimento e justiça distributiva. Ainda na visão do autor, liberais e conservadores debatiam que políticas alcançariam o crescimento econômico e como os frutos da prosperidade deveriam ser compartilhados, mas poucos questionavam a suposição de que o único fim da atividade econômica é o consumo; a noção de que uma economia deve servir ao projeto de autogoverno desapareceu do debate político (2019, local. 6553).

O neoliberalismo transformou profundamente o capitalismo, transformando igualmente as sociedades, na medida em que estendeu a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida, criando o que Sandel chamou de “concepção consumista de liberdade”. Em suas palavras, “essa concepção individualista está em desacordo com o ideal cívico republicano que crê que liberdade significa compartilhar o autogoverno e ter voz na formação das forças que comandam nossas vidas” (2019, local. 6570).

No início do século XXI, as ideias neoliberais continuaram a influenciar as políticas econômicas em muitos países, mas também começaram a enfrentar crescente resistência. O “descontentamento” que inspirou o nome do novo livro de Fukuyama, também vem sendo percebido por outros estudiosos e cientistas políticos. Sandel aponta que a noção consumista de liberdade alimentou um crescente sentimento de impotência e falhou em inspirar o sentimento de pertencimento e engajamento cívico que o autogoverno exige (2019, local. 6577).

Segundo Souza Neto (2020), já se tornou lugar comum afirmar que a previsão do “fim da história” de Fukuyama foi cabalmente desmentida, mas o que, por vezes, não se ressalta é o fato de que a referida síntese virtuosa foi alcançada por uma versão específica da economia de mercado: o Estado de bem-estar social. O autor ressalta que o trabalhador do Ocidente se afastou da utopia socialista, por conta dos empregos seguros na indústria e o sistema robusto de proteção social, que correspondiam àquele modelo. Todavia, com o fim do bloco soviético, ao invés de o modelo se consolidar no Atlântico Norte e se expandir para o mundo em desenvolvimento, passou a ser deslegitimado por sua suposta vocação ao desequilíbrio fiscal, e se retraiu, sob a hegemonia do neoliberalismo.

Neste contexto, as “políticas de austeridade” se apresentavam como inevitáveis. Há trinta anos, a legislação mundial vem se “padronizando” para se adequar aos limites de intervenção do Estado no domínio econômico preconizado pelo neoliberalismo (Souza Neto, 2020), limites estes que acabam por resultar em um aumento significativo da concentração de riqueza nas mãos de poucos, reforçando as desigualdades sociais.

Noam Chomsky (REQUIEM, 2015), em documentário que revisita o ideal do *American Dream*, faz um panorama histórico e político da desigualdade, questionando a concentração de riquezas por um grupo seleto de pessoas. O documentário aborda ainda outras temáticas, como a flexibilização das leis trabalhistas e a precarização do trabalho, que têm deixado muitos trabalhadores em condições instáveis e inseguras. Além disso, a desregulamentação financeira tem contribuído para crises econômicas recorrentes, mostrando os riscos associados a uma abordagem *laissez-faire* dos mercados. Some-se a isso a crise climática provocada por ações humanas desastrosas que aceleram o aquecimento global e já ameaçam a continuidade da própria espécie.

Nesse clima de descontentamento e desesperança, surgem pensadores como Thomas Piketty (2022, p. 17), que explica a desigualdade como, antes de tudo, uma construção social, histórica e política. Piketty (2022, p. 247-248) defende um socialismo democrático e federal, descentralizado e participativo, ecológico e diversificado, calcado na expansão do Estado social e do imposto progressivo; na divisão do poder nas empresas; nas reparações pós-coloniais e na luta contra as discriminações; na igualdade educacional e nos créditos de carbono; na desmercantilização gradual da economia; na garantia do emprego e da herança para todos; na drástica redução das desigualdades monetárias; e em um sistema eleitoral e midiático salvo do poder do dinheiro.

Estudar as implicações contemporâneas do neoliberalismo tem se mostrado fundamental para compreender o momento de recessão democrática da história da humanidade, que, ao contrário do que previu Fukuyama em 1989, continua sendo escrita e com traços que apontam para a ineficiência do capitalismo e sugerem uma renovação ideológica. Movimentos por justiça econômica, ambiental e social são respostas às práticas neoliberais, e a conscientização sobre essas questões pode estimular a busca por mudanças significativas.

4 MODELOS ALTERNATIVOS DE GESTÃO PARA O SÉCULO XIX

As ideias de Piketty refletem uma tentativa de adaptar a economia e a gestão ao ritmo de constante transformação do século XXI, na busca do tão sonhado equilíbrio entre crescimento econômico e equidade social, quase sempre partindo de uma perspectiva ocidentalizada, o que é comum dada sua origem e as principais influências sobre o seu pensamento. Tal perspectiva é ainda mais forte nas ideias de Fukuyama que, em boa parte da sua obra, acaba por ignorar a diversidade cultural e política fora do Ocidente, quando presume que o “Fim da História” seria o triunfo definitivo da democracia liberal.

Ocorre que a hegemonia do pensamento ocidental retira, por muitas vezes, a oportunidade do pensamento diverso e da ruptura do próprio modo de pensar o mundo. Em contrapartida, sempre houve (e há) no mundo muitos intelectuais dedicados a (re)pensar de modo crítico sobre o modelo capitalista ocidental e sobre as estruturas tradicionais de Estado que, cada dia mais, se mostram ineficientes na redução das desigualdades e na proteção aos

direitos humanos, tais como a vida, a liberdade e a cidadania. Assim constatam Dardot e Laval (2016, p. 374):

Além do modo de gestão e suas ferramentas técnicas, a relação entre governantes e governados é radicalmente subvertida. De fato, é toda a cidadania, tal como se construiu nos países ocidentais desde o século XVIII, que é questionada até em suas raízes. É o que se vê em especial pelo questionamento prático de direitos até então ligados à cidadania, a começar pelo direito à proteção social, que foi historicamente estabelecido como consequência lógica da democracia política. “Nada de direitos se não houver contrapartidas” é o refrão para obrigar os desempregados a aceitar um emprego inferior, para fazer os doentes ou os estudantes pagarem por um serviço cujo benefício é visto estritamente como individual, para condicionar os auxílios concedidos à família às formas desejáveis de educação parental. O acesso a certos bens e serviços não é mais considerado ligado a um status que abre portas para direitos, mas o resultado de uma transação entre um subsídio e um comportamento esperado ou um custo direto para o usuário.

Pierre Dardot, também em colaboração com Christian Laval, desenvolveu ideias importantes sobre novas formas democráticas e de governo coletivo de recursos na obra “Comum: Ensaio sobre a revolução no século XXI”. Nela, eles exploram como a noção de “comum” pode ser fundamental para repensar as formas de organização social, econômica e política.

O conceito de “comum” refere-se a recursos ou bens que são compartilhados por uma comunidade, em oposição à propriedade privada ou estatal. Dardot e Laval (2017, p. 322) argumentam que o “comum” não deve ser confundido com o “público”, que está ligado ao Estado, mas sim deve ser gerido e governado de maneira colaborativa pela comunidade que o utiliza. Os autores propõem que o “comum” pode ser uma base para novas formas de organização social e econômica, defendendo a ideia de uma governança democrática dos recursos compartilhados. Essa perspectiva busca repensar as estruturas de poder e propriedade, considerando a participação ativa das comunidades na gestão e preservação dos recursos comuns.

Hardt e Negri (2014, p. 108) explicam que a insistência em controles e regulação estatal parece se revelar como única alternativa contra a destruição engendrada pelas corporações

privadas. Por isso, mesmo quando se tem em vista o “comum”, o resultado acaba sendo um retorno ao controle do estado. Para os autores, o aprofundamento do governo na propriedade pública e no controle estatal em nada contribui para uma aproximação da administração democrática do comum.

Nesta linha de pensamento, enxergam dois caminhos para estimular e cultivar a transição da propriedade pública para o comum e do controle estatal para a autogestão democrática. O primeiro é baseado no princípio da diferença de John Rawls, que, em relação ao bem comum, determinaria que toda função social regulamentada pelo estado, que possa ser igualmente bem administrada em comum, seja transferida para as mãos comuns.

Um exemplo dado é o das propostas de autogestão relativas à vida educacional, que deveriam ser preferencialmente autogeridas, ao invés de serem tomadas pela administração estatal. Do mesmo modo, no que tange aos recursos naturais, seria preferível à administração comum, quando, no mínimo, fosse igualmente eficaz e eficiente.

O segundo caminho a ser perseguido envolve um combate duplo, que consiste na combinação de estratégias em favor do público e contra o poder público, ou seja, a favor da autogestão. Ao mesmo tempo que nem todas as estratégias que afirmam o controle público devem ser rejeitadas, também não se pode satisfazer todas as necessidades apenas com elas. Seria preciso encontrar uma dinâmica capaz de assegurar um movimento rumo ao comum, a exemplo da luta dupla dos movimentos estudantis contra a privatização da educação e para a melhoria da prestação do serviço pelo estado, ou ainda dos diversos movimentos de ambientalistas.

Em sentido mais radical, há movimentos que defendem total ruptura, propondo, inclusive, um modelo de autogestão sem que haja, necessariamente, qualquer estrutura estatal, a exemplo do autogoverno de Rojava.

4.1 CONFEDERALISMO DEMOCRÁTICO. O EXPERIMENTO DE ROJAVA.

No final do ano de 2010, iniciava-se uma onda revolucionária de manifestações e protestos que ocorreram no Oriente Médio e no Norte da África. A Primavera Árabe, como ficou mundialmente conhecida, tinha como objetivo, em suma, discutir questões sobre a democratização no mundo árabe, a luta contra a opressão e os desafios que os países enfrentam

na construção de sistemas políticos estáveis e democráticos (Elias, 2023). Em 2011, como desdobramento da Primavera Árabe, inicia-se a guerra civil na Síria e, em novembro de 2013, com a intensificação da guerra e o aumento das zonas liberadas, é criada, no norte do país, a Administração Transitória de Rojava (região norte da Síria), buscando construir uma sociedade democrática e livre, com ênfase na igualdade de direitos entre homens e mulheres para que possam conviver em harmonia diferentes grupos étnicos e religiosos (Henriques, 2016).

Ocorre que, desde a década de 1970, o Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK) tem lutado pelos direitos do povo curdo e publicado manifestos que tornaram a questão curda um assunto internacional que afetou todo o Oriente Médio. O povo curdo integra a maior nação sem Estado do mundo. A população de origem curda soma mais de 26 milhões de pessoas, que estão distribuídas nos territórios da Armênia, Azerbaijão, Irã, Iraque, Síria e Turquia, que abrigam mais de 14 milhões de pessoas (Blakemore, 2020).

Nos anos 70, quando o PKK foi formado, o clima ideológico e político internacional se caracterizava pelo mundo bipolar da Guerra Fria e pelo conflito entre os campos socialista e capitalista que também fora objeto de estudo por Fukuyama. Na época, o PKK foi inspirado pelo surgimento de movimentos de descolonização por todo o mundo. Nas palavras de Abdullah Öcalan (2012), teórico político curdo de nacionalidade turca e um dos membros fundadores do PKK:

O Partido nunca considerou a questão curda como um simples problema de origem étnica ou de nacionalidade. Pelo contrário, acreditamos no projeto de libertar nossa sociedade e democratizá-la. Esses objetivos determinaram cada vez mais nossas ações desde a década de 90.

Öcalan é também o criador do Confederalismo Democrático, filosofia política e modelo de organização social que se baseia nos princípios da descentralização, da democracia direta, da igualdade de gênero e da ecologia e que foi implementado nas regiões curdas do norte da Síria, principalmente em Rojava.

O sistema propõe uma estrutura política onde as comunidades locais têm autonomia para tomar decisões que afetam suas vidas, ao mesmo tempo em que se baseiam em princípios democráticos e no respeito à diversidade étnica, cultural e religiosa – direitos humanos. Em vez de um Estado centralizado, apresenta um modelo de democracia participativa, com redes de

autogoverno local interligadas, formando uma confederação democrática de comunidades. Öcalan reafirma o fenômeno para longe do Estado, quando estabelece um paralelo entre este e democracia:

Este tipo de organização ou administração pode ser chamado de administração política não-estatal ou democracia sem Estado. Os processos democráticos de tomada de decisão não devem ser confundidos com os processos conhecidos da administração pública. Os Estados só administram, enquanto democracias governam. Os Estados são fundados no poder; as democracias são baseadas no consenso coletivo. Os cargos no Estado são determinados por decreto, ainda que possam, em parte, ser legitimados através de eleições. As democracias usam eleições diretas. O Estado usa a coerção como meio legítimo. As democracias se baseiam na participação voluntária. O Confederalismo Democrático está aberto a outros grupos políticos. É flexível, multicultural, antimonopolista e orientado para o consenso. A ecologia e o feminismo são pilares centrais. No panorama desse tipo de autoadministração, uma economia alternativa se tornará necessária, o que aumentará os recursos da sociedade em vez de explorá-los e fará, assim, justiça às múltiplas necessidades da sociedade (ÖCALAN, 2012, p.21).

O modelo político proposto por Öcalan (2012) aponta o capitalismo como o maior responsável pelas desigualdades socioeconômicas, pelo sexismo e pela destruição ambiental no mundo. Busca promover a igualdade de gênero, com uma participação ativa das mulheres em todos os níveis de tomada de decisão. Também enfatiza a sustentabilidade ecológica, procurando integrar práticas ambientalmente conscientes na estrutura social.

Embora no Confederalismo Democrático o foco esteja no nível local, Öcalan (2012) afirma que o confederalismo globalmente organizado não está excluído. O autor entende que é preciso edificar uma plataforma de sociedades civis nacionais na forma de assembleia confederada, para fazer oposição às Nações Unidas como uma associação de Estados nacionais sob a liderança das superpotências. Somente dessa forma, segundo ele, seria possível obter melhores decisões com vista à paz, à ecologia, à justiça e à produtividade no mundo.

4.2 SOCIALISMO DEMOCRÁTICO

O socialismo democrático tem seus primeiros registros históricos no século XIX, mas foi popularizado pelos socialistas que se opuseram ao retrocesso em direção a um estado de partido único na União Soviética e em outras nações durante o século XX (Eatwell, 1993), defendendo a ideia de que as mudanças sociais e econômicas em direção a uma sociedade mais igualitária devem ser realizadas por meio de processos democráticos, respeitando os direitos civis e políticos.

As lições de Piketty vêm aquecendo a discussão sobre o tema, ao propor um socialismo democrático participativo e federal, ecológico e diversificado, que, nas palavras do próprio autor, “não passa da prolongação lógica de um movimento de longo prazo rumo à igualdade, iniciado a partir do fim do século XVIII” (2022, p. 237).

De acordo com Eatweel (1993, p. 96), há um reconhecimento generalizado de que uma política de classe tem de ser expandida para incorporar outras dimensões da desigualdade (como a de gênero) e outras áreas de exploração (notadamente do ambiente), envolvendo um tipo de política de base mais ampla do que a tradicionalmente praticada pelos socialistas.

Os debates sobre regimes alternativos e as múltiplas formas de socialismo ganharam força desde a crise de 2008 e à medida que os impasses de desigualdade e climáticos colocaram em evidência as contradições do capitalismo e em cheque a sua permanência como modelo hegemônico. Para Piketty (2022, p. 247), é “bem possível que os confrontos ideológicos do futuro se assemelhem mais a uma batalha dos socialismos do que à guerra dos capitalismo frequentemente evocada”.

Sandel (2023, local. 7273) aponta que a maioria dos americanos sente que sua voz não importa, que não tem uma participação significativa sobre o modo como é governado. Esse sentimento de impotência, que se aprofundou nas últimas décadas (não apenas nos Estados Unidos), está no centro do descontentamento da democracia e é uma das consequências cívicas corrosivas das vastas desigualdades de renda e riqueza produzidas por décadas de globalização impulsionada pelas finanças.

O fato é que, desde o século XIX, surgiram muitas tentativas teóricas e práticas de implementar um sistema alternativo – o socialismo – caracterizado por planejamento racional a longo prazo, relações sociais não antagônicas e justas, e convivência harmoniosa com o meio ambiente (Jabbour e Gabriele, 2021, p. 101). Entretanto, a sustentabilidade e a eficácia do socialismo como alternativa ao modo de produção capitalista, assim como as outras alternativas apresentadas neste estudo, em última análise, só poderão ser avaliadas a partir das experiências reais.

A China é a experiência mais avançada e, de acordo com Jabbour e Gabriele (2021, p. 244), o socialismo com características chinesas é considerado por políticos e acadêmicos de todos os quadrantes políticos a encarnação de uma possível alternativa progressista ao capitalismo no século XXI. Ocorre que, o socialismo autoritário da China, na prática, assemelha-se cada vez mais a uma ditadura digital perfeita, tão perfeita que, afirma Piketty (2022, p. 243), ninguém quer se parecer com ela. Não há qualquer transparência nas deliberações do partido, ao passo que a vigilância generalizada da população só aumenta, além da repressão a dissidentes e minorias, e da brutalização do processo eleitoral.

Piketty (2022, p. 248) defende que, se os países ocidentais, ou parte deles, abandonassem as posturas capitalistas e nacionalistas habituais e adotassem um discurso baseado no socialismo democrático e na erradicação do neocolonialismo, com ênfase em medidas de justiça fiscal e de divisão das receitas multinacionais e dos bilionários em escala mundial, “isso permitiria não apenas reconquistar a credibilidade dos países do Sul, mas também pressionar o socialismo autoritário chinês a abandonar seu entrenchamento em termos de transparência e democracia”.

Para além das experiências dos Estados Unidos e da China, cabe investigar as contribuições advindas dos países da América Latina. Nesse sentido, Hardt e Negri (2014, p. 110) acreditam que os governos formados na região desde a década de 1990 até a primeira década do século XX, com apoio dos diversos movimentos sociais contra o neoliberalismo e a favor da autogestão democrática, podem fornecer ideias importantes para construção do futuro democrático.

4.3 BEM VIVER: UMA REAÇÃO LATINO-AMERICANA

Nas últimas décadas, surgiram inúmeras mobilizações e rebeliões populares na América Latina, especialmente nos territórios indígenas equatoriano e boliviano, com propostas de mudança que se apresentam como caminhos para uma transformação civilizatória.

Alberto Acosta (2011, p. 24) apresenta, em seu livro “O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar novos mundos”, as propostas revolucionárias que ganharam força política e foram integradas às constituições daqueles países – o “Buen Vivir”, no Equador, e o “Vivir Bien”, na Bolívia. O autor apresenta o processo decorrente da matriz comunitária de povos andinos e amazônicos, que vivem em harmonia com a Natureza, explicando que os indígenas não são pré-modernos nem atrasados e que seus valores e experiências sintetizam uma civilização viva, que demonstrou capacidade para enfrentar a Modernidade colonial.

O Bem Viver, também relatado como *sumak kawsay* (kíchwa), *suma qamaña* (aymara) ou *nhandereko* (guarani), propõe uma visão muito mais diversificada para o conceito de desenvolvimento e já está colocado na pauta dos debates globais.

Acosta (2011, p. 25) alerta que o Bem Viver se trata de um ordenamento social fundamentado na vigência dos Direitos Humanos e dos Direitos da Natureza, inspirado na reciprocidade e na solidariedade, o que, dentro do capitalismo, é definitivamente impossível. O autor pondera que, apenas colocar o Bem Viver na Constituição não será suficiente para superar um sistema que é, em essência, a civilização da desigualdade e da devastação. Por esta abordagem, não significa que o capitalismo deve ser totalmente superado para que, só depois, o Bem Viver possa se tornar realidade. Acosta afirma que valores, experiências e práticas do Bem Viver continuam presentes, como tem sido demonstrado ao longo de cinco séculos de colonização constante. Em suas palavras, “para entender as implicações do Bem Viver, que não pode ser simplesmente associado ao “bem-estar ocidental”, há que recuperar a cosmovisão dos povos e nacionalidades indígenas”.

Observa-se que o Bem Viver questiona o conceito eurocêntrico de bem-estar. É uma proposta de luta que enfrenta a colonialidade do poder, propondo um discurso contra hegemônico que subverta o discurso dominante e suas práticas de dominação.

Ao mesmo tempo em que o Bem Viver se apresenta como uma alternativa ao desenvolvimento, também se coloca como uma tarefa de (re)construção que, como aponta Acosta (2011, p. 69), passa por desarmar a meta universal do progresso em sua versão produtivista e do desenvolvimento enquanto direção única, sobretudo em sua visão mecanicista do crescimento econômico e seus múltiplos sinônimos. Segundo Acosta (2011, p. 72):

O Bem Viver propõe uma cosmovisão diferente da ocidental, posto que surge de raízes comunitárias não capitalistas. Rompe igualmente com as lógicas antropocêntricas do capitalismo enquanto civilização dominante e com os diversos socialismos reais que existiram até agora – que deverão ser repensados a partir de posturas sociobiocêntricas e que não serão atualizados simplesmente mudando seus sobrenomes.

A tarefa é, portanto, árdua, na medida em que exigirá um processo de descolonização nos âmbitos político, social, econômico e cultural, especialmente acerca da concepção ocidental do termo “desenvolvimento”. Vale notar que, segundo Acosta (2011, p. 43), “o Bem Viver não se sustenta na ética do progresso material ilimitado, entendido como acumulação permanente de bens” e, em especial ao que o autor chama de “desaparecimento do outro” em função da permanente competição entre seres humanos, cujas consequências são a devastação social e ambiental.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentado demonstra que a “vitória descarada do liberalismo econômico e político” pregada por Fukuyama destoa da realidade atual e o capitalismo dá sinais de falência, na medida em que não consegue entregar o que os sistemas democráticos demandam. Em 1989, Fukuyama olhou ao redor do mundo e acreditou ter havido um colapso universal do governo autoritário em favor da democracia, confiante no triunfalismo ocidental. Porém, aquele estado final, no qual a sociedade finalmente se conformaria ao padrão subjacente da natureza humana, ainda não chegou. Ao contrário. As contradições, antes apontadas como algo que ajudariam a minar a concorrência de ideologias, apresentam-se atualmente como potencializadoras de conflitos e revoluções encabeçadas por grupos que já não se conformam com tantas desigualdades.

Repensar as formas de democracia perpassa por decidir, coletivamente, em que tipo de sociedade a humanidade deseja viver no futuro. Se a proposta é de uma sociedade mais

tolerante, inclusiva e igualitária, é preciso abandonar os conceitos individualistas mais enraizados no modelo de gestão atual. Perpassa pela superação do nacionalismo, do que “é bom apenas para mim”, para que sejam oportunizadas alternativas que sejam “boas para todos”. É preciso pensar na desconcentração de rendas e riquezas, não apenas dentro de cada um dos países, como também de forma global. O modo de pensar multicultural parece ser um bom começo.

Diante deste cenário, modelos alternativos de organização social e política – confederalismo democrático, socialismo democrático e o Bem Viver – que têm em comum a valorização da participação popular, a diversidade e a sustentabilidade, surgem como importantes vieses de concretização dos direitos humanos na pós-modernidade.

É preciso começar agora. Importante que os intelectuais de todas as nações se reúnam para debater e desenvolver ideias e soluções, ainda que inicialmente se mostrem utópicas ou de difícil aplicação, tal como os neoliberais fizeram no Colóquio Walter Lippmann, em 1938, na Conferência de Bretton Woods, em 1944, na criação da sociedade *Mont Pèlerin*, em 1947, e no Consenso de Washington, em 1989.

Considerando que o “fim da História” previsto por Fukuyama fracassou descaradamente, outro bom começo pode consistir em fortalecer a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), para que possa voltar a contribuir com a apresentação de ideias que exponham as necessidades próprias da região. É importante estar pronto para a ação, quando o momento histórico apropriado se apresentar.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O Bem Viver: uma oportunidade para imaginar novos mundos.** Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Editora Elefante, 2011.

BLAKEMORE, Erin. **Os curdos estão espalhados por quatro nações, mas quem são eles?** O maior grupo étnico sem pátria do mundo encontra-se em uma das regiões mais politicamente instáveis do planeta, (s.l.), nov. 2020. Disponível em: <https://www.nationalgeographicbrasil.com/historia/2019/09/curdistao-curdos-guerra-turquia-ira-iraque-siria-armenia-pais-nacao>. Acesso em: 31 jul. 2024.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo: Ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **Comum**: Ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

EATWELL, Roger. **Contemporary Political Ideologies** (1ª ed.). Nova Iorque: Routledge, 1993. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9780429038839>. Acesso em: 31 jun. 2024.

ELIAS, Alice. **Primavera Árabe**: Os movimentos lutaram por justiça, democracia, direitos humanos, dignidade e liberdade dos abusos policiais, São Paulo, mai. 2023. Disponível em: <https://www.fflch.usp.br/50927>. Acesso em: 31 jul. 2024.

FUKUYAMA, Francis. **Origem e Decadência Política**: Da Revolução Industrial à Globalização da Democracia. Tradução de Nivaldo Montigelli Jr. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

FUKUYAMA, Francis. The End of History? **The National Interest**, Washington, DC; n. 16, p. 3–18, 1989. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/24027184>. Acesso em 13 jul. 2024.

HARVEY, David. **O enigma do capital**: e as crises do capitalismo. São Paulo. Boitempo, 2011.

HENRIQUES, Frederico. **A primavera árabe e as transformações da luta curda**: A primavera árabe e as transformações da luta curda, São Paulo, abr. 2016. Disponível em: <https://movimentorevista.com.br/2016/04/primavera-arabe-luta-curda/>. Acesso em: 31 jul. 2024.

INTERNET ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY: A Peer-Reviewed Academic Resource. **Alexandre Kojève (1902-1968)**. Reino Unido [s.d.]. Disponível em: <https://iep.utm.edu/kojeve/>. Acesso em: 05 ago. 2024.

JABBOUR, Elias; GABRIELE, Alberto. **China: o socialismo do século XXI**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

KANAAN, Hanen Sarkis. O fim da história e o último homem (Francis Fukuyama). **PerCursos**, v. 6, n. 1, 2005. Disponível em: <https://www.revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/download/1451/1224>. Acesso em 16 jul. 2024.

MAZZUCATO, Mariana. **O valor de tudo: produção e apropriação na economia global**. Tradução Camilo Adorno, Odorico Leal. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020.

NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. **Declaração: isto não é um manifesto**. Tradução Carlos Szlak. São Paulo: n-1 edições, 2014

ÖCALAN, Abdullah. **Confederalismo Democrático**. Primeira edição. Londres: International Initiative, 2012. Disponível em <http://www.freedom-for-ocalan.com/>. Acesso em: 25 jul. 2024.

PIKETTY, Thomas. **Uma breve história da igualdade**. Tradução Maria de Fátima Oliva do Couto. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022.

REQUIEM for the American Dream with Noam Chomsky. [2015] 1 vídeo de (1h12min). Publicado pelo canal Gravitas Documentaries. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WEnv5I8Aq4I>. Acesso em: 01 ago. 2024.

SANDEL, Michael J. **O descontentamento da democracia: uma nova abordagem para tempos perigosos**. Tradução Lívia Almeida. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2023. *e-Book*.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, *e-Book*.

STIGLITZ, Joseph E. **Povo, poder e lucro: capitalismo progressista para uma era de descontentamento**. Tradução Alessandra Bonrruquer. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

Amanda Fortaleza Brandes de Souza¹

Guilherme Corrêa Rasi²

MAIS JUSTIÇA, MENOS JUSTIÇA: AMPLIAÇÃO OU MANUTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL BRASILEIRO.

RESUMO

Este artigo analisa a criação e aprovação do Tribunal Regional Federal da 6ª Região no Congresso Nacional. O TRF 6 é criado a partir do desmembramento do TRF 1, tendo jurisdição em Minas Gerais. A proposta fora encaminhada pelo Superior Tribunal de Justiça ao Congresso Nacional. Os resultados dos dados textuais apontaram ausência de correlação entre aumento orçamentário e a criação de Tribunal. Os dados estatísticos serviram para verificar as justificativas utilizadas pelo Parlamento sobre o volume processual de Minas Gerais. Os resultados sugerem a necessidade de reestruturação da Justiça Federal, considerada a conjuntura processual de outros estados, não apenas de Minas Gerais. A pesquisa busca colaborar com o debate sobre a estrutura do Poder Judiciário e processo decisório para a criação de órgãos públicos.

Palavras-chave: criação; Tribunal Regional Federal da 6ª Região; projeto de lei; Minas Gerais; Justiça Federal.

MORE JUSTICE, LESS JUSTICE: EXPANSION OR MAINTENANCE OF THE BRAZILIAN FEDERAL JUDICIAL POWER.

ABSTRACT

The present article analyzes the creation and approval of the Federal Regional Court of the 6th Region in the National Congress. The TRF 6 was created from a dismemberment of TRF 1 and has only jurisdiction in Minas Gerais. The proposal was sent by Superior Court of Justice for examination by the Legislative. The results of the textual data pointed to an absence of correlation between budget increase and the creation of a Court. The statistical data served to verify the affirmatives used by the Parliament about the excessive procedural volume of Minas Gerais. The results suggest that there is a need to restructure the Federal Justice but considering the procedural situation of other states and courts, not only in Minas Gerais. The

¹ Graduada em Ciência Política (Universidade de Brasília – UnB) e graduanda em Direito (UniCeub) - amandafbs.acad@gmail.com

² Mestre em Biologia Molecular (Universidade de Brasília – UnB) e graduando em Direito (UDF) – guilhermerasi@gmail.com

research seeks to collaborate with the debate on the structure of the Judiciary and the decision-making process for the creation of a public agency.

Keywords: creation; Federal Regional Court of the 6th Region; bill; Minas Gerais; Federal Justice.

1. Introdução

A organização do Poder Judiciário Federal é tema de frequentes discussões travadas por órgãos públicos, legisladores, magistrados e doutrinadores. Desde a instauração da República, essa conformação judiciária vem sendo debatida, inclusive acerca da estruturação dos Tribunais Regionais Federais (TRFs).

A preocupação com a gestão da Justiça e sua efetividade é algo recorrente nos debates acadêmicos que analisam políticas públicas neste setor. As pesquisas apontam para a investigação acerca da melhor alocação dos recursos na Administração Pública - que são escassos - a fim de que seja possível ter como resultado uma melhor prestação jurisdicional para a sociedade e uma maior produtividade dos órgãos analisados.

Há, no meio jurídico, uma ideia dominante de que as instituições do Poder Judiciário se tornaram, não somente incapazes de atender à crescente demanda por justiça, mas também anacrônicas e refratárias a alterações, ante o aumento da demanda, produto da redemocratização e das novas bases criadas pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88.

No contexto brasileiro, inúmeras pesquisas avaliam a influência de fatores na produtividade e no desempenho da Justiça, tais como o número de servidores, o número de magistrados, a quantidade de processos anualmente finalizados por juízes, os recursos orçamentários disponíveis para órgãos do Poder Judiciário, entre outros (CONSTANTINO; MENDES; BOSON, 2019; FERNANDES; MARINHO, 2018; GICO JR., 2014; GOMES; FREITAS, 2017; SOUSA; GUIMARÃES, 2014).

Aliás, essa preocupação também é percebida no contexto internacional, como demonstram os seguintes trabalhos, que se debruçaram sobre maneiras de mensuração da produtividade da Justiça: SANTOS; AMADO, 2014; CASTRO; GUCCIO, 2014.

O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) analisa os índices de desempenho da Justiça, dados publicados anualmente no relatório “Justiça em Números”. Lá constam dados acerca dos recursos humanos, processos, orçamento etc. de todos os órgãos do Poder Judiciário - estadual e federal (BRASIL, 2024).

Este artigo tem como foco a criação do Tribunal Regional Federal da 6ª Região (TRF 6), em conjunto com análise conjuntural dos Tribunais Regionais Federais distribuídos pelo Brasil.

[Digite aqui]

Propõe-se a responder ao seguinte questionamento: os dados e argumentos presentes no Projeto de Lei nº 5.919/2019, que cria o TRF 6, bem como nos relatórios do CNJ, são suficientes para justificar a alteração nos moldes aprovados?

O tema se mostra relevante, pois, ainda que a organização da Justiça seja há muito debatida na Ciência Política, seu estudo ainda é incipiente. Muitas das análises encontradas na literatura apresentam perspectivas de áreas como Direito e Administração Pública.

Nas próximas seções, será apresentado um breve contexto histórico da Justiça Federal no país, além do nascimento do projeto de lei que originou o TRF 6, o método utilizado na pesquisa e seus resultados.

1.1 Breve contextualização histórica da Justiça Federal.

A priori, a Justiça Federal passa a existir após a Proclamação da República, por meio do Decreto nº 848/1890, que organizou a justiça em juízes de Direito, Tribunais dos Estados e Justiça Federal. Essa última era composta por várias seções judiciais em cada estado da Federação, com sede em suas capitais, contando com um juiz de seção e um juiz substituto, nomeado para um mandato de seis anos. O Decreto supracitado já previa a figura dos Tribunais Federais, mas sua efetiva criação apenas se deu posteriormente, com a Constituição Federal de 1934, com o dever único de realizar revisões criminais e de julgar conflitos de jurisdição que envolvessem causas de competência de Juízes Federais. No entanto, com a outorga da Constituição de 1937, a Justiça Federal foi extinta, deixando o Judiciário apenas com o Supremo Tribunal Federal, os Juízes e os Tribunais dos Estados e os Juízes e Tribunais Militares. Com isso, a responsabilidade para julgar causas em que a União figurasse como uma das partes foi delegada à Justiça Estadual de 1ª instância (OLIVEIRA, 1996; VELLOSO, 1995).

Posteriormente, a Constituição de 1946 cria o Tribunal Federal de Recursos (TFR), com a composição inicial de nove Ministros. A Justiça Federal, contudo, é recriada apenas durante o governo militar, em 1965, pelo Ato Institucional nº 2, mantendo o restante da estrutura inaugurada pela Carta Magna de 1946. Segundo Oliveira (1996), durante a ditadura militar, houve forte ampliação do número de Juízes Federais, bem como de Ministros do TFR, alcançando, em 1977, 27 Ministros. No entanto, com a forte expansão do Poder Executivo sobre os outros poderes durante esse período, a Justiça passou a sofrer intervenções significativas em sua autonomia e independência, chegando a ser considerado como um subpoder (SADEK, 2010).

Com a retomada da democracia e a promulgação da nova Constituição em 1988 - CRFB/88 – (BRASIL, 1988a), ao Poder Judiciário foi garantido autonomia administrativa e financeira, com [Digite aqui]

competência para elaborar orçamento próprio, legislar sobre matéria *interna corporis*, e para submeter projetos de lei específicos ao Congresso Nacional (art. 96, II, da CRFB/88). Com isso, é implementado na CRFB/88, em seu artigo 2º, de forma aplicável e objetiva, o princípio da separação e harmonia entre os Poderes.

A Constituição Cidadã, em seus artigos 92 a 126, reorganizou a Justiça em diversos órgãos: i) Supremo Tribunal Federal - STF; ii) Superior Tribunal de Justiça - STJ; iii) Tribunais Regionais Federais e juízes federais; iv) Tribunais e juízes do trabalho; v) Tribunais e juízes eleitorais; vi) Tribunais e juízes militares; vii) Tribunais e juízes dos estados e do Distrito Federal e Territórios. Extinguiu-se o Tribunal Federal de Recursos e o substituiu por cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), que passaram a representar a Justiça Federal de 2ª instância, com amplo número de membros - 74. Desse modo, a Justiça Federal é organizada em duas instâncias: a 1ª, representada pelos juízes federais, competentes para processar e julgar causas em rol taxativo, e a 2ª instância, para apreciar os recursos oriundos exclusivamente dessas causas, na qual atuam os colegiados compostos por desembargadores lotados nos TRFs.

Além do mais, é notório o caráter regionalizado, e contraditoriamente descentralizado, que a Constituição conferiu à Justiça Federal, com a criação de diversas varas federais no interior do país (OLIVEIRA, 1996). A atual divisão dos TRFs no território brasileiro foi determinada pela Lei nº 7.727/1989, cumprindo o previsto nos §§ 6º e 7º do art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com suas sedes e jurisdições definidas pelo antigo TFR no prazo de seis meses. À época, a justificativa para a distribuição em cinco órgãos levou em consideração o número de processos por localização geográfica (BRASIL, 1988b).

Nesse panorama, o ex-Ministro do STJ, Antônio de Pádua Ribeiro, em palestra proferida em 1999, salientou o contexto de criação dos TRFs, quando o país passava por mudanças estruturais, tanto no campo econômico quanto no social. A intervenção do Estado na economia era significativa, ao mesmo passo que o êxodo de pessoas das zonas rurais em busca de maior qualidade de vida nos meios urbanos propiciou a organização da Justiça Federal no país, solucionando o problema de congestionamento de processos no extinto TFR.

Sadek (2010) ressalta como o Poder Judiciário passa por um processo evolutivo em direção à autonomia institucional em relação aos demais poderes. Isso se deve, em teoria, ao histórico de interferências na estrutura judiciária brasileira, em razão das mudanças de regime e sistema político ao longo do processo histórico.

Aliás, o debate sobre a gestão e performance do Poder Judiciário é algo cada vez mais frequente. A própria criação do CNJ reflete essa preocupação por parte do Estado, proporcionando a [Digite aqui]

delegação da gerência da justiça nacional a um ente específico, responsável, entre outros, pela aferição da produtividade dos magistrados e do trabalho dos demais órgãos judiciais.

Assim, a divisão ratificada pelo Congresso Nacional, configurou-se da seguinte maneira: i) TRF 1, com sede em Brasília, e jurisdição sobre os estados das regiões Norte, Mato Grosso, Goiás, Distrito Federal, Minas Gerais, Bahia, Piauí e Maranhão; ii) TRF 2, com sede na cidade do Rio de Janeiro, e jurisdição sobre os estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo; iii) TRF 3, com sede na cidade de São Paulo, e jurisdição sobre os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul; iv) TRF 4, com sede na cidade de Porto Alegre, e jurisdição sobre os estados da Região Sul; e v) TRF 5, com sede na cidade de Recife, e jurisdição sobre os estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe.

1.2 Projeto de Lei nº 5.919/2019

Não é a primeira vez que esse tipo de proposta é apresentada ao Poder Legislativo. Em 2001, por meio da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 29/2001, discutiu-se a criação de mais quatro TRFs: TRF da 6ª Região, com sede em Curitiba, e jurisdição nos estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; TRF da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, e jurisdição em Minas Gerais; TRF da 8ª Região, com sede em Salvador, e jurisdição na Bahia e em Sergipe; e TRF da 9ª Região, com sede em Manaus, e jurisdição nos estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima. Essa PEC foi promulgada pelo Congresso Nacional em 2013 e transformada na Emenda à Constituição nº 73/2013. Contudo, em razão de vício de iniciativa, uma vez que o autor da proposta era um Senador da República, os efeitos da PEC foram suspensos, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada no STF, deferida por meio de liminar vigente até o momento (BRASIL, 2018).

O texto do PL 5.919/2019 foi discutido no Conselho da Justiça Federal (CJF) e no STJ, sob a liderança de seu ex-Presidente, o Ministro João Otávio de Noronha, conforme as determinações da Lei nº 11.798/2008. Posteriormente, o texto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, recebido por sua Mesa Diretora e despachado para as seguintes comissões: Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, Comissão de Finanças e Tributação, e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sendo a proposição sujeita à apreciação do Plenário e em regime de prioridade. Entretanto, diante da pandemia da Covid-19, as Comissões temáticas não foram instaladas e a proposição foi encaminhada diretamente para discussão e deliberação pelo Plenário da Casa. O projeto de lei foi aprovado, de maneira simbólica, na Câmara dos Deputados, em 26/08/2020, e no Senado Federal em 22/09/2021, e sancionado pelo Presidente da República em 20/10/2021. Tramitação célere para uma matéria politicamente complexa, [Digite aqui]

seguida de sanção igualmente rápida, mediante a transformação do PL na Lei n. 14.226/2021 (BRASIL, 2021a). A instalação do TRF 6, com sede em Belo Horizonte, capital de Minas Gerais, contou com a posse de 18 Desembargadores, em 19 de agosto de 2022, sendo 13 juízes federais de carreira, 2 advogados e 2 membros do Ministério Público, pelo quinto constitucional. A outra cadeira fora reservada para a desembargadora federal Mônica Sifuentes, oriunda da 1ª Região.

Os debates acerca da criação do novo órgão foram semelhantes em ambas as Casas Legislativas, com os relatores apresentando argumentos similares, no sentido de que não existiria impacto orçamentário com a aprovação do projeto, assim como pontuaram a realidade de sobrecarga processual dos magistrados e dos servidores do TRF 1. De fato, o aumento da demanda da sociedade em provocar a justiça tornou o seu sistema muito congestionado, principalmente após a promulgação da Constituição da República em 1988 (SADEK, 2004).

2. Metodologia

Os argumentos da justificativa do PL nº 5.919/2019 foram separados e examinados por meio de Análise de Dados Textuais – ADT, a partir da ferramenta Iramuteq, em que a fração argumentativa do texto foi dividida em trechos similares e classificados conforme variáveis previamente definidas. A partir disso, tornou-se possível identificar quais expressões mais se repetem no texto, as relações de proximidade e distância entre elas e as correspondências entre os termos/expressões, as variáveis e os indivíduos, bem como possibilitou a síntese de uma nuvem de palavras. A ADT contribuiu para indicar os argumentos predominantes que embasaram a justificativa do projeto de lei, dando uma noção melhor acerca do processo decisório da criação do TRF 6.

Buscou-se extrair dados estatísticos que permitissem a análise da composição do acervo processual dos TRFs. Quanto à situação específica do TRF 1, recorreu-se ao Relatório de Gestão (BRASIL, 2022). Nele é possível analisar o volume processual anual em tramitação, desde 2015 até 2021, de todas as Seções Judiciárias. A partir desses dados, calculou-se a média de processos anuais em cada um dos 14 Estados deste tribunal.

Além disso, as médias de acervo processual de cada Seção Judiciária do TRF1 foram utilizadas no cálculo de correlação simples de Pearson (considerando um risco de 95%), tanto com a média da população projetada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) quanto com a média de magistrados em cada Estado-membro do Tribunal. Tal procedimento permitiu o cálculo projetado de magistrados e média de processos anuais a cada 100 mil habitantes. Os dados de todos os TFRs, por sua vez, foram extraídos dos relatórios “Justiça em Números”

[Digite aqui]

(Brasil, 2024). Por meio deles, obteve-se acesso a alguns índices, tais como, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), a Taxa de Congestionamento (TxC), o Índice de Produtividade por Magistrado (IPM), a Taxa de Congestionamento Líquida (TCL), o Tempo Médio da petição inicial até a sentença no 1º e o acórdão no 2º grau (TM1 e TM2) e o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus).

O IAD representa a média de processos baixados por casos novos, verificando se o Tribunal foi capaz de baixar processos em simetria ao quantitativo de casos novos. Esse índice é calculado da seguinte maneira: $IAD = TBaix / Cn$, onde TBaix corresponde ao número de processos baixados e Cn, ao de Casos Novos. O IAD auxilia na verificação da capacidade em baixar, pelo menos, o mesmo quantitativo de processos ingressados, sendo que o valor de 100% representa a baixa de todos os processos novos no período-base (ano). Valores abaixo disso sinalizam que menos processos foram baixados em comparação aos que entraram de novo no acervo, enquanto valores superiores a 100% apontam o oposto, ou seja, que foram baixados mais processos do que ingressaram naquele ano.

No mais, a Taxa de Congestionamento verifica o percentual de processos não baixados em relação àqueles que tramitaram no período base. Essa taxa é obtida a partir da seguinte fórmula: $TC = Cp / (TBaix + Cp)$, em que Cp representa o número de Casos Pendentes.

A diferença para a Taxa de Congestionamento Líquida é que essa desconsidera os processos que não podem ser julgados, por aguardar o fim da suspensão, do sobrestamento ou do retorno do andamento processual em processos que estavam arquivados provisoriamente. O congestionamento líquido pode ser obtido pela fórmula: $TCL = (Cp - Sus) / (TBaix + Cp - Sus)$, em que Sus corresponde ao número de processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório.

Já o IPC-Jus representa uma medida de eficiência relativa dos Tribunais, que leva em consideração a quantidade de processos pendentes e baixados, as despesas totais de cada Tribunal (exceto gastos com inativos e com projetos de construção e obra) e sua força de trabalho. No caso, o IPC-Jus analisado remete-se unicamente ao da área jurídica, variando entre 0 e 100 pontos percentuais. Assim, quanto maior o valor, melhor o desempenho comparado do órgão, inobstante o valor máximo não signifique que não há espaço para melhora, mas apenas que o Tribunal foi capaz de baixar mais processos em comparação com outras Cortes.

O TM1 e o TM2, por sua vez, expressam o tempo médio que um processo leva entre sua entrada no acervo do Tribunal até obter uma decisão de mérito, seja no 1º ou no 2º grau.

Foram levantados, também, dados referentes ao Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM), ao Índice de Produtividade dos Servidores (IPS), à carga de trabalho por magistrados e servidores, aos casos novos por magistrado e servidor e ao número de magistrados e servidores, tanto na 1ª instância como na 2ª instância do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entre 2017 e 2021, a fim de se avaliar similaridade nos padrões de comportamento dessas variáveis. Todo o material utilizado foi tratado com tecnologia estatística adequada, a partir de métodos descritivos e relacionais, com uso do software pertinente.

3. Resultados

A partir da ADT com o software Iramuteq, obteve-se as trinta expressões com maior ocorrência na justificativa do projeto de lei. A seleção dessas expressões mais frequentes objetivou filtrar aquelas que aparecem com uma frequência significativa, uma vez que as demais se repetem 6 vezes ou menos, e, por isso, considerado irrelevante para o presente estudo.

O termo com maior frequência é “cargo”. Houve alta reiteração de termos como “juiz”, “TRF 6”, “TRF 1”, “Justiça Federal” e “criação”. Por outro lado, expressões como “orçamento”, “despesa” e “orçamentário” estão entre aquelas com baixa frequência.

A partir da frequência absoluta, calculou-se a frequência relativa de todas as palavras. Um grupo de 18 palavras, que se repetem, no mínimo, 11 vezes, representa cerca de um quinto de seu texto (20,45%), com muitas delas se referindo ao assunto estrutura organizacional do TRF 1 e TRF 6: cargo, juiz, instância, tribunal etc.

Posteriormente, com a escolha de duas variáveis, “voto” e “relatório”, pretendeu-se identificar as partes do texto referentes a essas variáveis e suas correlações. As palavras “trf”, “cargo”, “substituto”, “juiz” e “vago” encontram-se na mesma classificação, ou seja, demonstram ter forte correlação. No entanto, elas estão distantes dos termos “estrutura”, “orçamentário” e “grau”. Aliás, outra classificação apontou a proximidade entre “não” e “aumento”, sugerindo uma preocupação do projeto em demonstrar que a criação do novo Tribunal não acarretará aumento de despesas públicas (Figura 1).



Figura 1. Dendrograma de palavras (obtido a partir da ferramenta Iramuteq).

Ademais, o gráfico de similitude de palavras demonstrou as ligações existentes entre as palavras do texto, enfatizando sua estrutura, os temas de importância e as correlações existentes (Figura 2).



Figura 2. Similitude de palavras (obtido a partir da ferramenta Iramuteq).

O seu ramo central é o termo “criação”, do qual derivam as ramificações maiores: “trf 6”, “justiça federal” e “não”. Nesse gráfico é notório o distanciamento entre “despesa”, “aumento” e “não” (ramo central inferior), palavras ligadas ao orçamento, e “cargo”, “função” e “juiz”, termos com caráter estrutural. Com isso, é possível perceber a inexistência, no texto do projeto de lei, de argumentos que analisem a possibilidade de aumento de despesas a partir da criação de novos cargos no novo órgão judiciário.

[Digite aqui]

contém uma carga representativa dos processos da 1ª Região, evoluindo no período para cerca de 1 milhão de processos.

Essa fotografia momentânea, todavia, não permite uma análise mais acurada do cenário. O comportamento do acervo entre 2015-2021 demonstra que, em concordância com o PL, Minas Gerais é a unidade com o maior acervo, seguido por Bahia e Distrito Federal. Todavia, sua quantidade de processos em tramitação pouco variou nesse período (8%). Amazonas, Amapá, Bahia, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia e Roraima testemunharam alterações significativas em seu volume de processos, com ganhos de 20% ou mais, insinuando, portanto, um quadro de relativa estabilidade em Minas Gerais e Tocantins.

Ainda há uma outra possível explicação para a diferença entre números de processos nos Estados-membros. A análise de correlação entre a média da população dos estados e a média de processos em tramitação, durante sete anos (2015-2021), apontou uma forte correlação entre essas duas variáveis. Os índices R e R² foram, respectivamente, 0,93 e 0,87 (Figura 4).

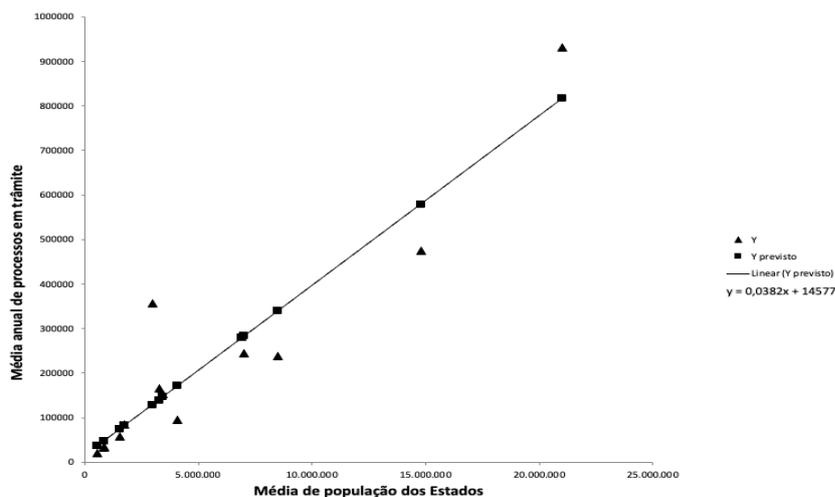


Figura 2. Correlação entre a média anual de processos em trâmite e a média populacional entre 2015 e 2021. O eixo y refere-se à média anual de processos em trâmite e o x à média de população dos Estados (elaborado pelos autores).

Assim, é esperado que Estados com populações maiores tenham tendência de apresentar acúmulos maiores de processo em termos absolutos. A única discrepância, o Distrito Federal, detém o segundo maior acervo do tribunal. Isso pode ser explicado por ser o DF o domicílio das pessoas jurídicas da União, conforme o inciso I do art. 75 do Código Civil, atraindo o julgamento dos processos em que elas atuam como parte nesta Seção Judiciária.

[Digite aqui]

Além do mais, os dados da média anual de processos em tramitação permitiram a criação de um índice, que representa a variável a cada cem mil habitantes, para efeitos de comparação entre as unidades da federação que compõem o TRF 1 (Figura 5).

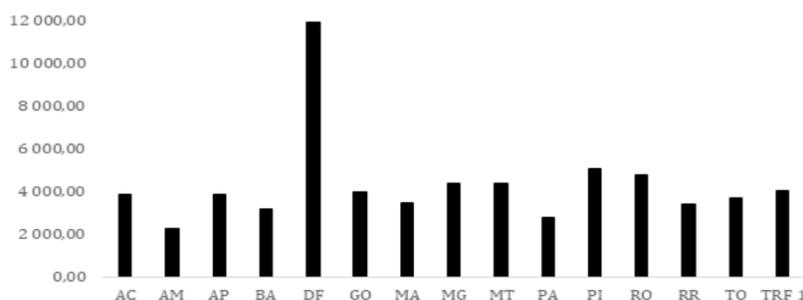


Figura 3. Média anual de processos em trâmite a cada cem mil habitantes nos Estados-membros do TRF 1 entre 2015 e 2021 (elaborado pelos próprios autores).

Confrontando a Figura 5 com o gráfico de regressão, percebe-se que o DF se dissocia dos outros Estados, já que conta com uma média processual anual, a cada cem mil habitantes, muito superior ao segundo colocado, o Piauí.

No caso de Minas Gerais, é possível identificar que sua situação, em termos proporcionais, é mais favorável ao ser comparado com Rondônia, Piauí e Mato Grosso. Tal constatação contradiz as alegadas preocupações autorais e congressuais do projeto de lei que, em sua justificativa, atenta para a grandeza, populacional e territorial, do estado mineiro. O estudo esperava, à vista dessas argumentações, dados mais alarmantes, dando guarida às pretensões da norma, o que não se verificou até aqui.

Encerrado o exame dos fundamentos do PL nº 5.919/2019, o estudo agora se debruça sobre as razões apresentadas nos pareceres apresentados na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que embasaram a aprovação do PL nas duas Casas Legislativas.

Primeiramente, o parecer de Plenário do relator, o Deputado Fábio Ramalho, de Minas Gerais, fundamentou-se de maneira similar à justificativa do STJ (BRASIL, 2019). Já o Parecer nº 204/2021, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, da relatoria do Senador Antônio Anastasia, também de Minas Gerais, trouxe novos dados à discussão. O primeiro deles diz respeito ao tempo médio de tramitação processual no TRF 1, do início do processo à decisão de mérito, cuja duração foi de três anos e três meses em 2019, o pior entre os TRFs.

De fato, a 1ª Região, ao longo dos últimos anos, no 2º grau, tem sido, na média, o Tribunal mais lento. Contudo, situação oposta se visualiza no 1º grau, cujo tempo médio até a sentença foi o mais curto entre os cinco tribunais em 2020 (BRASIL, 2021b).

[Digite aqui]

No ano de 2019, por exemplo, o Tempo Médio para todos os TRFs foi de 4 anos e 5 meses. O TRF1 obteve o mesmo tempo da média geral. No ano seguinte, o mesmo tempo caiu para 3 anos, abaixo da média federal (5a e 1m). O TRF2 e o TRF3 apresentaram tempos médios superiores aos 4 anos e 5 meses, ao passo que o TRF4 e o TRF5 ficaram abaixo do Tempo Médio geral. Cabe destacar que o TRF1 sempre ficou próximo ou abaixo da média geral, o que não indica uma desnecessidade de se melhorar o tempo de resolução dos conflitos (BRASIL, 2020a). Com isso, por mais que fique nítida a necessidade de se acelerar a resolução de conflitos judiciais na 1ª Região, a fim de melhorar a prestação de serviços ao jurisdicionado, a mesma conclusão vale para os demais TRFs, especialmente na 1ª instância dos Tribunais Regionais Federais das 2ª e 3ª Regiões.

Ainda sobre o tempo médio, o próprio relatório “Justiça em Números” afirma que essas estimativas contêm limitações metodológicas, pois a média é influenciada por valores extremos, o que pode gerar distorções se os processos não forem agrupados por semelhança, segundo classe e assunto, a fim de diminuir a heterogeneidade e a dispersão. Para esse tipo de estudo, seria imprescindível recorrer aos dados de cada processo individualizado (BRASIL, 2021b).

Retornando ao parecer do Senado Federal, outro argumento utilizado refere-se à carga de trabalho dos magistrados, que, em 2018, no TRF da 1ª Região, era de 26.175 processos/membro, quase o dobro da carga média nos outros tribunais federais: 13.944 processos/membro.

Nesse caso, é preciso compreender, conforme demonstrado, que há uma correlação entre número de processos e a população local. O TRF 1 concentra 13 estados da Federação e o Distrito Federal, além de ser domicílio jurídico das pessoas jurídicas da União. Com efeito, a tendência leva a crer que a concentração de processos neste Tribunal será superior à dos demais. No mais, o TRF 1, na 2ª instância, apresenta em sua estrutura 27 desembargadores, com 24 deles alocados em oito Turmas Recursais. Enquanto atende a uma população próxima de 78 milhões de pessoas, o TRF 3 (SP e MS) o faz para cerca de dois terços desse valor (50 milhões de habitantes), com 43 desembargadores à disposição no 2º grau de jurisdição (BRASIL, 2020b). Almejando dar uma maior vazão ao julgamento de processos pelo colegiado, a Lei nº 14.253/2021 aumentou a composição dos desembargadores nos Tribunais Regionais Federais da seguinte maneira: 43 no TRF 1, 35 no TRF 2, 55 no TRF 3, 39 no TRF 4 e 24 no TRF 5.

No último parágrafo do trecho destacado do parecer do Senado Federal, o documento apresenta a Taxa de Congestionamento do TRF1, no ano de 2019: 67,3%. Todavia, essa taxa abarca todo e qualquer processo sem resolução, inclusive aqueles que se encontram suspensos, arquivados [Digite aqui]

ou sobrestados. Assim, uma alternativa é a utilização da Taxa de Congestionamento Líquida, que retira do montante justamente os casos não passíveis de solução por circunstâncias específicas. Malgrado a 1ª Região ter apresentado o pior índice de congestionamento no ano de 2020 (67,6%), ele foi acompanhado pelo TRF 3, com taxa de 66,9%, como demonstra o Relatório Justiça em Números à página 132 (BRASIL, 2021b).

Apesar de outras variáveis não estarem presentes na justificativa do PL, tampouco nos pareceres do Congresso Nacional, faz-se necessário examiná-las, a fim de se averiguar, com mais especificidade, o caso de Minas Gerais e do TRF 1.

No caso do IAD, entre 2016 e 2020, é possível perceber que somente o TRF 3 atingiu resultado acima da média do Poder Judiciário nacional, ao contrário dos demais.

A TCL, por sua vez, demonstra uma situação diversa da do IAD. De 2016 a 2020, esta taxa, nos TRFs, sempre foi inferior à média do Poder Judiciário como um todo. Outro contraste é notado especificamente no TRF 4: não obstante seu IAD ter sido o mais elevado entre os TRFs, no interstício dos anos analisados, sua TCL se manteve superior à dos demais.

No que diz respeito ao IPC-Jus, desde 2013, Minas Gerais vinha apresentando queda em sua eficiência. Em 2017, em especial, o seu IPC-Jus foi de 39%. No entanto, desde então, ele tem melhorado, alcançando 100%, o valor máximo, em 2019. Apenas Maranhão, Piauí, Tocantins e Alagoas obtiveram o mesmo rendimento neste ano.

Em 2020, por outro lado, este índice, no estado mineiro, voltou a cair: 55%. No 1º grau de jurisdição, praticamente todas as regiões sofreram queda de produtividade, exercendo influência no índice da Justiça Federal como um todo, caindo de 80%, em 2019, para 67%, em 2020.

No que diz respeito ao 1º grau, em que se analisam os juízes federais vinculados aos tribunais, o destaque é para o TRF 5, que, exceto em 2018, apresentou produtividade comparada muito superior aos demais Tribunais, com o IPC-Jus sempre acima de 80%. Em contrapartida, os Tribunais Regionais Federais das 1ª, 3ª e 4ª Regiões demonstraram uma melhora na produtividade durante 2017-2019, o que foi revertido pela queda em 2020. Ademais, é necessário alertar que o TRF 2, desde 2015 não consegue elevar seu IPC-Jus, mantendo-se sempre próximo dos 60%, o que merece um exame mais detalhado, a fim de se descobrir o motivo pelo qual o Tribunal não conseguiu, até o ano passado, melhorar sua produtividade (BRASIL, 2024).

A análise do Projeto de Lei, porém, não fica restrita apenas à 1ª instância, abarcando também o 2º grau. Desse modo, mostra-se necessária a comparação do IPC-Jus dos Tribunais nessa [Digite aqui]

instância. Para isso, coletou-se os dados dos anos de 2013-2020 nos Relatórios “Justiça em Números”. Nesse intervalo, os Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 4ª Regiões apresentaram índices sempre elevados quando comparados às outras Regiões, conforme a tabela comparativa abaixo.

Tabela 1. Índice de Produtividade Comparada (IPC-Jus) do 2º grau de todos os TRFs em percentual.

Ano\TRF	TRF 1	TRF 2	TRF 3	TRF 4	TRF 5
2013	95	72	74	64	87
2014	100	54,1	81,5	100	80,1
2015	100	70	100	100	89
2016	100	80	65	100	74
2017	74	74	70	100	51
2018	80	33	55	100	32
2019	100	38	51	100	47
2020	70	53	55	100	60

Fonte: Dados obtidos a partir dos relatórios “Justiça em Números”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (2013-2020).

Em oposição ao TRF 1 e TRF 4, os TRFs das 2ª, 3ª e 5ª Regiões vêm apresentando índices decrescentes de produtividade, em especial o TRF 2, com índice de 38% em 2019. O IPC-Jus da 2ª instância, por ser um dado de produtividade comparada, contradiz as informações apresentadas ao longo do parecer do Senado Federal, pois traçaram um panorama negativo do TRF da 1ª Região sem colocar em perspectiva os demais tribunais do Estado brasileiro.

No mais, o IPC-Jus do TRF 1 demonstra que sua produtividade é, geralmente, superior à dos outros Tribunais, com exceção do TRF 4.

4. Discussão

É mais do que justificável a busca por nova conformação da Justiça Federal. Essa estrutura não é revista desde a promulgação da CRFB/88, e existem dissonâncias em termos de produtividade quando comparamos todos os Tribunais Federais, independentemente do grau de jurisdição. Sadek (2004) e Renault (2005), inclusive, chamam a atenção para a ideia que se tornou dominante no meio jurídico: as instituições do Poder Judiciário se tornaram não somente incapazes de atender à crescente demanda por justiça, mas também anacrônicas e refratárias a alterações. Isso pode explicar o porquê de não se pensar em uma reformulação do modelo dos TRFs de forma mais abrangente, sem recair em uma maior divisão de estados e criação de mais órgãos, o que pode exercer pressão sobre o orçamento público.

Aliás, é válido realçar que a fragmentação do 2º grau do TRF 1, deslocando aqueles processos originados em Minas Gerais para o novo TRF da 6ª Região, pode levar ao desafogamento da 1ª Região em termos de número de processos, possibilitando uma maior velocidade de julgamento e resolução de casos (CASTRO, MEDEIROS E CUNHA, 2013).

Por outro lado, a Seção Judiciária de Minas Gerais, apesar de oscilações ao longo dessa última década, figurou, por alguns anos, entre as melhores Seções no quesito IPC-Jus. Além disso, vem elevando o Índice de Atendimento à Demanda e reduzindo a Taxa de Congestionamento, o que confirma a melhora de produtividade nesse estado da Federação, diminuindo o seu acervo de processos pendentes, e, ao mesmo passo, respondendo às demandas mais recentes da população mineira. Todavia, como visto, esse desempenho não se refletiu em ganhos substantivos na diminuição da busca por análises da segunda instância. De todo modo, é de se esperar que o efeito conjunto da fragmentação melhore o desempenho da seção judiciária federal de MG.

No mais, ao contrário do que leva a crer o PL nº 5.919/2019 e os pareceres do Parlamento, a 2ª instância do TRF 1, não obstante apresente o pior tempo médio (TM2), no que diz respeito à prolação de decisões de mérito, e Taxas de Congestionamento superiores aos demais, vem, desde 2013, exibindo IPC-Jus acima de 70%, tendo produtividade inferior apenas ao TRF da 4ª Região. Vale reforçar que, conforme o próprio relatório do CNJ, há a possibilidade de que o dado obtido por meio do cálculo de tempo médio de tramitação de processos esteja enviesado por dois motivos: i) as peculiaridades de cada caso concreto não são consideradas; e ii) os processos com tempo médio de tramitação nos extremos (muito rápidos ou muito morosos) podem influenciar este dado para baixo ou para cima.

As pesquisas apontam a preocupação com a alocação dos recursos da Administração Pública, que são escassos, de modo que seja possível se ter uma melhor prestação jurisdicional e maior produtividade dos Tribunais analisados. Por isso é necessário analisar se essa fragmentação da Justiça Federal pode vir a trazer benefícios aos jurisdicionados do estado de Minas Gerais e dos demais estados restantes do TRF1.

Uma das preocupações presentes no projeto de lei é a consideração com o acesso à justiça da população jurisdicionada do TRF 1. Coincidentemente, essa discussão também ocorreu durante a tramitação da EC nº 73/2013, que pretendia a criação de mais quatro Tribunais Regionais Federais, sendo um deles o de Minas Gerais.

O debate desta Emenda à Constituição levou o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea a produzir nota técnica, ainda em 2013, analisando o cenário proposto. Esse documento já [Digite aqui]

salientava como era problemático o argumento que apontava para o alto custo relacionado à distância geográfica entre os jurisdicionados e a sede do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Isso porque, já em 2013, tecnologias disponíveis poderiam facilitar o acesso à justiça, tais como, o Processo Judicial eletrônico (PJe), o protocolo integrado, intimações e citações eletrônicas, e o acesso integral, por parte de advogado, às informações processuais, independentemente da localização física. E, depois, a possibilidade de se realizarem sustentações orais à distância, por meio de vídeo chamadas e videoconferências, facilitariam o acesso à justiça, ao mesmo passo que reduziria tempo gasto e despesas com deslocamentos de advogados e partes até a sede do TRF (CASTRO, MEDEIROS E CUNHA, 2013).

No atual contexto, essa dinâmica digital se faz ainda mais necessária diante das pressões da pandemia da Covid-19, principalmente em seu momento inicial, uma vez que a forma de contenção de disseminação do vírus era o isolamento social, que forçou inúmeros trabalhadores e órgãos a migrarem para o ambiente virtual e atuarem de maneira remota. Assim, durante o a pandemia, foram adotadas audiências virtuais e incentivados métodos consensuais de resolução de conflitos por meio de plataformas digitais para preservação do funcionamento do Judiciário. Nesse passo, Moreira (2020), ao analisar experiências digitais de resolução digital e extrajudicial de litígios pelo país, demonstra como a tecnologia, perdendo seu caráter meramente instrumental, passa a mediar novas maneiras de solucionar conflitos. No mesmo sentido, aponta a Resolução do CNJ nº 125/2010 (BRASIL, 2010), que estabelece a criação, por parte de cada órgão da Justiça, de um sistema digital de mediação e conciliação para acordos extrajudiciais, a arbitragem virtual regulamentada pela Lei nº 9.307/1996 e as ODR (Online Dispute Resolution), responsáveis por gerenciar conflitos privados existentes numa relação de consumo online. Cachapuz e Eugênio (2021) chamam a atenção para o fato de que a busca por soluções digitais tem galgado mais espaço nas considerações dos formuladores de políticas públicas.

Desta maneira, o processo eletrônico e os ambientes virtuais disponibilizados para a prática da atividade judicial se tornaram essenciais para os atos processuais e o exercício da atividade jurisdicional (NEVES, 2017). Inclusive, o objetivo é que os plenários virtuais representem da forma mais fiel possível uma audiência presencial para que a atividade não seja prejudicada, na qual a videoconferência possibilite que, em tempo real, as partes possam se expressar livremente atendendo o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório no acesso ao Poder Judiciário (ALMEIDA; PINTO, 2020).

Converge com esse pensamento a criação de diversos sistemas digitais no século XXI, como por exemplo, o Bacenjud, o CCS (Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional), o Infojud, o Renajud e o Serasajud, entre outros. Além disso, o CNJ conta com a parceria do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que culminou, em 2013, no lançamento do Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI), padronizando o intercâmbio de informações entre os Tribunais, em decorrência do alto número de sistemas e da configuração específica de cada órgão da Justiça, obstáculo à integração do PJe. Além de tudo, o CNJ, ao lado da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), desenvolveu o Escritório Digital, permitindo o acesso de advogados a informações presentes numa base interligada, o que facilita o trabalho dos operadores do direito. Aliás, cabe destacar a recente aprovação da utilização facultativa da ferramenta WhatsApp nas intimações judiciais (PIMENTEL; GODOY, 2017).

O novo Código de Processo Civil – CPC (BRASIL, 2015) já contava com previsão legal acerca da utilização do meio digital, consoante arts. 193 a 199, com destaque para os arts. 198 e 199, que trazem a obrigação de se manterem, gratuitamente, em cada unidade do Poder Judiciário, equipamentos necessários à prática de atos processuais e consultas, e de assegurar o acesso aos seus sítios na rede mundial de computadores a pessoas com deficiência.

Além disso, o CPC também estabelece a criação, pelos Tribunais, de “centros judiciários de solução consensual de conflitos”. Inclusive, em seu art. 167, atribui a responsabilidade aos Tribunais de Justiça e/ou aos Tribunais Regionais Federais de realizarem um cadastro nacional para os conciliadores, mediadores e as câmaras privadas, bem como o cadastro de profissionais habilitados com a respectiva área de atuação profissional. O objetivo principal destes centros judiciários é a promoção de mecanismos para resolução das lides por meios alternativos, inovadores e práticos. Por se tratar de uma prática com previsão legal recente, os efeitos destes mecanismos não têm ainda se concretizado no sistema de justiça brasileiro de maneira efetiva (THEODORO JÚNIOR, 2021). No entanto, configura-se como um procedimento optativo para melhoria da prestação jurisdicional sem necessariamente precisar aumentar ou modificar as estruturas vigentes.

Não obstante as vantagens do sistema digital e virtual quanto ao acesso à justiça sejam inúmeras, é necessário frisar as dificuldades que surgem em um cenário de alta desigualdade socioeconômica, como é o caso do Brasil. Além disso, muitos profissionais do direito precisam ser aclimatados às novas ferramentas que surgem a cada dia, o que demanda recursos, podendo mitigar o acesso ao sistema, contrariando princípios da CRFB/88 (MOREIRA, 2020).

Com isso em vista, o CNJ publicou, recentemente, o relatório “Índice de Acesso à Justiça - IAJ” (Brasil, 2021c), onde se avalia o cenário brasileiro diante de três perspectivas: população, cidadania e judiciário. Na perspectiva da cidadania, estão incluídas “informações sobre a parcela da população que conhece e/ou reconhece seus direitos e deveres como cidadão”. Já na categoria população, consideram-se dados sobre o perfil populacional e sua dinâmica, enquanto na categoria judiciário, se fazem presentes os indicadores de produtividade dos Tribunais, a distribuição e o acesso aos serviços públicos judiciários e o investimento em tecnologia, por exemplo.

Dessa maneira, é possível avaliar o quanto cada perspectiva influencia no IAJ. De acordo com esse relatório, o TRF 1 ocupa a 4ª posição entre os Tribunais Regionais Federais, ficando à frente apenas do TRF 5. Contudo, o estudo demonstra o quanto as variáveis cidadania e população, que apresentam baixa pontuação no TRF 1, exercem fator de influência para os TRFs da 2ª, 3ª e 4ª Regiões apresentarem índices melhores, porquanto se localizam em estados mais desenvolvidos em termos socioeconômicos.

Merece ressalva, todavia, o fato de Minas Gerais ser uma das unidades da Federação com melhores índices socioeconômicos. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), por exemplo, no estado mineiro era de 0.787 em 2017, o 6º do país ao lado do Rio Grande do Sul, segundo o Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil (2022), o que vai de encontro aos fundamentos da justificativa do Projeto de Lei e dos pareceres legislativos. Com um IDH mais elevado, o estado mineiro tem maior potencial para cumprir com o acesso de sua população à Justiça.

Ainda na seara digital, outra adversidade se encontra nas Tabelas Processuais Unificadas (TPUs), criadas pelo CNJ através da Resolução nº 12/2006, quando se definiu padrões de interoperabilidade a serem utilizados objetivando a melhora da administração da justiça e da prestação jurisdicional. Analisando os dados, Sabo *et al.* (2019) concluíram que os Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª regiões foram os que menos adotaram as TPUs, dificultando a extração de dados estatísticos mais precisos, gerando consequências na gestão e implementação de políticas de informatização da atividade judicial.

Outro ponto em torno da necessidade de fragmentação do 2º grau do TRF 1: não obstante o IPC-Jus deste Tribunal, no 2º grau, seja superior ao dos demais da Justiça Federal (exceto o TRF 4), a discussão sobre tal necessidade ficou travada apenas nos aspectos negativos do órgão, como o elevado tempo médio para prolação de decisões de mérito e a alta taxa de congestionamento. Entretanto, Castro, Medeiros e Cunha (2013) já alertavam sobre a

[Digite aqui]

quantidade de processos nos Juizados Especiais Federais e nas Turmas Recursais Federais, pois, em suma, esses processos não podem ser objetos de recurso aos Tribunais Regionais Federais, ou seja, não chegam ao 2º grau de jurisdição.

Necessário mencionar que, com a reforma do Poder Judiciário a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, os Juizados Especiais foram fortalecidos justamente para cristalizar o princípio da universalização do acesso à justiça, porquanto atuam de maneira mais célere na resolução de conflitos. E, assim, a parcela de processos destinados a esse ramo da justiça, porém, vem crescendo consideravelmente (ARAÚJO; BOENTE, 2020).

Segundo os dados dos Relatórios de Gestão do TRF 1 (BRASIL, 2022), a quantidade de processos nos Juizados Especiais representa, desde 2017, alta parcela do acervo total em tramitação. Desde então, em torno de 40% (quarenta por cento) dos processos passaram por estes órgãos ou pelas Turmas Recursais Federais. Em algumas unidades da federação, eles já representam mais de 60% (sessenta por cento) do total, como nos casos de Maranhão e Piauí. Em Minas Gerais, são pouco mais de 40% (quarenta por cento) dos processos em tramitação. À vista disso, focar no fracionamento das 2ª instâncias do Poder Judiciário Federal pode não surtir o efeito esperado no longo prazo. Caso a tendência percebida nos Juizados Especiais se confirme, desafogará o 2º grau, invertendo a lógica de atuação destes órgãos, que deveria se pautar pela celeridade na resolução dos litígios.

Na literatura não são poucos os estudos que pretendem compreender a relação vigente entre diversas variáveis como produtividade do órgão, número de magistrados, número de servidores, orçamento etc. Em verdade, não desconsiderando a sua importância para a compreensão do Poder Judiciário, a literatura se divide entre aqueles que consideram a quantidade de funcionários como variável fundamental para o desempenho judicial, compreendidas a produtividade e a qualidade, e pesquisadores que acreditam na relatividade da importância do quadro de pessoal para o exercício das atividades judiciárias (SÁTIRO; SOUZA, 2021).

A título de exemplo, Constantino; Mendes e Boson (2019) e Gomes; Freitas (2017) encontraram correlação negativa entre a quantidade de magistrados e sua produtividade, enquanto Gomes, Guimarães; Akutsu (2016) não verificaram influência da proporção de juízes na produtividade de tribunais. Já Sátiro; Souza (2021) demonstraram a correlação positiva entre número de servidores públicos e terceirizados e a produtividade do órgão judiciário, bem como a influência da carga de trabalho no aumento de produção.

Dessa maneira, a atual reestruturação realizada na Justiça Federal, que demandou um alto capital político em negociações entre os Poderes da República, enfatizada em variáveis [Digite aqui]

endógenas, cujo comportamento depende de contextos locais e regionais, pode acabar não solucionando as mazelas do Poder Judiciário Federal.

Ainda mais preocupante é o rumo das discussões nas Casas Legislativas, cuja solução perpassa, exclusivamente, pela criação de outros Tribunais Regionais. Afinal, admitindo-se que uma maior quantidade de advogados atuantes no Tribunal exerce efeito negativo sobre sua produtividade (Sátiro; Souza, 2021), a criação de um novo TRF para atender demandas de um único estado da federação solucionará a letargia do Judiciário?

Por isso, outra maneira de encarar o congestionamento e a morosidade no Poder Judiciário é sugerida: considerando-o como um bem econômico comum. Gico Jr (2014) e Berzotti (2020), em seus trabalhos, veem a justiça como um recurso inclusivo (não excludente), pois o acesso à justiça é universal, de acordo com a Constituição Federal, e rival, porque, ao ser mais demandada, sua utilidade para outros possíveis usuários da justiça decresce.

Tangenciando as causas frequentemente apontadas como as responsáveis pela crise do Judiciário (quantidade de processos, número de servidores e magistrados, má gestão etc.), Gico Jr (2014) sugere que o foco deveria se dar justamente no comportamento anárquico dos magistrados e suas decisões conflitantes sobre temas análogos, levando à baixa segurança jurídica e ao distanciamento da uniformização da jurisprudência. Em um país com estrutura monocrática de decisão, diante da garantia de independência dos magistrados como princípio constitucional, forma-se um terreno fértil para a diversidade de decisões entre juízes e Tribunais (SADEK, 2004).

Essa dissociação de decisões judiciais causa uma despesa exacerbada ao Judiciário, custo este em relação ao tempo, à pecúnia e a outros custos que oneram a sociedade como um todo.

Sendo o Direito uma Ciência Social Aplicada, é compreensível cada aplicador do direito interpretar um mesmo texto de maneira diferente. No entanto, é preciso tornar efetiva a uniformização das decisões judiciais por meio, por exemplo, de precedentes judiciais e do princípio da segurança jurídica. A ausência de celeridade processual e a divergência nas decisões afetam a aplicabilidade de tal princípio, além de gerar outros efeitos negativos. O ideal é o aumento do grau de previsibilidade das decisões.

Logo, dado um cenário de maior previsibilidade para o jurisdicionado, há uma propensão ao aumento do número de acordos extrajudiciais. Do contrário, a justiça torna-se mais atraente para aqueles que querem postergar ou anular obrigações, afastando pessoas com motivos legítimos. “Assim como as estradas congestionadas dos grandes centros urbanos, há um limite para o que se pode investir no Judiciário, sendo necessário encontrar outras formas de reduzir [Digite aqui]

a litigância que não seja apenas contratar mais juízes, abrir novas varas ou criar novos Tribunais Regionais Federais e, muito menos, incentivar que mais pessoas procurem o Judiciário, isto é, mais sobreutilização” (GICO JR, 2014).

Uma saída possível, portanto, seria justamente unir Tribunais menos eficientes com aqueles com uma cultura de produtividade mais bem estabelecida, respeitada a contiguidade territorial dos Estados. Hipoteticamente, numa divisão, como a que ocorreu entre TRF 1 e TRF 6, transferir servidores e magistrados de um órgão, com cultura organizacional supostamente ineficiente, poderá gerar novas instituições jurídicas igualmente ineficientes (CASTRO; MEDEIROS; CUNHA., 2013).

5. Conclusão

A partir dos dados expostos, por mais que seja possível identificar a motivação descrita no Projeto de Lei nº 5919/2019 em razão de um alto nível de morosidade no 2º grau do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, há de se ponderar que essa realidade não é exclusiva desta Região. Na realidade, outros estados e Tribunais estão em uma situação similar, senão em condições mais desfavoráveis. O Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus) do TRF 1 oscilou nos últimos anos, bem como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) e a Taxa de Congestionamento Líquida (TCL), ora melhorando ora piorando.

A análise textual, por seu turno, exterioriza a maneira como a ideia do projeto de constituição do TRF 6 foi construída e debatida pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo posteriormente levada ao Poder Legislativo. O dilema já é apresentado com sua correspondente solução, sem um debate aprofundado acerca dos índices de produtividade e acervo, sem constatar as raízes da grande adversidade do Judiciário: sua lentidão em solucionar litígios. Não é à toa que tal discussão aparenta não ter se encerrado, dado que os parlamentares, ainda durante as sessões de aprovação do PL nº 5919/2019, mencionaram a necessidade de criação de tribunais em outros estados, vide as notas taquigráficas da sessão do Plenário (BRASIL, 2020).

O Congresso Nacional, representado pelos parlamentares, tem como uma de suas funções principais debater propostas de políticas públicas para melhorar a vida da sociedade brasileira por meio de sua função legislativa que pressupõe o ato de “parlar”, que origina o termo “Parlamento”.

A administração da Justiça é, por um lado, tema ainda incipiente na academia brasileira. Por outro lado, o sistema judiciário brasileiro é enorme e, em sua órbita, transitam ramos importantes como o Ministério Público, a Defensoria Pública, as Cortes administrativas, a advocacia, polícias, organizações prisionais, entre outros (Guimarães; Gomes; Guarido Filho, [Digite aqui]

2018). Como já afirmava o ex-Ministro Sepúlveda Pertence, o Judiciário se apresenta a partir de “ilhas de um grande arquipélago sem nenhuma comunicação entre elas” (RENAULT, 2005). Posto isso, seria necessário e justo que essa discussão acerca da criação de uma estrutura Judiciária nacional fosse mais debatida, instando as entidades supracitadas a participarem ao lado das Casas Legislativas, analisando os possíveis impactos orçamentários e estruturais, com a realização de audiências públicas e apresentações técnicas de representantes de todos os órgãos e estados afetados e visitas técnicas em comissões externas da Câmara dos Deputados e/ou do Senado Federal, possibilitando maior embasamento aos parlamentares antes de tomar decisões.

Os demais 13 (treze) estados do TRF 1, fora Minas Gerais, deveriam ter sido ouvidos para que a criação de um novo Tribunal Regional levasse também em conta a prestação da atividade jurisdicional de forma mais abrangente.

Desta feita, de acordo com o procedimento adotado para a criação do TRF 6, ainda resta o questionamento sem resposta se o problema enfrentado, não só por Minas Gerais, mas pelo TRF 1 como um todo, de congestionamento de processos judiciais será resolvido, sendo provável que este debate retorne novamente ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo para reestruturar a organização dos Tribunais de 2ª instância nos demais estados brasileiros.

Em razão disso, haveria de se pensar em uma reorganização da Justiça Federal de maneira mais abrangente, considerando os demais estados e a melhor alocação dos Tribunais Regionais Federais, para que seja possível atender à população brasileira, que possui direito legítimo de recorrer ao Estado na solução de litígios. Sobretudo no fato de que a justiça federal é especializada, voltada para dirimir causas que envolvam a União e suas entidades. Necessário, portanto, refletir, em que medida, o próprio Estado pode diminuir o grau de conflito com seus cidadãos e o setor produtivo privado. Estudos sobre o perfil de demanda judicial nessa seara certamente passa por mudanças radicais tanto na forma da arcaica e imperial relação Estado-cidadão no País quanto na gestão do próprio Estado.

Por mais que Minas Gerais seja um estado bastante populoso, também é um dos estados com as melhores condições socioeconômicas do país, ou seja, a tendência é que aconteça um acúmulo de casos e processos nessa região a longo prazo, conforme estudo da pesquisadora Sadek (2004) sobre o aumento do número de litígios em lugares com maior desenvolvimento humano.

Além do mais, também é necessário ampliar a implementação e a utilização dos recursos tecnológicos e processuais à disposição da Justiça Federal, que têm o condão de abrandar a [Digite aqui]

morosidade da justiça brasileira. Entre esses recursos, a tecnologia, os processos eletrônicos e os centros judiciários de solução consensual de conflitos são exemplos de mecanismos disponíveis, que podem implicar em uma melhora na prestação jurisdicional do Estado e em uma desnecessidade de criação de mais órgãos e estruturas judiciais.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, M. P.; PINTO, A. M. F. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça—algumas reflexões e hipóteses. **Juris Poiesis**, v. 23, n. 31, p. 01-15, 2020.

ARAÚJO, A.V.N.M & BOENTE, D.R. Análise da Eficiência dos Juizados Especiais Federais. **Anais do Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração**, on-line, 44., 2020. Disponível em <http://www.anpad.org.br>

ATLAS DO DESENVOLVIMENTO HUMANO NO BRASIL. **Ranking**. Brasília: Atlas BR, 2022. Disponível em <http://www.atlasbrasil.org.br>

BERZOTTI, R. **A tragédia da justiça? Um estudo conceitual do judiciário como bem econômico**. 2020. Tese (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Brasil: Diário Oficial da União, 1988a.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 1.071**. Brasília, Brasil: Câmara dos Deputados, 1988b.

BRASIL. **Resolução CNJ n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Brasília, Brasil: Diário de Justiça Eletrônico, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015)**. Brasília, Brasil: Diário Oficial da União, 2015.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5017**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.919**. Brasília, Brasil: Câmara dos Deputados, 2019.

Brasil (2020a). *Justiça em Números 2019*. Brasília, Brasil: Conselho Nacional de Justiça, 2020a.

BRASIL. **Observatório da Estratégia SGP/CJF**. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2020b.

BRASIL. **106ª Sessão Deliberativa Extraordinária**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020c.

BRASIL. **Lei n. 14.226, de 20 de outubro de 2021**. Brasília, Brasil: Diário Oficial da União, 2021a.

[Digite aqui]

- BRASIL. **Justiça em Números 2021**. Brasília, Brasil: Conselho Nacional de Justiça, 2021b.
- BRASIL. **Índice de Acesso à Justiça**. Brasília, Brasil: Conselho Nacional de Justiça, 2021c.
- BRASIL. **Relatório de Gestão – Exercício 2022**. Brasília, Brasil: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2022a.
- BRASIL. **Portaria SJMG-DIREF 1049/2022**. Belo Horizonte, MG: Tribunal Regional Federal da 6ª Região, 2022b.
- BRASIL. **Justiça em Números**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2024.
- CACHAPUZ, R. R.; EUGÊNIO, A. D. Tecnologia a serviço do acesso à justiça: meios adequados de resolução de conflitos na sociedade moderna. **Revista Eletrônica de Direito Processual - UERJ**, v. 22, n. 3, p. 981-1005, 2021.
- CASTRO, A. S.; MEDEIROS, B. A.; CUNHA, A. S. **Custo e eficiência dos novos Tribunais Regionais Federais: uma avaliação da Emenda Constitucional n. 73**. Brasília, Brasil: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea, 2013.
- Castro, M. F.; Guccio, C. Searching for the source of technical inefficiency in Italian judicial districts: an empirical investigation. **European Journal of Law and Economics**, v. 38, n. 3, p. 369-391, 2014.
- CONSTANTINO, M.; MENDES, D. R. F.; BOSON, D. S. Gastando mais e produzindo menos: uma análise dos tribunais regionais federais. **Interações**, v. 22, n. 2, p. 439-452, 2019.
- FERNANDES, H. R.; MARINHO, A. A eficiência dos Juizados Especiais Estaduais Brasileiros e sua Atual Estrutura. **Revista Brasileira de Economia**, v. 72, n. 3, p. 313-329, 2018.
- GICO JR, I. T. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163-198, 2014.
- GOMES, A. O.; GUIMARÃES, T. A.; AKUTSU, L. The relationship between Judicial Staff and Court Performance: Evidence from Brazilian State Courts. **International Journal for Court Administration**, v. 8, n. 1, p. 12-19, 2016.
- GOMES, A. O.; FREITAS, M. E. M. Correlação entre demanda, quantidade de juízes e desempenho judicial em varas da Justiça Federal no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 2, p. 567-585, 2017.
- GOMES, A. O. *et al.* Variáveis correlacionadas com a produtividade de juízes da primeira instância da justiça estadual de Minas Gerais. **Sistemas & Gestão**, v. 12, p. 401-409, 2017.
- GUIMARÃES, T. A.; GOMES, A. O.; GUARIDO FILHO, E. R. (2018). Administration of justice: an emerging research field. **RAUSP management journal**, v. 53, n. 3, 476-482, 2018.

- MOREIRA, T. R.; SANTOS, K. E. G. Acesso à justiça e tecnologia: reflexões necessárias para o contexto brasileiro. **Revista Em Tempo**, v. 20, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3259>.
- NEVES, A. R. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao Plenário Virtual. **Revista dos Tribunais**, v. 986, p. 87-110, 2017.
- OLIVEIRA, A. V. Justiça Federal: evolução histórico-legislativa. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 8, n. 1, p. 107-115, 1996.
- PIMENTEL, M. D.; GODOY, S. M. Morosidade no Poder Judiciário brasileiro: elementos, impactos e soluções na era digital. **ETIC - Encontro de Iniciação Científica**, v. 13, n. 13, 2017. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/issue/view/88>
- RENAULT, S. R. T. A reforma do Poder Judiciário sob a ótica do governo federal. **Revista do Serviço Público**, v. 56, n. 2, p. 127-136, 2005.
- SABO, I. C. *et. al.* Organização e representação do conhecimento no Poder Judiciário brasileiro: uma avaliação taxonômica das movimentações processuais dos Tribunais Regionais Federais. **ISKO Brasil**, v. 6, p. 183-198, 2019.
- SADEK, M. T. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004.
- SADEK, M. T. **Uma introdução ao estudo da justiça (online)**. Rio de Janeiro, Brasil: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.
- SANTOS, S. P.; AMADO, C. A. F. On the need for reform of the Portuguese judicial system – Does Data Envelopment Analysis assesment support it?. **Omega – The International Journal of Management Science**, v. 47, p. 1-16, 2014.
- SÁTIRO, R. M.; SOUZA, M. M. Determinantes quantitativos do desempenho judicial: fatores associados à produtividades dos Tribunais de Justiça. **Revista Direito GV**, v. 17, n. 1, p. 1-27, 2021.
- SOUSA, M. M.; GUIMARÃES, T. A. Inovação e desempenho na administração judicial: desvendando lacunas conceituais e metodológicas. **INMR – Innovation & Management Review**, v. 11, n. 2, p. 321-344, 2014.
- VELLOSO, C. M. S. Do Poder Judiciário: organização e competência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 200, p. 1-19, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil: volume 1**. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Forense, 2021.

QUAIS AS RESPONSABILIDADES DAS INSTITUIÇÕES NO TAMANHO DO CUSTO BRASIL? UMA ANÁLISE DESTE GAP PERANTE AS TEORIAS INSTITUCIONALISTAS

José Henrique Nascimento¹

Marcelo Sasso Gonzalez²

RESUMO: O Brasil passa por graves problemas de competitividade e produtividade sob a ótica comparativa global, e boa parte desses desafios podem ser mensurados pelo “Custo Brasil”. Logo, este artigo traz uma análise comparativa do Custo Brasil e as teorias institucionalistas enquanto abordagens teóricas relevantes para compreender as dificuldades enfrentadas pela economia brasileira. De um lado, o Custo Brasil refere-se a um conjunto de fatores que tornam o ambiente de negócios no país menos competitivo; já as teorias institucionalistas estudam o papel das instituições, formais e informais, no funcionamento da sociedade, assim como sua capacidade de influenciar o comportamento de atores econômicos. Neste contexto, a superação dos obstáculos pode passar pelas instituições, e esse debate é fundamental para compreender os desafios estruturais enfrentados do país, assim como guiar políticas públicas para o desenvolvimento do Brasil.

Palavras-chave: Custo Brasil. Institucionalismo. Políticas Públicas. Competitividade.

ABSTRACT: Brazil is facing serious competitiveness and productivity problems from a global comparative perspective, and most of these challenges can be measured by the "Brazil Cost". Therefore, this article provides a comparative analysis of the Brazil Cost and institutionalist theories as relevant theoretical approaches to understanding the difficulties faced by the Brazilian economy. On the one hand, the Brazil Cost refers to a set of factors that make the business environment in the country less competitive, while institutionalist theories study the role of institutions, formal and informal, in the functioning of society, as well as their ability to influence the behavior of economic actors. In this context, overcoming obstacles may involve institutions, and this debate is fundamental to understanding the structural challenges faced by the country, as well as guiding public policies for Brazil's development.

Keywords: Brazil Cost. Institutionalism. Public Policies. Competitiveness.

¹ Gestor Público e Consultor; Mestre em Gestão e Políticas Públicas (FGV-SP); Especialista em Administração Pública Municipal e Gestão de Cidades (UNINTER); Bacharel em Gestão de Políticas Públicas (UnB); Secretário Municipal de Fazenda e Gestão Estratégica da Prefeitura de Brusque/SC; Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Gestão Pública e Empresarial (IBGEPE) e-mail: jose.henrique@ibgepe.org

² Advogado sócio do escritório Couto & Sasso Advocacia; Consultor; Gestor Público; Mestre em Gestão e Políticas Públicas (FGV-SP); Especialista em Direito Empresarial (ESA-OAB); Especialista em Direito Contratual (ESA-OAB); Especialista em Direito Processual Civil (PUC-MG); Especialista em Filosofia e Teoria do Direito (PUC-MG); Especialista em Direito Público (PUC-RS); Bacharel em Direito (UNIFIEO). E-mail: marcelo@coutoesasso.adv.br.

INTRODUÇÃO

Já ouviu falar em "Custo Brasil"? Este termo se resume a uma série de fatores que tornam o ambiente de negócios no Brasil menos competitivo, em consequência do excessivo custo atrelado a todo o setor produtivo nacional. De acordo com Pinheiro (2014, apud FIESP, 2013) uma definição simples de Custo Brasil é o custo adicional envolvido na realização de negócios no Brasil em comparação com países onde as instituições funcionam de forma mais eficiente. Dessa maneira, o conceito de está relacionado, por um lado, à qualidade das instituições do país e, por outro, aos custos de transação..

Ou seja, o Custo Brasil contempla diversos fatores, desde estruturais, burocráticos, regulatórios, logísticos, e é mensurado a partir de indicadores correlatos a um contexto global. Levanta-se uma série de indicadores, compara-se o Brasil aos países membros da OCDE e se quantifica financeiramente o delta de nossa posição perante a “melhor média” global. Vale ressaltar que, os indicadores do Custo Brasil como um todo caráter preponderantemente estrutural, e não conjuntural (não conta, por exemplo, com Taxa de Juros, Taxa de Câmbio, entre outros).

Por sua vez, este artigo busca analisar o Custo Brasil pela ótica das teorias institucionalistas, que para estes autores são um conjunto de abordagens teóricas que trazem a importância das instituições no funcionamento das sociedades. A principal ideia em comum entre estas é que, as instituições, entendidas como regras formais e informais, normas, valores e estruturas, moldam o comportamento das sociedades das quais fazem parte, e assim têm papel fundamental no desenvolvimento político e econômico, contribuindo para a estabilidade social e econômica dos países (THÉRET, 2003).

Neste compasso, o presente artigo foi construído por meio de uma metodologia de revisão literária nacional e internacional, principalmente em livros e artigos científicos, buscando apresentar conceitualmente o que é o “Custo Brasil”, bem como as principais teorias institucionalistas, respondendo uma pergunta principal de: Quais as responsabilidades das instituições no tamanho do Custo Brasil?

1. CUSTO BRASIL

O custo de se produzir e empreender sempre esteve em voga no cotidiano do setor produtivo nacional, aumentando nos últimos anos com o agravamento das sucessivas crises econômicas e, principalmente, com uma estagnação no crescimento. No intuito de buscar a real definição e quantificação deste custo, foi produzido um estudo, ainda em 2020, que resultou em um compilado estratégico feito pela Secretaria de Estado de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia em parceria com o Movimento Brasil Competitivo (MBC), ainda no Governo do ex-Presidente da República do Brasil, Jair Messias Bolsonaro (2019-2022). Desta forma, foi levantado que o custo representava em média, um prejuízo ao sistema produtivo de aproximadamente R\$ 1,5 trilhão de reais, equivalente a 22% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro (BRASIL, 2020).

Figura 1: Custo Brasil (2020)



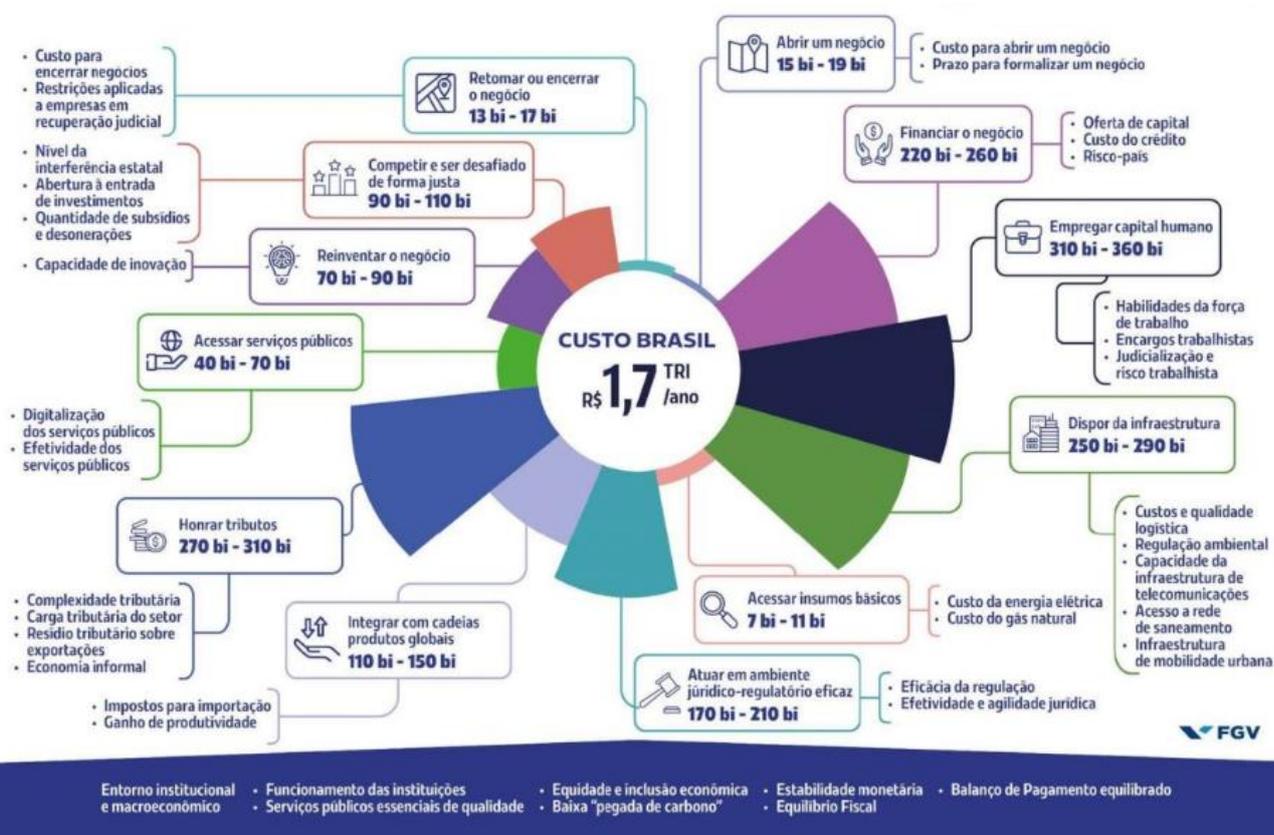
Fonte Brasil, 2020.

Outra definição do Custo Brasil pode ser entendida por Ribeiro (2004), onde traz que o Custo Brasil “refere-se a todos os custos desnecessários, desproporcionais ou irracionais

que dificultam o desenvolvimento, na medida que oneram sem medidas a produção, retirando-lhe o caráter competitivo”. Logo, a mensuração abordada pelo referido estudo (BRASIL, 2020) tinha como premissa o conjunto de dificuldades estruturais, burocráticas e econômicas que encarecem e comprometem novos investimentos e pioram o ambiente de negócios.

No entanto, o Custo Brasil foi atualizado, já no Governo do Presidente da República do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva (2023-2026), sob a liderança do Ministério de Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços (MDIC) e também contando com a parceria institucional do MBC, e da parceria técnica da Fundação Getúlio Vargas (FGV), reforçando o quanto realizar ações que possam diminuir o custo, se tornam políticas de Estado, ou seja, realizadas independente do governo. Foram definidas 12 áreas fundamentais que deveriam ser trabalhadas. O diagnóstico apresentou uma comparação do custo de se produzir no Brasil em relação à média dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), conforme apresentado no gráfico abaixo. Vejamos:

Figura 2: Novo Custo Brasil (Brasil, 2023)



Fonte Brasil, 2023.

Vale ressaltar que este estudo lançado em 2023, tem por base indicadores de 2021, assim como o de 2020 tem por base indicadores de 2019. Percebe-se que, apesar do estudo aumentar cerca de 16% seu valor total em termos nominais, quando comparado ao PIB de 2021, tem sua representatividade reduzida, alcançando 19,5%, não mais os 22% do estudo anterior. A justificativa do MBC é “pela inflação do período, assim como pela pequena variação dos gaps comparativos entre Brasil e os países que integram a OCDE”, observados no detalhe do estudo completo.

Como pode-se observar na Figura 2, o custo se divide em cada área referenciada do ciclo de vida de um negócio da seguinte maneira: 1. Abrir um negócio (R\$ 15 a 19 bilhões); 2. Financiar o negócio (R\$ 220 a 260 bilhões); 3. Empregar capital humano (R\$ 310 a 360 bilhões); 4. Disponer da infraestrutura (R\$ 250 a 290 bilhões); 5. Acessar insumos básicos (R\$ 7 a 11 bilhões); 6. Atuar em ambiente jurídico e regulatório eficaz (R\$ 170 a 210 bilhões); 7. Integrar com cadeias produtivas globais (R\$ 110 a 150 bilhões); 8. Honrar tributos (R\$ 270

a 310 bilhões); 9. Acessar serviços públicos (R\$ 40 a 70 bilhões); 10.Reinventar o negócio (R\$ 70 a 90 bilhões); 11.Competir e ser desafiado de forma justa (R\$ 90 a 110 bilhões); 12.Retomar ou encerrar o negócio (R\$ 13 a 17 bilhões);

A composição e cálculo de cada um dos 12 pilares, se dá na composição de indicadores do respectivo pilar, e mensura a diferença existente entre a posição brasileira em comparação à média do mesmo grupo de indicadores dos países membros Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Assim sendo, em todos os pilares o Brasil apresenta uma média negativa, e esta composição de cálculo expõe nossos desafios em relação aos países mais desenvolvidos do mundo em produtividade, efetividade e competitividade, gerando o valor final do Custo Brasil.

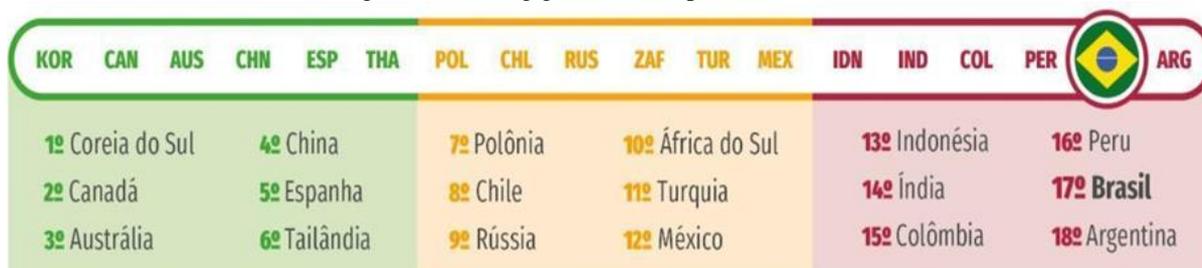
Esse custo é sentido não só pelo empresariado e pela população brasileira, mas notoriamente pela competitividade, refletindo assim em uma série de realidades nacionais expostas por diversos estudos diferentes. Exemplo disso é a posição do Brasil no *Global Competitiveness Report* (2019), do Fórum Econômico Mundial. Este relatório sobre competitividade objetiva sinalizar quais foram os principais elementos responsáveis pelo desenvolvimento e crescimento econômico, explicando também o porquê de certos países serem melhores que outros na elevação dos níveis de renda. O levantamento contempla 110 variáveis e hoje ocupamos a 71ª posição de 141 países, ficando atrás da Jordânia, Azerbaijão e uma série de países latino-americanos, com indicadores que medem não só resultados econômicos, mas também sociais.

Já no estudo de Competitividade Global de 2022, realizado pelo International Institute for Management Development (IMD) desde 1989, em 63 países analisados, o Brasil aparece na 59ª posição. O Brasil está à frente somente de África do Sul, Mongólia, Argentina e Venezuela, ficando atrás da Turquia, Peru, Botswana, México, Colômbia e Jordânia mais uma vez.

Outro estudo que mensura a competitividade entre nações é o Competitividade Brasil, realizado pela Confederação Nacional da Indústria (2019). No estudo de 2019-2020, o Brasil ocupa a 17ª posição entre 18 países, ficando à frente apenas da Argentina. Neste levantamento leva-se em consideração os fatores relacionados ao trabalho; financiamento; infraestrutura e logística; tributação; tecnologia e inovação; ambiente macroeconômico; estrutura produtiva, escala e concorrência; ambiente de negócios e educação, sinalizando mais uma vez nossa

falta de competitividade.

Figura 3: Ranking geral do Competitividade Brasil



Fonte CNI, 2020.

Em revista publicada pelo BNDES (1991), destaca-se que “a elevação do nível de competitividade de uma nação deve ter por objetivo primordial a melhoria do padrão de vida de sua população”. Neste sentido, e após a evidenciação de problemas graves no nível global de nossa competitividade, culminando em grave problemática dos negócios e, naturalmente, impactando negativamente o crescimento da nação, desde a geração de empregos e no desenvolvimento do país, este artigo buscará compreender as teorias institucionalistas, e como as mesmas podem, ou não, ter relação com os problemas econômicos nacionais.

2. AS PRINCIPAIS TEORIAS INSTITUCIONALISTAS

A teoria institucionalista é uma abordagem teórica, composta por vários autores, que enfatiza a importância das instituições para o desenvolvimento de uma nação e sua sociedade. A ideia principal é entender como as instituições influenciam as interações sociais, as escolhas individuais, as escolhas coletivas e com isso os resultados sociais, políticos e econômicos. Nesse caminho, as instituições, sejam elas formais ou informais, são entendidas como conjuntos de regras, normas, valores, práticas e estruturas que fundamentam o comportamento humano em um determinado contexto social.

Desta forma, diversas teorias destacam que as instituições exercem influência sobre o comportamento humano de várias maneiras, estabelecendo expectativas e orientações para os indivíduos, definindo os padrões morais e de ação da sociedade, bem como as praxes praticadas pelos grupos sociais, com práticas que são consideradas aceitáveis. Esse processo acompanha as mudanças sociais, políticas e econômicas. Podendo ser reforçadas ou desafiadas por atores

individuais e coletivos, e assim resultar em mudanças institucionais. A questão institucionalista pode ser verificada sob diversas óticas disciplinares, visto seu impacto ser sobre toda a sociedade, como na área econômica, sociológica, política e etc. E tem sido o ponto de partida para o entendimento de questões, como desenvolvimento econômico, políticas públicas, democracia, mudanças sociais e etc (THÉRET, 2003).

Foram estudados conceitos institucionalistas de Meyer e Rowan (1977), que destacam que as organizações incorporam práticas e procedimentos que são influenciados e definidos pelo ambiente organizacional predominante, e que estejam de certa forma institucionalizados na sociedade; assim como outros trabalhos institucionalistas desenvolvidos por Thorstein Veblen, Oliver Williamson, Ronald Coase, Douglass North, Daron Acemoglu e James Robinson.

Destacando North, agraciado com Prêmio Nobel de Economia em 1993 por seu trabalho pioneiro nessa área, traz na sua teoria uma abordagem importante a respeito da economia institucional. North (2017) busca explicar como as instituições têm capacidade de impactar o desenvolvimento econômico e social de um país e em consequência da sua sociedade. Seu principal argumento é que as instituições desempenham um papel fundamental no comportamento humano e, assim, têm um impacto significativo nos resultados econômicos.

Ainda, North (2017) define que as regras do jogo de uma determinada sociedade são estipuladas pelas instituições. Como adiantado, essas poderão ser tanto formais quanto informais. Sendo que as formais são aquelas criadas pela estrutura estatal, tanto organizacional quanto pelos Poderes que a compõem. Por sua vez, as informais, são entendidas como as normas sociais, facilmente identificadas como certos costumes existentes. Ainda, as instituições possuem a função de reduzir as incertezas inerentes às sociedades, estabelecendo estrutura normativa para esse fim.

Destacando também os autores Daron Acemoglu e James Robinson (2013), estes elaboram a ideia que as diferenças de desenvolvimento entre as nações ocorrem pelo nível de maturidade e robustez de suas instituições. Na medida em que, países que possuem instituições inclusivas, que permitem uma destruição criativa em um ambiente plural, concorrencial e de garantia efetiva da propriedade privada tendem a serem desenvolvidos. Já aqueles que possuem instituições extrativistas e não trabalham com esses valores, estas não geram desenvolvimento.

Desta forma, quem apresenta um sistema político plural, aberto e disputado, tende a criar instituições inclusivas e mais fortalecidas.

Em resumo, as teorias institucionalistas têm desempenhado um papel significativo nas ciências sociais aplicadas. Essas teorias enfatizam principalmente a interação das instituições e o comportamento nas sociedades. Elas trazem uma análise de que as instituições são mais do que estruturas, pois moldam expectativas e práticas. Sempre destacando a estabilidade institucional como ponto importante, mesmo que essas não sejam imutáveis, destaca-se também alguns apontamentos sobre o institucionalismo, como a subestimação do indivíduo perante as instituições, bem como, o desafio de definir claramente o campo teórico institucional, dada a abrangência do institucionalismo (LOPES, 2013).

3. CUSTO BRASIL SOB A ÓTICA INSTITUCIONALISTA

Observa-se que nas teorias institucionalistas, o tamanho do mercado ou do Estado não são fatores centrais, mas as normas institucionalizadas que sustentam as práticas nestas sociedades (CARVALHO, 1999). Dessa maneira, as instituições são significados compartilhados que pautam as interações sociais (FLIGSTEIN, 2007). A notória ineficiência das instituições nacionais em produzir os incentivos corretos e serem inclusivas (MENDES, 2020), também dificultam o alcance da pauta de aumento de produtividade e competitividade contida nos elementos do “Custo Brasil”.

Podemos identificar que os elementos contidos no “Custo Brasil” possuem uma relação direta com problemas institucionais, observando que as organizações incorporam práticas do ambiente predominante, e que são institucionalizados na sociedade (MEYER; ROWAN, 1977). Como por exemplo, a alta complexidade do sistema tributário, que produz uma grande demanda de trabalho para pagamento e apuração dos valores devidos ao fisco, somada à má distribuição, a disfuncionalidade e a elevada carga tributária; juntos, distorcem toda a cadeia produtiva, demonstrando a responsabilidade das instituições em um importante tópico do Custo Brasil (SASSO; NASCIMENTO, 2023).

Quando observamos as teorias institucionalistas relacionadas com os custos de transação Ronald Coase (2008) e Oliver E. Williamson (1985), ambas dialogam com praticamente todos os elementos contidos no “Custo”, aliás o próprio nome traz essa

informação. Ainda que cada elemento possui seu valor na composição total, todos se relacionam com a ideia de custo a ser somado nas operações que fazem parte, e em consequência em toda a cadeia produtiva.

Dada a natureza das instituições de serem responsáveis em reduzir incertezas, adotando normativas que tenham essa função, em que determinem claramente as regras do jogo, e caso não normatizadas, mas que estejam agregadas à sociedade; bem como, as que protegem os direitos de propriedade e incentivam a competição (NORTH, 2017): temos novamente que todos elementos possuem ligação direta com a visão institucional.

Destaca-se os de abrir, retomar, encerrar um negócio, competir e ser desafiado de forma justa, empregar capital humano e na atuação em um ambiente jurídico e regulatório eficaz. Da mesma forma, a burocracia excessiva e a falta de infraestrutura adequada também são resultado de instituições ineficientes, como apontado no estudo do Custo Brasil (2023).

Figura 4: Bloco 2.3, Institutional Framework

2.3 Institutional Framework

Central Bank

2.3.01 [B] Real short-term interest rate	Real discount / bank rate
2.3.02 [S] Cost of capital	Cost of capital encourages business development
2.3.03 Interest rate spread	Lending rate minus deposit rate
2.3.04 Country credit rating	Index [0-60] of three country credit ratings: Fitch, Moody's and S&P
2.3.05 [S] Central bank policy	Central bank policy has a positive impact on economic development
2.3.06 [B] Foreign currency reserves (\$bn)	US\$ billions
2.3.07 Foreign currency reserves per capita	US\$ per capita
2.3.08 Exchange rate stability	Parity change from national currency to SDR, 2021 / 2019

State Efficiency

2.3.09 [S] Legal and regulatory framework	The legal and regulatory framework encourages competitiveness of enterprises
2.3.10 [S] Adaptability of government policy	Adaptability of government policy to changes in the economy is high
2.3.11 [S] Transparency	Transparency of government policy is satisfactory
2.3.12 [S] Bureaucracy	Bureaucracy does not hinder business activity
2.3.13 [S] Bribery and corruption	Bribing and corruption do not exist
2.3.14 Rule of law	Index
2.3.15 [S] Sustainable development goals	Country performance on the 17 SDGs
2.3.16 [S] Democracy index	EIU Overall Democracy Index, ©The Economist Intelligence Unit Limited 2020

Fonte: IMD, 2022, p. 118

Os próprios rankings de competitividade globais buscam metrificar os desafios institucionais dos países. A título de exemplo, o IMD (no qual o Brasil ocupa a 59ª posição entre 62 países, como identificado acima), tem, dentro do pilar de Eficiência do Governo, o bloco de “Institutional Framework”. O Brasil neste pilar de “Institutional Framework” fica na 61ª posição, à frente apenas da Venezuela. Para compreender com mais detalhe, o Pilar se compõe da seguinte forma:

O bloco se compõe com dois índices, sendo o “Banco Central”, e de “Eficiência do Estado”, no qual se compõe principalmente as *surveys*, nas quais identificam em sua maioria o quanto lideranças empresariais dos mais diversos tipos, percebem o quanto a Burocracia, Transparência, Índice de Democracia, e as questões regulatórias e legais impactam na eficiência (ou não) dos negócios. Aonde está [S], são dados levantados por Pesquisas, e onde está [B], são Dados Públicos. Além disso, não somente o IMD, mas o World Economic Forum (WEF), em sua edição especial do Índice Global de Competitividade de 2020, aponta já no índice 1.1 em uma pergunta norteadora “Quais são as prioridades relacionadas ao ambiente geral que surgiram na última década?” e aponta:

O bom funcionamento das instituições formais e informais é fundamental, tanto para orientar o progresso econômico de longo prazo quanto para garantir respostas eficazes às crises de curto prazo. Os dados da Pesquisa de Opinião Executiva sugerem que os líderes empresariais veem uma deterioração significativa em características importantes da qualidade institucional na última década (WEF, 2020, p.12).

Para buscar a solução do problema número 1 exposto, o WEF sugere “Assegurar que as instituições públicas incorporem princípios sólidos de governança e uma visão de longo prazo e criem confiança ao atender seus cidadãos”, complementando:

As instituições voltadas para o futuro não precisarão apenas ser transparentes e eficientes; elas também devem evoluir no sentido de produzir resultados mais equitativos e aumentar a confiança dos cidadãos nelas. Os governos também serão cada vez mais solicitados a comunicar claramente uma visão de longo prazo, antecipando a evolução das tendências, e a criar estruturas que permitam respostas ágeis a choques futuros e a rápidas mudanças tecnológicas. Isso inclui a capacidade de adotar estruturas legais para canalizar inovações revolucionárias para o bem social, além de atualizar a forma como o valor criado na economia é definido e contabilizado. (WEF, 2020, p. 47)

Ante o exposto, as instituições internacionais sugerem soluções e seguindo com os referenciais teóricos, destaque para a obra de Acemoglu e Robinson (2013), esta analisa alguns países em específico, no caso brasileiro ao tempo da obra, o país apresentava características de instituições inclusivas. No entanto, não foi o experimentado pelo país, após as marchas de junho de 2013, desenrolaram diversas crises institucionais demonstrando que o patrimonialismo e clientelismo (D'ÁVILA, 2022) ainda se faziam presentes na sociedade brasileira. Esse movimento apresentou a realidade da existência de instituições extrativistas, gerando entraves para o desenvolvimento nacional (SASSO, 2023).

Naturalmente que, de forma a se tangibilizar a influência de um melhor funcionamento das instituições em pilares específicos do Custo Brasil, percebe-se que um grupo de indicadores é impactado pragmaticamente, como os itens 1 - Abrir um Negócio (composição do Custo de Abertura, e o destaque para Tempo de Abertura); o item 6 - Ambiente Jurídico-Regulatório (composto pelos indicadores de Agilidade do Enforcement Legal e Eficácia da Regulação), e por fim o item 11 - Competir e ser Desafiado de Forma Justa (composição de Excesso de interferência governamental em atividades econômicas e Proteção de mercados locais através de limitações à livre entrada de Investimento Externo Direto).

Figura 5: Custo Brasil 2023

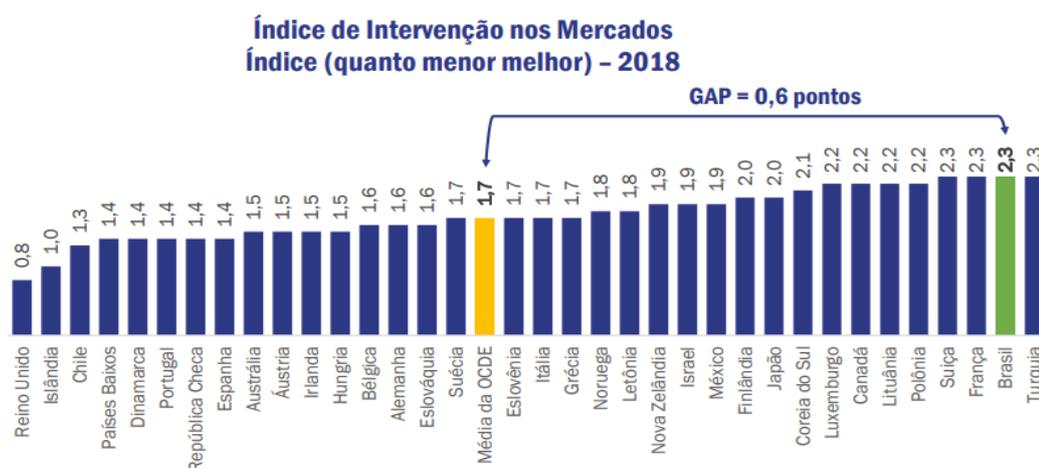


Fonte: Relatório Anual Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – último relatório disponível 2021 (dados relativos a 2020)

De forma a destacar esses indicadores, a burocracia funcionando de maneira disforme no tempo de abertura de empresas, desacelera-se um item básico para desenvolvimento de um país, pois segundo o relatório do Banco Mundial - *Doing Business* de 2020, o Brasil demora em média 6 dias a mais que a média dos países membros da OCDE. Já na Agilidade do Enforcement Legal, mais um destaque negativo do funcionamento das instituições. O Brasil leva 911 dias a mais para realizar julgamentos em 1ª instância que a média dos países da OCDE, conforme figura acima.:

Por fim, quando se observa o indicador do Custo Brasil, sobre Excesso de interferência governamental em atividades econômicas, observa mais uma vez que o Brasil, caso fosse um país membro, se posicionaria melhor somente que a Turquia, desempenhando bem abaixo da média da OCDE.

Figura 6: Custo Brasil 2023



Fonte: OCDE, 2018

Apesar do fato de algumas teorias institucionalistas destacarem a hegemonia e a imutabilidade de um determinado *status quo* (DIMAGGIO; POWELL, 1983), outras asseguram que qualquer sistema institucional poderá sofrer alterações, tanto de inclusivo para exclusivo, não existindo um ponto irretornável (ACEMOGLU; ROBINSON, 2013). Dadas essas características, o levantamento do “Custo Brasil” ser identificado como uma agenda pública, com características de política de estado, pode ser um fator primordial para um ganho institucional relevante na história nacional, pois, promover instituições, que atuem dentro de suas competências, inibindo crises, sendo inclusivas e em um ambiente plural, concorrencial, e de garantia da propriedade privada, serão de grande importância para o desenvolvimento de uma nação (ACEMOGLU; ROBINSON, 2013).

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou responder, a partir das teorias institucionalistas, quais as responsabilidades das instituições no tamanho do Custo Brasil. Desta forma, percebeu-se que, em resumo, o "Custo Brasil" trata de uma somatória de elementos que dificultam a produtividade e competitividade nacional; já as teorias institucionalistas são abordagens

teóricas que analisam o papel das instituições, formais e informais, no funcionamento da sociedade.

Quando se aprofunda especificamente no estudo do Custo Brasil, percebemos alguns desafios: ele obrigatoriamente se atém a indicadores que refletem uma característica estrutural, e não conjuntural, podendo perder oportunidades de análises e demandas importantes para o país; Além disso, necessariamente são indicadores comparáveis entre o Brasil e países membros da OCDE, e que necessariamente precisam de uma sazonalidade de atualização constante, se não, além de perder série histórica, evitam a flutuação de novos indicadores e resultados, diminuindo os riscos de se fragilizar os resultados do estudo, ao mesmo tempo não levando indicadores que avaliam a percepção, ou indicadores que por vezes são mensurados de forma diferente pelos países membros da OCDE e o Brasil.

O estudo do Custo Brasil tem uma forma importante de apresentar resultados estruturais, orientando uma agenda de país que, caso seja priorizada, tem potencial de redução e facilitação da vida dos empreendedores e cidadãos no geral. No entanto, há um desafio importante de mensurar o hiato de captura dos resultados reais da implementação destas políticas públicas. De forma objetiva, podemos dizer que o hiato de captura é o desafio de, entre aprovar projetos importantes, garantir sua implementação efetiva nos âmbitos federal, estadual e municipal, e garantir que os mecanismos previstos para a implementação desta lei ou reforma estruturante estejam de fato sendo realizados, a diminuição real do Custo Brasil se torna um grande desafio de mensurar, pois há uma grande lacuna (ou hiato) entre a aprovação da lei, e a implementação no dia-a-dia da população.

Quanto às teorias institucionalistas, percebe-se também que possuem uma dificuldade na identificação do que de fato são as “melhores instituições”, respondendo quais dessas seriam benéficas ou prejudiciais em uma determinada sociedade, não oferecendo uma estrutura clara para avaliar e classificar essas instituições. Outro ponto, é a limitação do comportamento humano, tratando os indivíduos como atores que respondem apenas aos incentivos fornecidos pelas instituições. Essa abordagem não leva em consideração outros fatores que influenciam as escolhas e as ações dos indivíduos, como valores pessoais, crenças e influências sociais.

Portanto, respondendo de maneira objetiva a pergunta deste artigo, apesar dos desafios e falhas no levantamento do estudo, assim como na falta de determinadas abordagens nas teorias existentes, estes autores entendem que sim, o “Custo Brasil” é o resultado de uma

estrutura deficiente das instituições nacionais, visto que, o seu funcionamento é inadequado na busca da competitividade e do desenvolvimento econômico. A busca em pautar como uma política de estado, e em consequência visar a superação desses obstáculos passa necessariamente por mudanças nas instituições existentes.

O desenho das políticas públicas deveria buscar a diminuição efetiva do Custo Brasil, enquanto elemento norteador e pragmático, para um país mais desenvolvido e, de fato, mais competitivo perante o restante do globo. E para que isso aconteça, percebe-se a importância de que, o desenho institucional assim como o funcionamento das instituições do Brasil, seus arranjos e também suas normas, precisam passar por mudanças de fato significativas.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron & ROBINSON, James. Por que as nações fracassam: as origens da riqueza, da prosperidade e da pobreza; tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013. ISBN 9786555605402.

BRASIL. Redução do Custo. Ministério da Economia. Secretaria de Estado de Produtividade, Emprego e Competitividade. 2020 Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/ambiente-de-negocios/reducao-do-custo-brasil..> Acesso em: 04.06.23.

CARVALHO, C. A. P., VIEIRA, M. M. F.; LOPES, F. D. Contribuições da perspectiva institucional para análise das organizações. Anais do XXIII Encontro Nacional de Programas de Pós-Graduação em Administração – ENANPAD, Foz do Iguaçu, 1999

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics. 2008.

D'ÁVILA, Luiz Felipe. 10 Mandamentos: Do País que Somos Para o Brasil que Queremos. 2. ed. São Paulo: Almedina. Brasil, 2022.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter. “The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields.” *American Sociological Review*, vol. 48, no. 2, 1983, pp. 147–60. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/2095101>. Acessado em: 03.06.23.

FLIGSTEIN, N. Habilidade social e a teoria dos campos. São Paulo, RAE. Vol.47. no. 2. Abr/jun. 2007

SASSO, Marcelo; NASCIMENTO, José. Competitividade nacional: Efeitos do Custo Tributário no agregado do Custo Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 153, p.

149–162, [2023]. <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/569/271>. Acessado em: 08.06.2023

SASSO, Marcelo. Resenha de Por que as nações fracassam: as origens da riqueza, da prosperidade e da pobreza. *Direitos Democráticos & Estado Moderno*, v. 1, n. 7, p. 147–151, 11 maio 2023.

IMD, WORLD COMPETITIVENESS BOOKLET, ed. 2022. <https://www.imd.org/centers/wcc/world-competitiveness-center/rankings/world-competitiveness-ranking/>.

KINGDON, J. W. *Agendas, alternatives and public policies*. 2. ed. Ann Arbor: University of Michigan, 2003.

LOPES, H. C.. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglass North. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 33, n. 4, p. 619–637, out. 2013.

MENDES, M. J. **Baixo crescimento**: um problema crônico do Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/01/Baixo-crescimento-um-problema-cr%C3%B4nico-do-Brasil-Marcos-Mendes.pdf>. Acesso em: 06.06.23

MEYER, John W.; ROWAN, Brian. “Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony.” *American Journal of Sociology*, vol. 83, no. 2, 1977, pp. 340–63. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/2778293> . Acessado em: 03.06.23

MEYER, John W.; ROWAN, Brian. Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony. In: POWELL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. (Eds.). *The New Institutionalism in Organizational Analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

Brasil, MDIC. *Custo Brasil, Movimento Brasil Competitivo*. 2023

NORTH, Douglass C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. Tradução de Luiz Reppas. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

PINHEIRO, A. C. (2014). A justiça e o custo Brasil. *Revista USP*, (101), 141-158. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i101p141-158>. Acessado em 10.06.2023

ROCHA, Manoel. Estado e Governo: Diferença Conceitual e Implicações Práticas na Pós-Modernidade. *Revista Brasileira Multidisciplinar*, 11(2), 140-145. 2008. <https://doi.org/10.25061/2527-2675/ReBraM/2007.v11i2.183>. Acessado em: 09.06.2023

SCHWAB, K, ed. *The global competitiveness report 2019*. World Economic Forum, 2019. https://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf. Acesso em: 10.06.2023

SCHWAB, K. ZAHIDI, S. Global competitiveness report: special edition 2020. World Economic Forum, 2020. https://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2020.pdf. Acesso em: 10.06.2023

SOARES, H; ESTEVES, M. Competitividade: conceituação e fatores determinantes. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, 1991. 26 f. (Texto para Discussão; n. 2). https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/12974/1/Competitividade%20-%20conceitua%C3%A7%C3%A3o%20e%20fatores%20determinantes_P_BD.PDF. Acessado em 10.06.2023

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, p. 20-45, 2006. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7638677/mod_resource/content/1/Souza%20Pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20-%20uma%20revis%C3%A3o%20de%20literatura.pdf. Acessado em: 11.06.2023

THÉRET, B. As instituições entre as estruturas e as ações. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 58, p. 225–254, 2003. <https://www.scielo.br/j/ln/a/DRZGLBNZMNrMqJNXRC8XLfr/abstract/?lang=pt>. Acessado em: 04.06.2023

WILLIAMSON, Oliver E. The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting. New York: Free Press, 1985.

WU, X., RAMESH, M., HOWLETT, M., & Fritzen, S. (2014). Guia de políticas públicas: gerenciando processos. <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2555/1/Guia%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20Gerenciando%20Processos.pdf>, Acessado em: 09.06.2023

O processo de construção do Currículo em Movimento do Distrito Federal a partir da criação da Base Nacional Comum Curricular

Autora: Manoela Vilela Araújo Resende¹

Resumo

Apesar de muitos estudos indicarem que os currículos estaduais foram revistos a partir da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), poucos analisam profundamente como se deu o processo de reformulação dos currículos e quão alinhados eles estão de fato à BNCC. Este artigo visa analisar o processo de revisão da segunda edição do Currículo em Movimento do Distrito Federal (2018), especificamente na parte de Língua Portuguesa para os 1º e 2º anos do Ensino Fundamental, conforme estabelecido pela BNCC. Foi realizada uma pesquisa documental com base na análise da BNCC e dos documentos curriculares do Distrito Federal. Os resultados revelam que houve poucas mudanças entre as duas edições do Currículo em Movimento no que se refere à Língua Portuguesa para os 1º e 2º anos do Ensino Fundamental. Os preceitos teóricos e filosóficos do currículo distrital permaneceram praticamente inalterados pela BNCC. Essa baixa adequação pode ser atribuída a uma possível resistência dos principais atores educacionais do Distrito Federal em relação à BNCC. Este estudo evidencia que, no caso do Distrito Federal, um mecanismo crucial para a implementação da BNCC – o currículo – não foi significativamente alterado para se adaptar à Base, o que compromete a promoção de uma maior equidade na aprendizagem dos estudantes brasileiros.

1. Introdução

Em 2017, foi criada a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) da Educação Infantil e do Ensino Fundamental com o objetivo de garantir direitos de aprendizagem aos estudantes da educação básica para todo o território brasileiro. Esta garantia de aprendizagem foi concretizada por meio da elaboração de referenciais curriculares pelas redes de ensino (estaduais e municipais) alinhados à BNCC. No caso das redes que já possuíam documento curricular, foi necessária a adequação de acordo com o que está previsto na BNCC. Este foi o caso do currículo do Distrito Federal (DF). O DF possuía desde 2014 o Currículo em Movimento (CeM) e quatro anos depois o documento curricular foi reformulado.

¹ Doutora em Ciências da Educação pela Universidade de Coimbra e Universidade de Brasília (cotutela).
ID: <https://orcid.org/0000-0001-7535-9438>

Apesar de existir um grande número de pesquisas sobre a criação da BNCC (Cortinaz, 2019; Costa, 2022; Dalmon & Meira, 2021; Luiz Fernandes Dourado & Oliveira, 2018), inclusive com análises quantitativas e numéricas de quais redes elaboraram seus referenciais curriculares alinhados à Base (Paula & Silva, 2021; Paula, 2020) e sobre o processo de implementação (Burgos et al., 2024), faz-se necessário um debate mais aprofundado. Importa analisar como se deu o processo de adequação dos currículos estaduais à Base e em que medida os princípios da BNCC estão refletidos nos documentos curriculares estaduais.

O presente artigo tem como objetivo compreender a adequação do Currículo em Movimento do Distrito Federal para os anos iniciais do Ensino Fundamental à Base, os atores envolvidos e analisar se há correspondências principiológicas entre os dois documentos. Para tanto, o artigo busca responder à seguinte questão: como aconteceu o processo de adaptação do currículo em Movimento à BNCC e quais mudanças curriculares esta alteração ensejou no ensino de Língua Portuguesa para os 1º e 2º anos do Ensino Fundamental?

Para responder a esta pergunta, recorreremos ao esquema teórico e metodológico proposto por Stephen Ball e colaboradores para a análise de reformas educacional. Segundo a abordagem do ciclo da política (Bowe et al., 1992), uma política educacional se divide em três momentos não lineares e não sequenciais: o contexto da influência, o contexto da produção de texto e o contexto da prática. Nesta pesquisa, daremos enfoque, por meio de levantamento bibliográfico e análise documental, ao contexto da produção de texto, quando são escritas as normas e regras que guiarão a implementação e os desdobramentos de determinada intervenção no contexto da prática.

O artigo se divide em cinco partes, além desta introdução. Na primeira, apresentamos o referencial teórico no qual o estudo se assenta. Em seguida, expomos a metodologia aplicada no estudo. Em terceiro lugar, os resultados encontrados, seguidos da discussão e, por fim, a conclusão.

2. Referencial Teórico

Reformas curriculares: o contexto da produção de texto de Stephen Ball

Nas últimas décadas, diferentes países adotaram reformas educacionais para enfrentar os desafios relacionados à educação. Essas reformas geralmente levaram a alguma mudança curricular sob as seguintes justificativas: melhorar a qualidade educacional e das práticas

docentes (Cohen & Ball, 1999; Kauffman et al., 2002); promover maior equidade entre os diferentes estudantes (Priestley & Biesta, 2013); aumentar a coerência entre os vários documentos curriculares de um sistema educacional (Honig & Hatch, 2004; Oates, 2011); e garantir que o currículo seja relevante para os estudantes do século XXI (Priestley & Biesta, 2013).

A reforma curricular, entendida aqui como um tipo de política educacional, pode ser analisada a partir do constructo metodológico desenvolvido por Stephen Ball e colaboradores em 1992. Segundo esses autores, a política educacional é organizada em um ciclo composto por três etapas não sequenciais nem lineares: o contexto da influência; o contexto da produção do texto e o contexto da prática (Bowe et al., 1992), conforme ilustrado na Figura 1 a seguir.

Figura 1: Contextos da formulação de políticas



Fonte: Elaboração própria com base em Bowe et al (1992)

O contexto da influência é onde normalmente a política pública começa e onde as partes interessadas disputam para influenciar a definição e os objetivos da reforma proposta. Esta arena de influência se baseia em redes sociais dentro e fora do governo, dos partidos políticos e do processo legislativo (Bowe et al., 1992).

O contexto da produção do texto ocorre quando as políticas educacionais se concretizam em documentos normativos (leis, regulamentos e portarias), explicitando a visão e os objetivos dos formuladores de políticas. Nesse estágio, estabelece-se a base da política, desencadeando uma série de eventos subsequentes que incluem a tradução da política em práticas concretas dentro das escolas e salas de aula. As respostas a esses textos sempre terão consequências reais, que se manifestam no contexto da prática (Bowe et al., 1992).

Finalmente, é no contexto da prática que a política se concretiza. No entanto, ela não é simplesmente recebida e implementada, mas está sujeita a interpretações. Os profissionais não recebem os textos das políticas como leitores neutros, pois trazem suas experiências e valores como agentes responsáveis pela implementação (Coburn, 2004; Spillane et al., 2002; Stosich, 2015). Considerando o contexto da produção do texto, apresentaremos a seguir o processo de elaboração do Currículo em Movimento do Distrito Federal após a homologação da Base Nacional Comum Curricular pelo Ministério da Educação.

BNCC

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) referente à educação infantil e ao Ensino Fundamental foi criada em 2017 pelo Ministério da Educação com o objetivo de estabelecer as competências (gerais e específicas), as habilidades e as aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver durante cada etapa da educação básica – Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio (Brasil, 2018). A BNCC visa garantir que todos os alunos, independentemente de sua localização geográfica ou contexto socioeconômico, tenham acesso aos mesmos direitos de aprendizagem. A criação da BNCC decorreu, entre outros fatores, da criação do Plano Nacional de Educação (PNE) 2014 - 2024, que estabeleceu diretrizes e metas para a educação nacional durante os dez anos da sua vigência², incluindo a elaboração de currículos que assegurassem a equidade e a qualidade do ensino (Brasil, 2014).

A proposta da BNCC é baseada em um currículo por competências: um conceito que vem ganhando destaque em reformas educacionais ao redor do mundo (Sacristán, 2008). O foco nas competências visa preparar os alunos para enfrentar os desafios do século XXI, promovendo o desenvolvimento integral do estudante. Segundo Brasil (2018), a BNCC busca promover uma educação integral, que considere o desenvolvimento cognitivo, emocional e social dos alunos. A ênfase no desenvolvimento de competências gerais e específicas é vista como uma forma de preparar os estudantes para os desafios de um mundo em constante mudança, promovendo a formação de cidadãos críticos, autônomos e capazes de contribuir para a sociedade de maneira significativa (Alves Guimarães et al., 2023). Entre os defensores da abordagem curricular baseada em competências, tem-se a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) (Damião, 2019; Silva & Fernandes, 2019). A OCDE, desde o início dos

² Em 2024, a vigência do PNE foi prorrogada até dezembro de 2025.

anos 2000, tem elaborado documentos que reforçam a importância de que o currículo traga competências que ajudem o estudante a lidar com os desafios do futuro (OCDE, 2019).

No entanto, essa abordagem não está isenta de críticas. Alguns pesquisadores (Costa, 2018; Damião, 2019; Lopes, 2001; Sacristán, 2008), argumentam que um currículo baseado em competências pode reduzir a educação a uma mera preparação para o mercado de trabalho, negligenciando aspectos mais amplos da formação humana. A ênfase nas competências pode levar a uma padronização excessiva e a uma desvalorização dos contextos locais e das especificidades culturais, além de potencialmente limitar a criatividade e o pensamento crítico dos alunos

Outro aspecto sobre a formulação da BNCC tem relação com o envolvimento, além do governo, das instituições não-governamentais ligadas a grupos empresariais (Avelar & Ball, 2017). Ainda que houvesse previsão em normativos legais (Constituição Federal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e Plano Nacional de Educação) sobre a criação de uma base curricular, o terceiro setor tratou de participar ativamente na construção da Base por meio de recursos materiais (como viagens e eventos); produção de conhecimento (especialmente na tradução de materiais curriculares provenientes de outros países); poder midiático (sobretudo na tentativa de pautar positivamente o debate sobre a BNCC); redes informais e formais (Costa, 2022). O último aspecto, relacionado à formação de redes, é talvez onde tais instituições mais tenham contribuído, ao mobilizar equipes para percorrer os diferentes territórios brasileiros sobre a importância de uma base curricular (Tarlau & Moeller, 2020).

Após quatro anos de discussão, em abril de 2017 o Ministério da Educação entregou ao Conselho Nacional de Educação (CNE) a versão final da base que, após a manifestação favorável pelo CNE, foi homologada pelo MEC em dezembro daquele mesmo ano. A terceira versão trazia apenas os direitos de aprendizagem referentes à Educação Infantil e ao Ensino Fundamental, uma vez que a Lei 13.415/2017 (fruto da conversão em Lei da Medida Provisória 746/2016) que criava o novo ensino médio acabara de ser votada no Parlamento. Após a homologação do documento pelo Ministério da Educação, as redes de ensino no Brasil começaram o esforço de elaborar seus respectivos documentos curriculares à luz daquilo que estabelecia a BNCC.

Para tanto, as redes ficaram incumbidas de: (i) definir um referencial curricular a partir do currículo pré-existente ou a elaboração de um novo; (ii) realizar uma formação introdutória aos professores, apresentando as mudanças do novo referencial; (iii) atualizar os Projetos

Pedagógicos das escolas; e, por fim, (iv) revisar iniciativas locais de materiais didáticos e avaliação, de modo a alinhá-los também ao novo referencial curricular (Movimento pela Base, 2020).

Assim, em abril de 2018 o Ministério da Educação lançou o Programa de Apoio à Implementação da Base Nacional Comum Curricular (ProBNCC), com o objetivo de apoiar as redes na revisão/elaboração e implementação de currículos alinhados à Base, em regime de colaboração entre estados, Distrito Federal e municípios (Movimento pela Base, 2020). A adesão era voluntária e os 27 estados da federação aderiram.

O programa tinha dois objetivos: (i) a publicação de um documento curricular estadual alinhado à BNCC para ser utilizado pelas redes estadual e municipais (ciclo I³) e formação de professores e de revisão dos projetos pedagógicos das escolas (ciclo II). O ProBNCC inicia, assim, o início da implementação da base nacional comum curricular no território brasileiro.

Currículo em Movimento

A Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal (SEEDF) aderiu ao ProBNCC ainda em 2018, marcando o início⁴ da revisão do Currículo em Movimento (CeM) do Distrito Federal, cuja primeira edição fora publicada em 2014, para alinhá-lo aos novos parâmetros estabelecidos pela BNCC. Como contrapartida, o DF recebeu R\$ 1,57 milhão de reais (Takeuti, 2021). Além desse valor, foram disponibilizadas bolsas aos membros escolhidos para compor a equipe de adequação curricular na Subsecretaria de Educação Básica (Subeb) no valor mensal de R\$1.100,00 (Takeuti, 2021).

Nota-se, portanto, que no caso distrital, optou-se pela redefinição curricular a partir do documento pré-existente. A primeira edição do currículo distrital data de 2014 e foi elaborada com forte participação da comunidade escolar e se ancorava nos pressupostos da teoria Pedagogia Histórico-Crítica e da Psicologia Histórico-Cultural (Distrito Federal, 2018).

³ Em julho de 2024, as 27 unidades federativas brasileiras já tinham elaborado seus referenciais curriculares alinhados à BNCC e 99% dos municípios homologaram seus currículos também alinhados à BNCC (Movimento pela Base, 2024).

⁴ Segundo Takeuti (2021), ainda em 2016 iniciou-se um movimento no DF para entender a reforma proposta pela BNCC.

De acordo com a literatura consultada, a reformulação do currículo distrital a partir da BNCC foi marcada por três aspectos principais: (i) a celeridade (Takeuti, 2021); (ii) a resistência (Costa, 2022; Takeuti, 2021); (iii) e a baixa participação dos principais atores (Costa, 2022).

Primeiramente, nota-se que, diferentemente da primeira edição do Currículo em Movimento cujo processo de elaboração levou aproximadamente quatro anos (Costa, 2022), a adequação do CeM à Base foi caracterizada por um processo acelerado. O início se deu em fevereiro de 2018, quando a Secretaria de Educação aderiu ao ProBNCC e foi concluído em dezembro de 2018 com a aprovação da segunda edição do CeM.

Segundo Takeuti (2021), a necessidade de cumprir os prazos estipulados pelo MEC pressionou a SEEDF a revisar rapidamente o currículo. Este ritmo acelerado impactou a profundidade e a qualidade das discussões, conforme explicita a Coordenadora de Anos Iniciais responsável pela revisão entrevistada por Takeuti (2021): "O tempo realmente foi desumano, porque foi muito corrido, muito corrido [...]. Eu acho que se o tempo tivesse sido maior, teria sido muito mais tranquilo. A gente poderia ter feito com mais tranquilidade, talvez a gente pudesse ter ouvido mais ainda os professores, (Takeuti, 2021, p. 99).

Em segundo lugar, a baixa participação da comunidade escolar foi outro ponto de debate durante a reformulação. Embora a Secretaria de Educação tenha instituído encontros formativos, reuniões e plenárias para promover a participação, muitos educadores sentiram que suas contribuições não foram suficientemente consideradas nas decisões finais. Essa percepção de "pseudoparticipação" (Costa, 2022) foi criticada por gestores e professores, que apontaram a necessidade de uma maior valorização das experiências e do conhecimento acumulado pela rede de ensino local (Takeuti, 2021; Silva, 2021).

Os depoimentos coletados por Takeuti (2021) indicam que a segunda edição do CeM foi vista como menos democrática, com uma redução significativa na participação dos atores locais. Essa diminuição na participação foi atribuída a um processo de consulta pública menos efetivo e a uma implementação mais centralizada, que contrastou com o modelo colaborativo adotado na primeira edição do currículo. Segundo o relato: "A consulta pública foi meio frustrante pra gente porque a participação foi bem aquém do esperado [...] Eu não lembro de cabeça os números, mas foi pouquíssimo representativa" (Takeuti, 2021, p. 135).

Por fim, a terceira característica que marca a produção da segunda edição do CeM no Distrito Federal foi a resistência dos atores envolvidos. Esta resistência se deu em razão da orientação tecnicista e pragmática da BNCC (Martins, 2022), mas também pelas diferentes bases teóricas entre o CeM e a Base (Takeuti, 2021). Se por um lado, a BNCC propunha uma abordagem baseada em competências e habilidades, por outro lado, o currículo distrital tinha dois pressupostos teórico-pedagógicos: a Pedagogia Histórico-Crítica e a Psicologia Histórico-Cultural (Distrito Federal, 2018; Silva, 2016). A pedagogia histórico-crítica “esclarece a importância dos sujeitos na construção da história, os quais são formados nas relações sociais e na interação com a natureza para a produção e a reprodução de sua vida e de sua realidade, estabelecendo relações entre os seres humanos e a natureza (Silva, 2016, p. 242). Já a Psicologia Histórico-Cultural “[...] destaca o desenvolvimento do psiquismo e das capacidades humanas relacionadas ao processo de aprendizagem, compreendendo a educação como fenômeno de experiências significativas organizadas didaticamente pela escola” (Silva, 2016, p. 244)

Assim, ambas as correntes teóricas compreendem a aprendizagem como algo coletivo, que se dá a partir de interações do estudante com o mundo, a linguagem, outros estudantes, favorecendo ao processo de humanização do estudante (Silva, 2016). Já o currículo com foco em competência, estaria mais preocupado com a solução de problemas do mundo real e busca atender a necessidades mercadológicas (Andrade & Paiva, 2011).

Tendo em vista o embate entre as duas visões curriculares (pedagogia histórico-crítica e a psicologia histórico-cultural de um lado, e habilidades e competências de outro) a comunidade escolar do DF optou por manter os princípios basilares na construção do Currículo em Movimento em 2018, mantendo a mesma concepção teórica e filosófica da versão de 2014. Tal resistência à mudança das bases filosóficas aconteceu em razão da percepção de que o currículo de 2014 foi desenvolvido de forma democrática e colaborativa, o que foi considerado um avanço significativo para a rede pública de ensino do DF.

Costa (2022) menciona ainda que outro ponto de resistência está ligado a influência que instituições privadas e movimentos educacionais, como o Movimento pela Base Nacional Comum e a Fundação Lemann, exerceram na elaboração da Base. Como esses atores desempenharam um papel significativo na orientação e suporte técnico e financeiro para a implementação da BNCC, a rede pública do DF teria tido o papel de resistir a tal mudança, reforçando a necessidade de garantir que a educação fosse um bem público, voltada para o

desenvolvimento integral dos estudantes e não apenas para atender às demandas do mercado de trabalho (Paula & Silva, 2021)

Tendo em vista o exposto, a reformulação do Currículo em Movimento do DF a partir da BNCC representa um esforço complexo e multifacetado para alinhar as diretrizes nacionais com as necessidades e contextos específicos das escolas locais. Apesar das resistências e desafios, esse processo também oferece uma oportunidade para fortalecer a educação no DF, promovendo uma formação mais equitativa e de qualidade para todos os estudantes.

3. Metodologia

A presente pesquisa adota uma abordagem qualitativa, buscando compreender os processos e as nuances envolvidos na reformulação do Currículo em Movimento (CeM) do Distrito Federal à luz da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) e também no alinhamento curricular entre os dois documentos para a parte de Língua Portuguesa referente aos 1º e 2º anos. Este estudo é de natureza descritiva e exploratória, focado em descrever e analisar os documentos que detalham o processo de reformulação do CeM à BNCC. O objetivo é entender como se deu o contexto da produção do currículo distrital após a criação da Base.

A coleta de dados foi realizada por meio da análise documental, que envolveu a identificação, seleção e revisão de documentos relevantes. Os documentos foram selecionados com base em sua relevância para o processo de reformulação do CeM e sua relação direta com a implementação da BNCC.

Os dados foram analisados por meio da análise de conteúdo (Bardin, 2015), que envolve a codificação, categorização e interpretação dos dados textuais. A análise de conteúdo permitiu identificar temas recorrentes e padrões nos documentos, proporcionando uma compreensão aprofundada das dinâmicas envolvidas no processo de reformulação curricular. A partir da análise do material coletado chegou-se aos resultados que serão apresentados a seguir.

4. Resultados

Ao analisar a segunda edição do Currículo em Movimento nos é informado, ainda na introdução, que o currículo referente à educação infantil e ao Ensino Fundamental teve suas matrizes curriculares alteradas⁵ em razão da “universalização da organização escolar em ciclos⁶

⁵ A parte referente ao Ensino Médio do currículo do Distrito Federal foi alterada em dezembro de 2020.

⁶ As redes de ensino fundamental se organizam em dois ciclos, sendo o primeiro do 1º ao 5º ano e o segundo do 6º ao 9º.

para as aprendizagens na rede pública de ensino em 2018” (Distrito Federal, 2018, p. 8). Os ciclos de aprendizagem estruturam a organização do ensino em blocos plurianuais de dois ou três anos de duração. Com isso, o estudante que não alcança os objetivos de aprendizagem previstos em cada ciclo só pode ser retido ao final desse período.

Feita a justificativa da alteração curricular em razão da organização escolar por ciclos, o documento em seguida afirma que outro motivador para a alteração das matrizes curriculares foi a homologação da BNCC e a adesão da SEEDF ao Programa de Apoio à Implementação da BNCC, o ProBNCC. Essa alteração garantiria aos estudantes do DF os mesmos direitos de aprendizagem assegurados aos demais estudantes brasileiros. Apesar de ter havido menção à BNCC, o documento traz na sequência:

“No processo de construção da 2ª edição do Currículo para o Ensino Fundamental, a partir de discussões realizadas por professores de todos os componentes curriculares, como também das modalidades da Educação Básica, e diversos outros profissionais da educação, **optou-se por manter as concepções teóricas e os princípios pedagógicos da 1ª edição do Currículo em Movimento**: formação para Educação Integral; Avaliação Formativa; Pedagogia Histórico-Crítica e Psicologia Histórico-Cultural; Currículo Integrado; Eixos Integradores (para os Anos Iniciais: Alfabetização, Letramentos e Ludicidade; e, para os Anos Finais: Ludicidade e Letramentos) e Eixos Transversais (Educação para a Diversidade, Cidadania e Educação em e para os Direitos Humanos e Educação para a Sustentabilidade). Também **primou-se pela manutenção da estrutura de objetivo de aprendizagem e conteúdo por entender que esses são elementos que corroboram os pressupostos teóricos assumidos enquanto fundamentos de currículo da SEEDF.**” (Distrito Federal, 2018, p. 8) (grifo nosso).

Ou seja, a estrutura atual do CeM mantém as concepções teóricas e metodológicas da primeira edição. A edição de 2014 foi a referência para a construção do novo currículo, mas “a pedra fundamental para todas as ações relativas à revisitação curricular consistiu em um estudo comparativo, entre os elementos dispostos nas matrizes curriculares do Currículo em Movimento da Educação Básica e as competências e habilidades propostas pela BNCC” (Parecer nº 206/2018-CEDF, 2018, p. 4).

O próprio documento curricular informa que as principais mudanças entre as 1.ª e 2.ª edições são: (i) unificação dos objetivos de aprendizagem dos anos iniciais e finais em um apenas um currículo; (ii) objetivos e conteúdos dispostos por ano; (iii) inserção dos conhecimentos essenciais trazidos pela BNCC não contemplados na edição anterior do Currículo em Movimento ou transferência dos objetivos e conteúdos para os anos em que eles são apresentados na Base;

(iv) ampliação dos elementos locais nos objetivos de aprendizagem; (v) abordagem da cultura digital; e (vi) progressão dos objetivos de aprendizagem para que os impactos ocorridos nos processos de transição entre os anos seja minimizado (Distrito Federal, 2018).

A dubiedade com a qual a BNCC é representada no CeM está presente ao longo do texto. Ora se afirma que as adequações foram necessárias para contemplar os conhecimentos essenciais trazidos pela BNCC, ora a influência da Base no texto curricular do Distrito Federal é minimizada e afirma-se que as bases teóricas e metodológicas do currículo distrital seguem inalteradas. Em que pese a influência que a BNCC possa ter exercido no documento, é nítido que o texto tem cautela em reconhecer tal adequação.

4.1 Currículo em Movimento: área do conhecimento Linguagem

Na estrutura do Currículo do DF para o Ensino Fundamental, cada uma das áreas do conhecimento (Linguagens, Matemática, Ciências Humanas e Ciências Humanas) pode ser trabalhada a partir de três eixos transversais, que se desdobram em eixos integradores para os anos iniciais (Alfabetização, Letramentos e Ludicidade) e anos finais (Ludicidade e Letramentos). Enquanto na BNCC os componentes curriculares se desdobram em objetos de conhecimento e posteriormente em habilidades, no CeM os eixos integradores são detalhados em objetivos e conteúdos.

Os objetivos que constam do documento se referem aos “objetivos de aprendizagem” que, segundo o Parecer número 206/2018 do Conselho de Educação do DF, são pautados nas Diretrizes Curriculares Nacionais de 2013 (Distrito Federal, 2018). Ainda segundo o parecer, o uso de diferentes nomenclaturas, como aprendizagem e conteúdo, para aquilo que a BNCC convencionou chamar de “habilidades” atende ao mesmo propósito: “a garantia das aprendizagens essenciais para uma formação básica comum” (Distrito Federal, 2018).

Assim, de acordo com a Secretaria de Educação do Distrito Federal, considerando as discussões com os professores e a consulta pública com a sociedade civil, decidiu-se manter a terminologia “objetivos de aprendizagem” e “conteúdo”, com o objetivo de “salvaguardar a identidade do documento em sua 2ª edição, atitude devidamente respaldada pelas DCN e demais normas que fundamentam a BNCC” (CEDF, 2018, p. 15).

O documento traz ainda que, para que o conjunto de objetivos de aprendizagens seja garantido, o currículo proposto deve ser “vivenciado e reconstruído no cotidiano escolar, sendo,

para tanto, imprescindível a organização do trabalho pedagógico da escola” (Distrito Federal, 2018, p. 9). Isso demonstra uma preocupação em assegurar que é no contexto da prática, da mesma forma que propunha Bowe et al., (1992) que o currículo será vivido e reconstruído.

4.2 Alfabetização no Currículo do Distrito Federal

Desde 2008, o Distrito Federal adota o Bloco Inicial de Alfabetização (BIA) na alfabetização dos estudantes das escolas públicas. O BIA estabelece que os três primeiros anos do Ensino Fundamental funcionem como um único bloco, em que os alunos não podem sofrer retenção, ainda que não tenham alcançado os objetivos de aprendizagem dos 1.º e 2.º anos (Distrito Federal, 2014). Com isso, a alfabetização se inicia no 1.º ano e se amplia e consolida ao final do 3.º.

A expectativa é de que no final do primeiro ano, o estudante seja capaz de ler e escrever um pequeno texto “com compreensão e encadeamento de ideias, a partir de contexto significativo, sem exigências das complexidades ortográficas” (Distrito Federal, 2018, p. 20); no terceiro ano ele deverá usar a escrita e a leitura em situações comunicativas reais (Distrito Federal, 2018). As práticas de linguagem envolvidas no ciclo de alfabetização no currículo distrital são: (i) oralidade; (ii) leitura e escrita; (iii) escrita e produção de texto; (iv) análise linguística e semiótica. Para cada uma das práticas de linguagem, existe um conjunto de objetivos e conteúdo.

Na BNCC, a prática de linguagem que diz respeito à alfabetização é a “Análise Linguística e Semiótica”, como essa mesma nomenclatura aparece na 2ª versão do Currículo em Movimento optamos por fazer a comparação dessa prática de linguagem.

Apesar da existência de divergências conceituais entre a BNCC e o CeM, ao comparar as 35 habilidades da prática de linguagem “Análise linguística/semiótica (alfabetização)” da BNCC dos 1.º e 2.º anos com as práticas de linguagem “Análise linguística/semiótica” dos 1.º e 2.º anos do currículo do Distrito Federal, nota-se que há uma equivalência significativa. No entanto, (e curiosamente) essa mesma correspondência existe entre as 1ª e 2ª versões do Currículo em Movimento do DF, ainda que, na 1ª versão anterior à Base, a nomenclatura fosse “Conhecimento Linguísticos articulados com os Textos” e não “Análise Linguística/Semiótica”, como é atualmente. O Quadro 1 compara os aspectos inéditos na parte de “Análise Linguística e Semiótica” e aponta que, dos 18 objetivos, apenas 4 são novos.

Quadro 1 – Comparativo da parte de alfabetização nas duas edições do Currículo em Movimento do Distrito Federal

Ano/Faixa	1º ano		2º ano	
	1ª edição	2ª edição	1ª edição	2ª edição
Prática de Linguagem	Conhecimentos linguísticos articulados com textos	Análise linguística/semiótica	Conhecimentos linguísticos articulados com textos	Análise linguística/semiótica
	Diferenciar as unidades linguísticas: letras, palavras, textos, números e outros símbolos	Diferenciar as unidades linguísticas: letras, palavras, textos, números e outros símbolos	Nomear e utilizar diferentes tipos de letras	Nomear e utilizar diferentes tipos de letras
	Conhecer o alfabeto, perceber a função das letras e reconhecer os diferentes tipos	Conhecer o alfabeto, perceber a função das letras e reconhecer os diferentes tipos	Compreender que as palavras são compostas por sílabas, registrando cada uma delas	Utilizar a consciência fonológica para relacionar fonemas e grafemas na leitura e na escrita*
	Desenvolver a consciência fonológica para relacionar fonemas e grafemas na leitura e na escrita	Desenvolver a consciência fonológica para relacionar fonemas e grafemas na leitura e na escrita	Perceber que todas as sílabas são constituídas por unidades menores e pelo menos por uma vogal	Compreender que as palavras são compostas por sílabas registrando cada uma delas
	Compreender, no mínimo, a estrutura silábica CV para ler e escrever palavras e pequenos textos	Perceber que todas as sílabas são constituídas por unidades menores e pelo menos por uma vogal	Utilizar a consciência fonológica para relacionar fonemas e grafemas	Compreender que todas as sílabas são constituídas por unidades menores e pelo menos por uma vogal
	Refletir sobre a função de determinadas palavras: verbos (como ação) e adjetivos, em contextos de uso oral*	Identificar rimas e aliterações em diferentes gêneros	Identificar e criar rimas e aliterações em diferentes gêneros	Identificar e criar rimas e aliterações em diferentes gêneros**
		Perceber as diferentes estruturas silábicas, para ler e escrever palavras e pequenos textos	Conhecer e usar fonemas que em nossa língua são grafados apenas por uma letra (p, b, t, d, f, v).	Reconhecer as diferentes estruturas silábicas, para ler e escrever palavras e textos
		Conhecer fonemas que em nossa língua são grafados apenas por uma letra (P, B, T, D, F, V)	Iniciar a compreensão e fazer uso de letras que têm mais de um som e que certos sons podem ser grafados por mais de uma letra*	Reconhecer fonemas que em nossa língua são grafados apenas por uma letra (P, B, T, D, F, V)**
		Identificar a função de determinadas palavras: verbos (como ação) e adjetivos, em contextos de uso oral*	Ler e escrever palavras e textos utilizando diversas estruturas silábicas	Identificar e fazer uso de letras que têm mais de um som e que certos sons podem ser grafados por mais de uma letra*
			Analisar na leitura e empregar na produção textual a segmentação adequada das palavras	Ler e escrever palavras e textos utilizando diversas estruturas silábicas
			Compreender a organização de ideias em parágrafos em produção de textos escritos em prosa em diferentes gêneros	Analisar na leitura e empregar na produção textual a segmentação adequada das palavras
			Escrever, revisar e reescrever textos, (com o auxílio do professor) em diferentes gêneros, considerando um ou mais aspectos de cada vez: coerência, coesão, pontuação, translineação, concordância nominal e verbal, adjetivação, pronomes pessoais	
			Refletir sobre a função de determinadas palavras: verbos (como ação) e adjetivos, em contextos de uso oral	

Legenda:



Texto presente na edição de 2014 que foi adotado integralmente em 2018

Fonte azul escuro: Texto que foi utilizado nas duas versões do currículo da mesma forma

Fonte preta *itálico*: Texto transferido do 2º ano (1ª edição CeM) para o 1º ano (2ª edição CeM)

Fonte vermelha: Texto inédito não encontrado em nenhuma parte da edição anterior do currículo

O quadro acima demonstra que a parte referente à alfabetização, nas duas versões do currículo, ficou praticamente inalterada, com apenas dois objetivos de aprendizagem inéditos: “Perceber as diferentes estruturas silábicas, para ler e escrever palavras e pequenos textos” (1º ano) e “Reconhecer as diferentes estruturas silábicas, para ler e escrever palavras e textos” (2º ano). Os dois fragmentos apresentados acima correspondem integralmente ao texto que consta da BNCC na prática de linguagem “Análise linguística/semiótica (Alfabetização)” da BNCC.

Tendo em vista a análise apresentada nesta seção, reforçamos que os documentos analisados parecem indicar que a adequação do CeM à BNCC foi conduzida de forma apressada e que, na prática, foram encontradas poucas mudanças substanciais entre as duas versões do CeM.

5. Discussão

Os dados apresentados evidenciam que foram realizadas pequenas alterações entre as duas edições do Currículo em Movimento para o Ensino Fundamental. A semelhança entre as edições, no que diz respeito à parte da alfabetização, demonstra que, apesar da mudança de nomenclatura de “Conhecimento Linguísticos articulados com os Textos” para “Análise Linguística e Semiótica”, exatamente como consta da BNCC, o comparativo deixa claro que, mesmo após a implementação da Base na rede pública do Distrito Federal, os objetivos de aprendizagem e o conteúdo relativos à alfabetização permaneceram tal como eram antes de 2018.

Assim como nas pesquisas de Silva (2021), notamos que o embasamento teórico e metodológico do CeM pouco foi impactado pela nova visão trazida pela BNCC. Diferentemente do que aconteceu com o currículo distrital do Ensino Médio, em que já na introdução afirma-se que, após a homologação da BNCC, teve início o processo de revisitação deste currículo e que o termo “BNCC” aparece cerca de 90 vezes no documento, não há a mesma convergência teórica entre a Base e o Currículo em Movimento para o Ensino Fundamental. Tampouco há no CeM a progressão de habilidades que existe na BNCC, em que a aquisição de uma habilidade depende da anterior.

Esta percepção de que o CeM do DF apresenta um “baixo grau de adesão” (Paula, 2020) à BNCC se coaduna com os achados de pesquisas recentes (Costa, 2022; Paula, 2020; Takeuti, 2021), especialmente no que tange ao processo de alfabetização (Silva, 2021; Silva, 2019). Costa (2022, p. 100) afirma que “em meio a dissensos visíveis e velados, a SEEDF permaneceu com sua proposta curricular amparada nas concepções teóricas fixadas desde a primeira edição do Currículo em Movimento (2014)”. Takeuti (2021) em estudo de campo para compreender o fenômeno da adaptação do CeM à BNCC traz as falas dos responsáveis por fazer a construção do novo currículo:

“Os objetivos de 2014 eram muito extensos e grandes, e ai gente quebrou, porque as vezes o conteúdo da Base pedia aquele conteúdo pra ser contemplado. E se a gente quebrasse o nosso conteúdo a gente conseguia contemplar aquela competência da Base [...]. A única coisa nova que entrou, da BNCC no currículo, foi componente curricular de dança. A linguagem de dança entrou em Artes, que não tinha, a gente tinha teatro, a

gente tinha artes visuais e a gente tinha música, que a música também foi uma das mais recentes né, que entrou pela LDB. E aí teve agora dança, que foi a única coisa nova... Tirando dança não teve escrita nova. [...] Então a gente teve que fazer algumas organizações, que não descaracterizaram o currículo. Reorganizou, mas contemplou aquilo que a Base pedia [...]. Então existiu transições dos anos, uma coisa de um ano foi pra outro ano. [...] Na verdade a gente não fala assim, que, “ah, isso saiu do currículo”, algumas coisas meio que migraram. Então estava no primeiro ano, foi pro segundo ou foi pro terceiro ano, então não teve assim, “ai, esse conteúdo desapareceu” [...] algumas coisa assim realmente saíram, que são conteúdos que o pessoal fala assim que já foi superado, que é um tipo de um conteúdo novo, que tem uma temática nova, que a própria academia ta inserindo como conteúdo novo - Coordenadora Distrital do CeM, 2020”. (Takeuti, 2021, p. 141)

“Não foram tantas mudanças assim não, isso é devido a um movimento que a gente teve muito grande, de 2010 a 2014, que envolveu toda a categoria para fazer a versão anterior do currículo. A gente tem muito orgulho dele ainda, então a ideia era mexer só se tivesse uma coisa absurda. Então o que a gente tinha que fazer era adequar às habilidades da BNCC -Redatora dos Anos Iniciais do CeM, 2020”. (Takeuti, 2021, p. 141).

Uma das hipóteses que podem justificar o baixo alinhamento do CeM à Base é o fato de que o processo de adequação foi curto. A exiguidade do período de reformulação foi marcada por uma forte pressão por parte do Ministério da Educação para que o currículo estivesse finalizado e impresso até o final do ano de 2018. Tal pressão se justificou por duas razões.

Primeiramente, as formações dos professores teriam início no ano seguinte à reformulação do currículo distrital. Assim, era necessário que o documento estivesse finalizado antes de as formações começarem⁷. Além disso, segundo Takeuti (2021), um dos principais constrangimentos à maior participação e envolvimento dos professores na reelaboração do currículo do Distrito Federal - juntamente com a questão dos prazos exíguos – foi porque professores recebiam apoio financeiro (bolsas de estudo) para participar dessa construção, enquanto que de outros professores era esperada uma participação voluntária.

⁷ Os indicadores relacionados ao ProBNCC no DF apontam que aproximadamente 9 mil professores realizaram a formação introdutória (em 2020, havia cerca de 29 mil docentes na educação básica do Distrito Federal). O programa ofereceu assistência financeira e técnica. A assistência financeira oferecida pelo programa destinou-se à contratação de assessoria de especialistas em currículo; logística para mobilização de eventos; discussões e formações e para a impressão de documentos para a discussão e elaboração dos currículos. Já a assistência técnica previu a oferta de ferramentas digitais para construção e adequação dos currículos; de um analista de gestão; materiais de orientação técnico-pedagógica e ações de alinhamento dos programas nacionais para com os estados e município.

Em segundo lugar, a pressão exercida pelo Ministério da Educação também se justificou pela troca de comandos dos governos federal e estaduais que aconteceu em janeiro de 2019, em razão das eleições realizadas ao final de 2018. Ambos os candidatos vencedores eram provenientes de partidos políticos de oposição⁸. Com isso, temia-se que a substituição gerasse uma descontinuidade e interrupção do processo de reorganização do CeM. A figura abaixo traz os principais marcos do processo de adaptação do CeM à BNCC, evidenciando a rapidez com a qual as discussões e trâmite aconteceram, especialmente quando se considera que a primeira versão do currículo distrital levou quatro anos para ser finalizada e entregue à comunidade escolar.

Ao analisarmos a linha do tempo do processo de reformulação do CeM, também se verifica tal celeridade. Em fevereiro de 2018 a secretaria de Educação do DF assinou um termo de adesão com o MEC relativo ao ProBNCC, em maio começou a escrita curricular e começaram as formações nas regionais de ensino e, em dezembro, o Conselho de Educação do Distrito Federal aprovou a 2ª edição do Currículo. Ainda que tenha sido com atrasos e com a prorrogação do período de consultas públicas, a data final do cronograma proposto pela Secretaria foi cumprida e em dezembro de 2018 foi aprovado o novo Currículo da Educação Básica do Distrito Federal para a Educação Infantil e Ensino Fundamental.

Não obstante a questão dos prazos apertados e da forte identificação dos docentes com a primeira edição do CeM decorrente de uma intensa participação dos professores, outro fator pode ter influenciado o baixo grau de adesão do currículo do Distrito Federal à Base Nacional Comum Curricular. Um terceiro aspecto que surge é: o fato de o DF ter um currículo prévio à BNCC já seria uma barreira à entrada de um novo referencial curricular. Takeuti (2021), ao trazer a fala de um coordenador do Programa de Implementação da BNCC no Ministério da Educação, confirma esta visão:

“O que acontece, é que a BNCC faz muito mais diferença para as Redes, pros sistemas que não tinham currículo. Então pro DF a BNCC não deveria fazer muita diferença porque ele já tinha seu próprio projeto pedagógico (Coordenador Geral do ProBNCC, 2020)” (Takeuti, 2021, p.141).

⁸ O candidato Jair Messias Bolsonaro (à época do Partido Social Liberal – PSL) foi eleito presidente da República em outubro de 2018 e Ibaneiz Rocha (Movimento Democrático Brasileiro - MDB) venceu a disputa eleitoral no Distrito Federal neste mesmo ano. Em 2022, o PSL se fundiu ao partido Democratas, formando o União Brasil.

A fala acima está associada à suposição de que para o DF, que já tinha um currículo próprio, a BNCC não gerou diferenças tão significativas quanto para outros estados, que não tinham esse documento. É fundamental saber se a existência prévia de um currículo local dificulta a implementação de reformas curriculares, conforme apresentou o discurso acima. Essa hipótese, no entanto, precisa ser validada em futuras pesquisas.

Por fim, diferentemente daquilo que consta da Base, o currículo distrital sequer menciona a possibilidade de antecipar o processo de alfabetização para o final do 2.º ano. Consideramos, assim como Paula (2020) que esta falta de adequação seja o principal elemento que demonstra o baixo grau de adesão entre a BNCC e o Currículo em Movimento.

Em resumo, tem-se que, no caso do Distrito Federal, a baixa adequação do CeM à BNCC pode ser explicada por três fatores: existência prévia de um currículo; identificação dos professores da rede com a edição anterior; e a gestão do processo de adaptação realizado pela Secretaria de Educação, especialmente quanto à celeridade na aprovação da segunda edição, contrariando o processo participativo e democrático que caracterizou a primeira edição do Currículo em Movimento. Explorar qual o fator (ou fatores) justificam este argumento é crucial para a compreensão dos mecanismos causais que levam à mudança educacional partindo de uma realidade educacional descentralizada, em que o governo federal formula políticas educacionais, mas a implementação está a cargo dos governos locais.

6. Conclusão

Este estudo destacou a complexidade e os desafios inerentes à reformulação do Currículo em Movimento (CeM) do Distrito Federal ao que estabelece a Base Nacional Comum Curricular (BNCC). Embora a BNCC tenha sido criada com o intuito de estabelecer competências e habilidades essenciais para a formação dos estudantes, a revisão do CeM no contexto do Distrito Federal foi marcada pela celeridade, por resistências e pela baixa participação da comunidade escolar (percepção de pseudoparticipação).

Tais elementos parecem apontar a necessidade de se considerar mais atentamente a participação dos principais atores envolvidos durante a implementação de reformas educacionais, bem como as ações necessárias para capacitar a comunidade escolar na política curricular a ser implementada.

A celeridade, a resistência e a “pseudoparticipação” resultaram em um currículo distrital pouco alinhado à BNCC. Este baixo alinhamento ocorre por dois motivos principais. Em primeiro lugar, uma “desarticulação” (Silva, 2021) entre os pressupostos epistemológicos dos dois documentos. Enquanto a BNCC propõe uma abordagem focada em competências e habilidades, o CeM se ancorava nos pressupostos da Pedagogia Histórico-Crítica e da Psicologia Histórico-Cultural, que valorizam a aprendizagem coletiva e a humanização dos estudantes. Em segundo lugar, no que tange às práticas de alfabetização, observa-se que o CeM não concretiza uma das principais inovações acarretadas pela Base: a noção de que a alfabetização deve acontecer predominantemente até o 2º ano do Ensino Fundamental.

A implicação desses resultados para a pesquisa sobre formulação e implementação política educacional são significativas. A celeridade na implementação de reformas pode comprometer a profundidade e a qualidade das discussões, enquanto a resistência dos atores locais pode refletir um descompasso entre as diretrizes nacionais e as realidades locais. Assim, políticas educacionais futuras devem buscar um equilíbrio entre diretrizes nacionais e as especificidades locais, assegurando a participação da comunidade escolar.

Para futuras pesquisas, sugere-se investigar qual o resultado da implementação da BNCC nas práticas docentes e na realidade escolar, bem como o processo de implementação em diferentes regiões do Brasil. Estudos comparativos entre diferentes estados podem oferecer *insights* sobre as melhores estratégias de implementação de currículos alinhados à BNCC.

7. Referências

Alves Guimarães, U., Gonçalves Do Amaral, A., Maria De Jesus Oliveira, A., Aparecida França, S., Aparecida Da Silva Cunha, G., & Cristina Machado, C. (2023). BNCC e Currículo Educacional por uma Educação de Qualidade. *RECIMA21 - Revista Científica Multidisciplinar - ISSN 2675-6218*, 4(12), e4124728. <https://doi.org/10.47820/recima21.v4i12.4728>

Andrade, J. de, & Paiva, L. G. de. (2011). *As políticas públicas para a educação no Brasil contemporâneo: Limites e contradições*. Editora UFJF.

Avelar, M., & Ball, S. J. (2017). Mapping new philanthropy and the heterarchical state: The Mobilization for the National Learning Standards in Brazil. *International Journal of Educational Development*, 64, 65–73. <https://doi.org/10.1016/j.ijedudev.2017.09.007>

Bardin, L. (2015). *Análise de Conteúdo* (1ª edição). Edições 70.

Baumann Burgos, M., Cunha Bellato, C., Neves Oliveira, G., & Junqueira Camasmie, M. (2024). Base Nacional Comum Curricular: Impacto sobre a cultura profissional e a forma escolar. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, 105, e5795. <https://doi.org/10.24109/2176-6681.rbep.105.5795>

Bowe, R., Ball, S. J., & Gold, A. (1992). *Reforming Education and Changing Schools: Case studies in policy sociology*. Routledge. <https://www.routledge.com/Reforming-Education-and-Changing-Schools-Case-studies-in-policy-sociology/Bowe-Ball-Gold/p/book/9781138220751>

BRASIL. (2014). *Lei nº 13.005, DE 25 DE JUNHO DE 2014*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm

Brasil. (2018). *Base Nacional Comum Curricular*. http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=79601-anexo-texto-bncc-reexportado-pdf-2&category_slug=dezembro-2017-pdf&Itemid=30192

Coburn, C. E. (2004). Beyond decoupling: Rethinking the relationship between the institutional environment and the classroom. *Sociology of education*, 77(3), 211–244.

Cohen, D. K., & Ball, D. L. (1999). *Instruction, Capacity, and Improvement* [Dataset]. American Psychological Association. <https://doi.org/10.1037/e382692004-001>

Cortinaz, T. (2019). *A construção da Base Nacional Comum Curricular (BNCC) para o Ensino Fundamental e sua relação com os conhecimentos escolares*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Costa, V. da. (2018). *Base Nacional Comum Curricular como política de regulação do currículo, da dimensão global ao local: O que pensam os professores?* Pontifícia Universidade Católica.

Costa, G. (2022). *Currículo em Movimento dos anos iniciais: Reformulação à luz da BNCC no Distrito Federal*. Universidade de Brasília.

Dalmon, D. L., & Meira, G. I. (2021). Coordenação e Indução de Políticas Educacionais: O Programa de Apoio à Implementação da Base Nacional Comum Curricular (ProBNCC). Em *Políticas e estratégias educacionais*. Mérida Publishers.

Damião, M. H. (2019). A que futuro conduz o “Currículo do Futuro”? Acerca da premência de inovar na educação escolar. *Revista Portuguesa de Pedagogia*, 53–1, 63–80. https://doi.org/10.14195/1647-8614_53-1_4

de Paula, A. V., & Silva, F. T. (2021). *O grau de adesão dos currículos subnacionais à BNCC*. 12(35), 33.

Distrito Federal. (2014). *Currículo em Movimento para Educação Básica—Ensino Fundamental Anos Iniciais (primeira edição)*.

Distrito Federal. (2018). *Currículo em Movimento do Distrito Federal*.

Honig, M. I., & Hatch, T. C. (2004). Crafting Coherence: How Schools Strategically Manage Multiple, External Demands. *Educational Researcher*, 33(8), 16–30. <https://doi.org/10.3102/0013189X033008016>

Kauffman, D., Johnson, S. M., Kardos, S. M., Liu, E., & Peske, H. G. (2002). “Lost at Sea”: New Teachers’ Experiences with Curriculum and Assessment. *Teachers College Record*, 104(2), 273–300. <https://doi.org/10.1111/1467-9620.00163>

Lopes, A. C. (2001). *Competências na organização curricular da reforma do ensino médio*. 27, 9.

Luiz Fernandes Dourado & Oliveira. (2018). Relato da resistência à instituição da BNCC pelo Conselho Nacional de Educação mediante pedido de vista e declarações de votos. Em M. A. da S. Aguiar & L. F. Dourado (Orgs.), *A BNCC na contramão do PNE 2014-2024: Avaliação e perspectivas*.

Movimento pela Base. (2020, dezembro 2). *O Programa de Apoio à Implementação da BNCC - ProBNCC*. Observatório Movimento Pela Base. <https://observatorio.movimentopelabase.org.br/o-programa-de-apoio-a-implementacao-da-bncc-probncc/>

Movimento pela Base. (2024). *Indicadores de currículos*. <https://observatorio.movimentopelabase.org.br/indicadores-curriculos-de-ei-ef/>

Oates, T. (2011). Could do better: Using international comparisons to refine the National Curriculum in England. *The Curriculum Journal*, 22(2), 121–150. <https://doi.org/10.1080/09585176.2011.578908>

OCDE. (2019). *OECD Future of Education and Skills 2030* (OECD Learning Compass). OECD. <https://www.oecd.org/education/2030-project/>

Parecer nº 206/2018-CEDF (2018). https://normativasconselhos.mec.gov.br/normativa/pdf/CEE-DF_2062018CEDFCurriculoBNCC.pdf

Paula, A. V. D. (2020). *BNCC e os currículos subnacionais: Prescrições indutoras das políticas educacionais e curriculares*. Universidade de Brasília.

Priestley, M., & Biesta, G. (Orgs.). (2013). *Reinventing the curriculum: New trends in curriculum policy and practice*. Bloomsbury Pub.

Sacristán, J. G. (2008). *Educar por competencias, ¿qué hay de nuevo?* Ediciones Morata.

Silva, A. K. da C. (2021). *A Base Nacional Comum Curricular e o Currículo em Movimento do Distrito Federal: Ruptura e/ou Continuidade no Ciclo da Alfabetização?* Universidade de Brasília.

Silva, E. F. da. (2016). O currículo da secretaria de educação do Distrito Federal: Construção coletiva. Em A. F. B. Moreira, M. A. da S. Aguiar, & I. C. Viana, *Currículo, tecnologias, conhecimento escolar, gestão da escola e história social das disciplinas* (Vol. 2, p. 239–247). Anpae.

Silva, M. A., & Fernandes, E. F. (2019). O projeto educação 2030 da OCDE: Uma bússola para a aprendizagem. *Revista Exitus*, 9(5), 271. <https://doi.org/10.24065/2237-9460.2019v9n5ID1108>

Spillane, J. P., Reiser, B. J., & Reimer, T. (2002). Policy Implementation and Cognition: Reframing and Refocusing Implementation Research. *Review of Educational Research*, 72(3), 387–431. <https://doi.org/10.3102/00346543072003387>

Stosich, E. L. (2015). *Learning to Teach to the Common Core State Standards: Examining the Role of Teachers' Collaboration, Principals' Leadership, and Professional Development* [Doctoral dissertation, Harvard Graduate School of Education]. <https://dash.harvard.edu/handle/1/14121780>

Takeuti, A. M. do N. (2021). *Adequação do Currículo do Distrito Federal para os Anos*

Iniciais do Ensino fundamental à Base Nacional Comum Curricular. UnB.

Tarlau, R., & Moeller, K. (2020). 'Philanthropizing' consent: How a private foundation pushed through national learning standards in Brazil. *Journal of Education Policy*, 35(3), 337–366. <https://doi.org/10.1080/02680939.2018.1560504>

A atuação do STF frente ao racismo institucional contra populações indígenas durante a Pandemia da COVID-19

*Anthony Toscano Tubbs, graduando em Direito pelo IDP e bacharel em Ciência Política pela UnB.
Marcos Vinícius Lustosa Queiroz, professor do IDP, doutor em Direito pela UnB e coordenador do Peabiru.*

LISTA DE FIGURA E GRÁFICO

FIGURA

Figura 1 - Relato.

GRÁFICO

Gráfico 1 - Dados de indígenas assassinados por ano (1995-2021)

RESUMO

O presente trabalho busca abordar o fenômeno do racismo institucional no contexto das populações indígenas no Brasil, especialmente durante a pandemia de COVID-19, destacada a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709 como um marco na busca pela proteção dos direitos desses povos. O estudo visa analisar o impacto do racismo institucional nas políticas governamentais e examinar como o Supremo Tribunal Federal (STF) atuou para enfrentar essa problemática, bem como sempre atuou na questão em períodos anteriores. Além disso, busca entender como a ADPF 709 influenciou a construção de políticas de combate ao racismo e a interpretação jurídica de racismo institucional. A pesquisa pretende contribuir para o entendimento do papel do judiciário na promoção da igualdade racial e na proteção dos direitos de grupos racialmente discriminados no Brasil.

Palavras-chave: STF, Racismo institucional, Povos Originários, Pandemia.

ABSTRACT

This paper seeks to address the phenomenon of institutional racism in the context of indigenous populations in Brazil, especially during the COVID-19 pandemic, highlighting the relevance of the Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709 as a milestone in the quest to protect the rights of these peoples. The study aims to analyze the impact of institutional racism on government policies and examine how the Federal Supreme Court (STF) has acted to address this problem, as well as how it has always acted on the issue in previous periods. It also seeks to understand how ADPF 709 has influenced the construction of policies to combat racism and the legal interpretation of institutional racism. The research aims to contribute to understanding the role of the judiciary in promoting racial equality and protecting the rights of racially discriminated groups in Brazil.

Keywords: STF, Institutional racism, Original peoples, Pandemic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AO PLANO DE TRABALHO.....	8
ETAPAS E CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO DO PLANO DE TRABALHO.....	10
COMPREENENDO A LÓGICA DO RACISMO INSTITUCIONAL.....	11
1.1. Genealogia Histórica do conceito de Racismo Institucional..	12
1.2. Racismo contra os afrobrasileiros nas políticas públicas.....	13
1.3. A contradição do universalismo.....	15
1.4. Racismo contra os povos originários.....	18
1.5. Racismo e poder judiciário.....	23
CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS.....	31

Introdução ao Plano de Trabalho

Desde a consolidação da colonização europeia, na segunda metade do século XVI, uma sequência de epidemias vêm ameaçando a existência de inúmeros povos originários ameríndios e, em muitos casos históricos, atingindo esse resultado.

O antropólogo Henry F. Dobyns define esse fenômeno como cataclismo biológico. Isto significa que, além de fruto do colonialismo, existe uma forma de racismo institucional que carece de entendimento nas discussões acadêmicas, apesar de haver indiscutível qualificação da natureza discriminatória, e muitas vezes planejada, da piora da saúde dos povos originários (LOURES, 2021).

As populações indígenas foram especialmente afetadas pelo racismo institucional no período da Pandemia da COVID-19, uma vez que o governo Bolsonaro adotou políticas excludentes e irrazoáveis. Contudo, diante da pressão da sociedade civil e do movimento indígena, o Supremo Tribunal Federal (STF) atuou para garantir os direitos dessas populações e combater o racismo institucional (GODOY, 2021; BAHIA e SILVA, 2022).

Durante a pandemia da COVID-19, diversas ações foram movidas pelo STF envolvendo populações indígenas. A primeira delas foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, movida pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), que pedia a adoção de medidas para garantir a proteção da saúde e dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia.

O relator da ADPF, ministro Luís Roberto Barroso, determinou diversas medidas, como a criação de barreiras sanitárias em terras indígenas, a garantia de acesso à água potável e alimentos, além da criação de um plano nacional de enfrentamento à COVID-19 voltado para as comunidades indígenas (BRASIL, 2021).

Como descrito, a ADPF 709 manifesta a possibilidade de uma política do governo federal direcionada ao combate da violação dos direitos dos povos indígenas durante a pandemia, que agravou o quadro de racismo institucional.

Segundo o advogado e filósofo Silvio Almeida (2019), o racismo institucional é uma forma de opressão social que se manifesta quando instituições adotam práticas ou políticas que agridem certos grupos raciais, sendo um ponto chave na articulação entre racismo estrutural e racismo individual. As nuances que o definem podem ser difíceis de identificar, mas exercem um impacto significativo na vida das pessoas que são alvo desse tipo de discriminação.

Segundo o Geledés, Instituto de Mulher Negra (histórica organização voltada à defesa dos direitos das populações negras), é possível definir o racismo como:

“uma ideologia que se realiza nas relações entre pessoas e grupos, no desenho e desenvolvimento das políticas públicas, nas estruturas de governo e nas formas de organização dos Estados. Ou seja, trata-se de um fenômeno de abrangência ampla e complexa que penetra e participa da cultura, da política e da ética. Para isso, requisita uma série de instrumentos capazes de mover os processos em favor de seus interesses e necessidades de continuidade, mantendo e perpetuando privilégios e hegemônias” (GELEDÉS, 2016).

Assim, o presente projeto pretende descrever o contexto social e institucional da ADPF 709 (incluindo as discussões paradigmáticas a respeito da definição do racismo institucional), bem como a mobilização social de setores da sociedade civil e do movimento indígena em torno da ação. Em sentido mais específico, busca-se verificar os desdobramentos, debates, políticas e outras decisões judiciais adotadas em decorrência da ADPF 709. Com isso, espera-se identificar o entendimento jurisprudencial acerca do cenário de omissão governamental, levantando-se, inclusive, a controvérsia sobre definição do supracitado cenário como políticas discriminatórias de extermínio.

Os métodos adotados são a pesquisa jurisprudencial e a pesquisa normativa, além de um mapeamento institucional das decisões adotadas pelo STF entre os anos de 2020 e 2022 sobre o enfrentamento da pandemia nas populações indígenas, identificando sinais e definições de racismo institucional.

Além disso, serão realizadas leituras para aprofundar o entendimento do campo do Direito e das relações raciais, em especial a definição de racismo institucional e como o enfrentamento ao racismo e o conceito deste termo são mobilizados pelo poder judiciário brasileiro, particularmente o STF.

Para tanto, a pesquisa será feita no âmbito do Peabiru (Núcleo de Pesquisa em História e Constitucionalismo da América Latina - IDP), coordenado pelo professor Marcos Queiroz em conjunto com os professores Rodrigo Portela Gomes e Fernanda Lima da Silva. Assim, o estudante acompanhará as discussões desenvolvidas no Grupo de Estudos sobre Jurisdição Constitucional, Desigualdade e Democracia, que é um dos componentes do Peabiru.

O objetivo geral da pesquisa é compreender a construção do conceito de racismo institucional por parte do poder judiciário brasileiro. Já os objetivos específicos são:

- a. Mapear as decisões mais recentes do STF que versam sobre racismo institucional contra as populações indígenas, em especial aquelas originadas na Pandemia da Covid-19.
- b. A partir da sentença da ADPF 709, entender como as decisões do STF geram efeitos na construção de políticas de enfrentamento ao racismo e se desdobram em outras decisões judiciais.
- c. Entender a repercussão jurídica de conceitos formulados pelos movimentos sociais e pela sociedade civil em torno do enfrentamento ao racismo e da promoção da igualdade racial, a exemplo dos conceitos de extermínio, genocídio, racismo estrutural e racismo institucional.

Espera-se contribuir para os estudos no campo do direito e das relações raciais, em especial no que se refere aos estudos sobre o poder judiciário. Da mesma forma, pretende-se verificar as possibilidades e limitações do judiciário na promoção da igualdade racial e na proteção dos direitos de grupos racialmente discriminados.

Etapas e Cronograma de Execução do Plano de Trabalho

Etapa 1 – Leitura dos textos, levantamento bibliográfico e leitura e fichamento de textos referentes ao campo do direito e das relações raciais, em especial definições sobre racismo institucional e sobre a presença da “raça” no contexto do poder judiciário.

Etapa 2 – Análise do contexto social e dos argumentos mobilizados na ADPF 709.

Etapa 3 – Comparar o disposto na ADPF 709 com os seus desdobramentos políticos e jurídicos, em especial as medidas que foram adotadas após a sentença e decisões judiciais posteriores.

Etapa 4 – Redação de versão preliminar do artigo.

Etapa 5 – Redação final

Compreendendo a Lógica do Racismo Institucional

Para compreender o contexto geral das relações raciais, e como permeiam o direito, faz-se mister investigar a origem do conceito de racismo institucional, sua aplicação comum no caso do racismo contra os afro brasileiros, a contradição do universalismo liberal e o invisibilizado racismo contra os povos originários.

As razões pelas quais assim se fundamentam o contexto em que o governo federal discrimina os povos originários em tempos de pandemia sob o uso do termo do ‘racismo institucional’ são as seguintes.

Não há como se falar dos eventos ocorridos durante a Pandemia de COVID-19 envolvendo as populações indígenas sem mencionar o subfinanciamento da FUNAI (que recebeu o orçamento mais baixo dos últimos 10 anos), a expedição da IN (Instrução Normativa) 09/2020, que regulariza propriedades não homologadas em terras indígenas (o que foi entendido como legalização da grilagem de terras), a alta de 61% de assassinatos de indígenas, a alta de invasão de terras indígenas de 137% (no ano de 2020) em comparação aos números do ano de 2018, 100 indígenas foram a óbito sem assistência de saúde, e 43 mil indígenas foram contaminados pela COVID-19, com 900 deles vindo a falecer em decorrência da doença (ROSCOE, 2021).

Isso tudo vindo de um governo cujo incumbente, desde seu mandato parlamentar, assumiu seu antagonismo com povos indígenas e uma aliança estratégica e perigosa com setores conservadores do extrativismo mineral, do agronegócio e grileiros de terras - que representam atores políticos de relevância na articulação do manejo de interesses do Estado em favor da acumulação econômica em detrimento da defesa do patrimônio cultural destes povos. Em relatório, foram mencionadas empresas ligadas a fazendas incidentes em terras indígenas como Bunge, Amaggi, Bom Futuro, e alguns setores econômicos, como produtores de grãos, carne, madeira, açúcar e etanol e frutas (BASSI, 2023).

Em relação aos setores do extrativismo ilegal (especialmente o garimpo) e da grilagem, há alguns fatos interessantes a serem compreendidos. Em 2021, das 226 terras indígenas demarcadas, cerca de 58 tiveram o registro de extração ilegal de recursos naturais. A mineração esteve presente em 44, e a grilagem em 33 delas. Existem, ainda, relatos de desvios de medicamentos reservados aos indígenas por parte de garimpeiros ilegais, e até denúncias de abusos sexuais (PRIZIBISCZKI, 2022).

Ainda entre 2019 e 2020, foi registrado um aumento de casos de malária, em 247% entre o povo Yanomami, no polo do rio Auaris. No mesmo período, a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) realizou uma pesquisa que identificou a concentração de mercúrio em níveis acima do estabelecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) nas mulheres

e crianças Yanomami das aldeias de Maturacá e Ariabu, no Amazonas. Os afetados pela concentração do mercúrio representaram 56% de toda a amostra do estudo (ANTUNES, 2022).

Outro fato interessante é o assassinato do indigenista Bruno Pereira e do jornalista Dom Phillips, em junho de 2022, no Vale do Javari. A remota região do Amazonas representa a segunda maior terra indígena do Brasil e é marcada por incursões do narcotráfico e da grilagem. Bruno, conhecido por ruralistas e constantemente ameaçado por garimpeiros e madeireiros, foi exonerado da Fundação Nacional do Índio (Funai) em 2019 pelo governo Bolsonaro (ALBUQUERQUE E GABRIEL, 2022).

As respostas da polícia e do próprio governo foram lentas e sujeitas à pressão da imprensa internacional e do STF. A 1ª Vara Federal Cível da Justiça Federal do Amazonas apontou para a omissão governamental em fiscalizar e proteger os territórios indígenas ao ter demorado para identificar o paradeiro dos corpos (COELHO É HIRABAHASI e COELHO, 2022; ORTEGA, 2022).

Meses depois, em janeiro de 2023, a Polícia Federal identificou o mandante do assassinato, que se tratava de uma figura temida na região que comandava um esquema ilegal de pesca (BIASETTO, 2023).

Diante desse quadro dantesco de continuidade do processo histórico colonial de genocídio dos povos originários, a ser melhor apresentado posteriormente, se discute a influência do racismo institucional no país, partindo da origem histórica do conceito, com seu recorte específico para a comunidade negra frente às dificuldades de incluí-la na democracia liberal diante do pressuposto minimalista da igualdade formal, a invisibilidade, e até resistência, de incluir os povos indígenas na discussão do racismo institucional e, por fim, a atuação histórica do poder judiciário frente às demandas dos povos indígenas.

1.1. Genealogia Histórica do conceito de Racismo Institucional

Souza entende o racismo institucional como o conjunto de políticas que, ainda que não suportadas por intencionalidade, arranjam formas de organização social desigual com base no critério étnico e racial. Contudo, a condição desse marcador social tem sido negada sistematicamente, apesar de estudos que apontam para o contrário. Alguns deles apontam para a racialidade como requisito fundamental para o advento de institutos essenciais da modernidade, como o Estado Nacional e a economia internacional (YELVINGTON, 2001; ANDREWS, 2004; WINANT, 2002).

Cita-se aqui Ali Kamel em seu livro *Não somos racistas*, assim como o de Demétrio Magnoli em seu livro *Uma gota de sangue*, que rejeitam a existência da racialidade como marcador político, econômico e social no Brasil.

Nesse sentido, Gilberto Freyre segue na mesma tese e ainda inova com a perspectiva de neutralização da raça com base no histórico social da miscigenação brasileira - que, organicamente, deveria integrar as diversas culturas - curiosamente, a tese em si sustenta a base do racismo colonial, subtipo de violência estrutural baseada na aculturação e apropriação da memória histórica e do patrimônio cultural, além de uma narrativa que Jackson (2009) aponta como ‘daltonismo racial’, ou *colorblindness* em que o marcador racial é convenientemente vedado a fim ocultar o racismo sistêmico.

Hamilton e Ture vincularam o racismo institucional ao colonialismo, entendendo que os aspectos da vida coletiva sujeitam os negros a uma condição marginal diante da hegemonia branca, manifestada no sistema - sejam valores, crenças, instituições de Estado, partidos, grupos de interesse. Vale destacar que a intencionalidade não é um

elemento relevante para a reprodução da violência estrutural, porque parte de um processo simbólico de desigualdade social.

Em 22 de abril de 1993, o jovem britânico Stephen Lawrence foi assassinado em Londres por motivo racial. Por negligência policial, não houve condenação ou resposta razoável do Estado sobre a questão.

O magistrado da *High Court of Justice* da Inglaterra e Gales, Sir William Macpherson emitiu um relatório, o Relatório Macpherson (1997) sobre o caso concreto, apresentando o conceito de racismo institucional, inaugurado primariamente pelas mobilizações afroamericanas dos anos 1960 e 1970 (em especial, o movimento Black Power), de forma inédita para a representação de uma autoridade de Estado.

A definição de racismo institucional de Macpherson, porém, não é completa e, apesar disso, foi amplamente explorada no Brasil (Suzana Kalckmann, Claudete Gomes dos Santos, Luís Eduardo Batista e Vanessa Martins da Cruz, Elias Sampaio e Andreia Beatriz Silva dos Santos).

Nela, considera-se, acertadamente, a não intencionalidade da prática, o fracasso coletivo, e o fenômeno de processos estruturais. Contudo, ignora-se a dimensão sistêmica, entendendo por ser motivo a ignorância, a falta de atenção, etc. Ignora-se que, no Caso Lawrence, um sistema racista atuou e tratou não por ignorância, mas pela operação correta da organização policial segundo o ordenamento jurídico existente.

1.2. Racismo contra os afrobrasileiros nas políticas públicas

Antes de analisar sobre o cenário sistêmico e estrutural das populações originárias quanto ao racismo, é importante entender como atua o cenário sistêmico e estrutural do racismo contra afrobrasileiras. Sua dimensão sociológica e jurídica permite que se possa analisar, em perspectiva comparada, as peculiaridades de cada comunidade. Afinal, apesar de se tratar da mesma questão, a historicidade das relações transmite repercussões diferentes para cada uma delas.

Grada Kilomba apresenta o racismo como uma ferida colonial, em que um trauma do sujeito negro persiste em um círculo infernal. O trauma da “Outridade” absoluta na relação com o sujeito branco. A ancestralidade da relação política é um dos símbolos consistentes da história nacional. Não existe Brasil sem a “Outridade”. A realidade é brutal e fatal: favelas, brutalidade policial, guerra contra as drogas, sistema penal e carcerário com um alvo de punição e reprovação prévia bem específico, relações de trabalho exploratórias, precariedade no transporte coletivo e nas escolas públicas, bem como dificuldade de acesso à saúde pública de qualidade, falta de saneamento básico e desproteção completa diante de desastres ambientais e climáticos (KILOMBA, 2008, p. 44).

Fanon percebe e teoriza que, na vivência negra, existe uma impureza que lhe é atribuída pelo pacto social em virtude da objetificação ancestral do colonialismo e da escravidão. A impureza bestifica e demoniza a imagem da pessoa negra, e trata de uma prática irracional que dificilmente se enfrenta com a instrumentalização de uma razão dogmatizada pelo sistema colonial com um discurso científico que, mesmo com as suas concessões paradigmáticas quanto ao reconhecimento da dignidade humana da pessoa negra, persiste a resistência sistemática do branco em não atribuir tal impureza (FANON, 2008 [1952], p. 103-120).

O retrato sociológico do quadro brasileiro evidencia a ‘percepção de impureza’ e o ‘trauma da Outridade’ em diferentes questões. No oitavo país mais letal do mundo, com mais de 40 mil assassinatos intencionais por ano, 77%

das vítimas são negras, segundo 16º Anuário Brasileiro de Segurança Pública e a Atlas da Violência 2021. Entre os mortos pela violência policial só no ano de 2021, 84% são negros, pelos dados da Rede de Observatórios da Segurança (CAMPOS, 2022; RIBEIRO, 2022; ACAYABA e ARCOVERDE, 2021).

Segundo a SEBRAE, durante o auge do período pandêmico, 65% dos empreendedores negros que solicitaram empréstimos tiveram seu crédito negado (EXAME, 2020).

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) IBGE, cerca de 76% das pessoas mais pobres no Brasil são negras, o que desemboca em outras situações complexas, como insegurança alimentar, falta de saneamento básico, falta de mobilidade urbana e distância urbana dos espaços comerciais e profissionais, além de maior exposição a desastres ambientais e fragilidades em situações de vulnerabilidade sanitária, como, por exemplo, uma pandemia (ONU, 2017).

Particularmente em relação à questão sanitária, existe uma deficiência na literatura das Ciências da Saúde quanto à temática da saúde da mulher negra. Segundo Werneck, existem apenas 24 artigos publicados na biblioteca SciELO desde 2008, sendo seis voltados para a área de saúde pública. A lacuna se justifica pelas restrições sutis e explícitas nas instituições acadêmicas que, em geral, não demonstram interesse pelo assunto. Contudo, tamanho desinteresse não se explica diante da evidente presença majoritária da comunidade negra entre usuários do Sistema Único de Saúde, fora os indicadores sociais pessimistas que apontam para a baixa qualidade de vida da mesma comunidade (WERNECK, 2016, p. 550).

Cabe ressaltar que o histórico de inserção da mesma pauta na agenda pública é bem recente. Após contínua mobilização do Movimento Negro e do Movimento de Mulheres Negras, somente com a Marcha Nacional Zumbi dos Palmares, de 1995, que se criou um grupo de ação governamental e articulação social, o Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra (GTI), que inseriu institucionalmente reivindicações importantes, como a inserção do quesito raça/cor na Declaração de Nascidos Vivos e de Óbitos; a criação do Programa de Anemia Falciforme (PAF), fortalecimento é extensão do então Programa de Saúde da Família até as comunidades quilombolas e uma atenção maior à doenças de origem genética presentes na comunidade (WERNECK, 2016, p. 537).

A partir daí, surgiram nos anos 2000, avanços significativos no sentido institucional da participação dos movimentos sociais e direção de políticas públicas orientadas para a questão. Em 2003, foi criado o Comitê Técnico de Saúde da População Negra, em 2004 e 2006, foram mobilizados os I e II Seminários Nacionais de Saúde da População Negra e, em 2005, foi criada de uma vaga para o Movimento Negro no Conselho Nacional de Saúde (CNS), em 2005, após 68 anos de existência desse conselho. Com isso, o mesmo conselho aprovou, no ano seguinte, a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN), que já vinha sendo discutida e idealizada desde a Conferência de Durban de 2001 (ONU).

A PNSIPN tinha como objetivo promover o acesso à saúde na comunidade negra e combater a violência e a discriminação racial, especialmente no ambiente de trabalho, além de identificar e apontar para demandas e indicadores sociais. A política também inseriu a interseccionalidade de gênero e raça, indicando para a saúde da mulher negra. Ela também foi inserida na Lei nº 12.288/2010. Apesar disso, houve uma resistência na própria gestão do SUS em relação à implementação da própria Política.

Em 2005, a Comissão de Determinantes Sociais em Saúde (CDS) da Organização Mundial de Saúde (OMS) apresentou como fator estruturante de hierarquização social associada a vulnerabilidades em saúde o racismo e o sexismo. Desse modo, o racismo é percebido em dimensões sistêmicas e dispositivas vinculadas a estruturas de poder

que produz diferentes elementos contextuais - incluindo na carga de doenças e taxas de mortalidade. Werneck define em três dimensões do racismo que impactam na comunidade negra: o institucional, o interpessoal e o internalizado. O racismo institucional está relacionado a formas 'organizativas, políticas, práticas e normas que resultam em tratamentos e resultados desiguais', o que implica em disparidades informacionais, escassez de recursos e acesso reduzido a políticas de qualidade. O racismo interpessoal se desdobra em condutas discriminatórias, intencionais ou não, o que resulta em negligência e desumanização. O racismo internalizado implica na dissolução interna de hábitos racistas, o que é incorporado em sentimentos e condutas.

Em 2002, Cooper, Hill e Powe definiram um modelo de reconhecimento de barreiras e mediadores da atenção em saúde para equidade racial e étnica, buscando promover a equidade assistencial à saúde. As barreiras variam entre elementos pessoais (como cultura, idioma, preferências, hábitos saudáveis e nível de renda) e estruturais (disponibilidade, agendamento, grau de organização e transporte). O modelo proposto pelos autores enfatiza a necessidade de intervenção na organização dos serviços de saúde para facilitar o acesso integral, além da importância dos mediadores, que incluem a qualidade de atuação dos profissionais de saúde, sua competência cultural e capacidade de respeito à diversidade racial e cultural, adequação do cuidado oferecido, eficácia do tratamento e grau de adesão dos usuários.

Desse modo, exige diagnósticos bem definidos por indicadores baseados em modelos, como o anteriormente citado, e instrumentos de ação institucional voltados para adaptação às necessidades de cada grupo - como as ações afirmativas. Uma rede informacional de monitoramento e avaliação é fundamental para estabelecer uma mudança na cultura do sistema de saúde em três níveis: acesso e utilização, processos institucionais internos e resultados das ações e políticas públicas.

Quanto ao acesso e utilização, a autora menciona algumas medidas, como: o diagnóstico das características da população segundo raça/cor e sexo/identidade de gênero; ampliação das redes do Sistema Único de Saúde, especialmente aquelas sob gestão pública estatal, nas regiões de maior presença de população negra; e estabelecimento de metas de cobertura para grupos populacionais excluídos.

Quanto a processos institucionais internos, exemplifica: adequação da infraestrutura de serviços às necessidades das mulheres negras e da população negra; desenvolvimento de processos de avaliação periódica da competência institucional para enfrentamento do RI; e estabelecimento de ações afirmativas para ampliação da participação de mulheres negras e para ampliação da diversidade cultural, racial e de identidade de gênero na gestão e nas equipes de trabalho, nos diferentes níveis de gestão: programas de qualificação, cotas, treinamento das equipes para maior aceitabilidade etc.

Quanto a resultados de ações e políticas públicas, Werneck exemplifica também: pactuação de metas sanitárias de redução da morbimortalidade segundo raça/cor, com ênfase na morbimortalidade de mulheres negras de diferentes idades, orientações sexuais, condição física e mental, território, entre outros, visando abarcar a totalidade dos grupos diferenciados de mulheres negras; ampliação das noções de direito pelas mulheres negras; e ampliação da participação de gestores e profissionais nas ações e políticas de eliminação do RI e das disparidades raciais e de gênero na saúde.

1.3. A contradição do universalismo

O contrato social oriundo da modernidade iluminista insiste num pacto de princípios universais que neutralizam as particularidades sociais em nome de uma generalização monista que pressupõe o nivelamento das faculdades racionais (de expectativas, potestades, interesses e desejos) como discurso de legitimidade para a pressuposição de uma igualdade formal, ainda que, contraditoriamente, esse mesmo pacto também admitia a violência colonial e racial da inferiorização étnica.

É contraditório arguir que todos são iguais em potestades enquanto dividem povos colonizadores e colonizados em civilizados e selvagens. Em julho de 1879, o humanista Victor Hugo, autor de obras como *Os Miseráveis* (1862) e *O Corcunda de Notre Dame* (1831), em apoio ao projeto neocolonialista europeu inaugurado nos anos 1890, declarou:

“O Mar Mediterrâneo é um lago de civilização; com certeza, não é por acaso que o Mar Mediterrâneo tem por um lado das suas margens o velho universo e no outro o universo ignorado, isto é, de um lado toda uma civilização, e do outro toda uma barbaridade. [...] A Ásia tem a sua história, a América tem a sua história, a própria Austrália tem a sua história que data do seu começo na memória humana; a **África não tem história; uma espécie de legenda vasta e escura a oculta.** Roma a tocou para fazê-la desaparecer; e quando achou que se livrou da África, Roma lançou sobre esta imensa morta, um dos seus epítetos que não se traduzem: *Africa Portentosa*. É o que é absoluto no horror. O brilho tropical, com efeito, é a África. Parece que ver a África, é tornar-se cego. [...] A África importa ao Universo. Tal supressão de movimento e de circulação obstrui a vida universal, e a evolução humana não pode mais se acomodar por muito tempo com um quinto do globo paralisado. Os Corajosos pioneiros arriscaram-se e, a partir dos seus primeiros passos, esta terra estranha tornou-se real. [...] Esta África selvagem tem apenas dois aspectos: povoada, é a **barbaridade**; deserta, é a crueldade, mas não se esconde mais. [...] No século dezenove, o Branco fez do Preto um homem; no século vinte, a Europa fará da África um mundo. Refazer uma África nova, tornar velha a África manejável à civilização, tal é o problema. A Europa o resolverá. Vão, Povos! Apropriem-se desta terra. Tomem-na. A quem? A ninguém. Tomem esta terra a Deus. Deus dá a terra aos homens. Deus dá a África à Europa. Tomem-na” (KOFFI, 2009).

Santos entende que a razão prática, o imperativo categórico e a paz perpétua de Immanuel Kant reproduz a lógica do *ius gentium* (direito das gentes), derivação de direito proto-internacional do Império Romano dedicado em ordenar o sistema colonial de Roma e distinguir o tratamento jurídico e político dos povos provincianos dos romanos (SANTOS, 2021).

A aceção de dignidade e igualdade do pacto social iluminista já era contraditória na origem, com a reação europeia aos processos emancipatórios das nações da América Latina, a exemplo de casos como Haiti (1804) e Brasil (1822), cujo manejo político da mesma classe revolucionária francesa e portuguesa buscavam frear a todo custo a independência política e econômica. No Brasil, cuja transição foi menos disruptiva que no Haiti, preservou-se a dinastia monárquica da metrópole e o regime escravista. Como aponta Marcos Queiroz:

“Diante das chamas nas plantations da até então chamada Pérola das Antilhas, a consciência branca planetária buscava tirar aprendizagens e soluções para evitar a repetição daqueles eventos. A principal “aprendizagem” era de que a França tinha errado na condução dos seus debates constitucionais. Os debates sobre direitos teriam incendiado a população “de cor” nas Antilhas, abrindo brecha para a união dos setores livres e escravizados. O universalismo constitucional tinha criado laços de solidariedade entre setores que haviam sido separados pela segmentação colonial. Assim, a “demagogia” dos direitos humanos, a grosso modo, teria operado como um significante a unir as demandas de pardos e pretos – de livres de cor e escravos. Demandas que

precipitariam num processo revolucionário abolicionista e, posteriormente, independentista, o qual só teria tido sucesso pela força demográfica e pela convergência momentânea de interesses dos setores não-brancos” (QUEIROZ, 2023).

Tal contradição colonial foi marcante e decisiva para fundar as desigualdades estruturais e institucionais cuja continuidade reforça mais que a afirmação de titulação e tutela constitucionais de direitos negativos que impõem um absentismo de danos ou interferências. É preciso garantir que as promessas de oportunidade sejam equânimes a todos e, para tal, faz-se mister que uma estrutura complexa de políticas de estado fundamentem o suporte a setores marginalizados da população, a exemplo das políticas de ações afirmativas.

Para Silvério, o debate sobre a política de ações afirmativas é equivocado por focalizar sobre a questão de sua aceitação/legitimidade, ao invés de se concentrar no fracasso de políticas universalistas e novas formas de inclusão efetiva a fim de estabelecer os aspectos do pacto social (SILVÉRIO, 2002).

Um elemento da política universalista criticado pelo autor é o princípio da igualdade, que impede o tratamento diferenciado sobre aqueles que são tratados de forma desigual pela sociedade. O elemento que mais demarca o cenário social, especialmente no Brasil, é a desigualdade, tendo como uma de suas categorias a racialidade. A marginalidade de um segmento importante da população e a distinção prestigiosa de outro segmento seguem critérios planejados e multifacetados, subsequentes de vários contextos políticos e históricos que demarcam a sociedade.

É importante entender, segundo o autor, a racialidade enquanto critério válido para dimensionar o cenário de desigualdades sociais a serem combatidas no campo das políticas públicas. Daí ele parte para uma paradigmática revisão sobre os aspectos sociais do liberalismo e suas limitações para corresponder com os desafios enfrentados. Citando Comparato, Silvério define as desigualdades sociais enquanto, não uma diferenciação coletiva ou individual relativos à identidade de um grupo ou um indivíduo, e sim uma relação de poder amparada na distinção hierárquica da dignidade e direitos de personalidade de grupos ou classes sociais.

Comparato conclui que o desprezo pelo trabalho físico, a aporofobia e a posse de empregados forma um contraste com os privilégios intelectuais e acadêmicos da elite. Dessa forma, um individualismo anárquico oriundo da herança ibérica é analisado como marcador importante, trazendo como ponto de solução uma receita liberal individualista não-anárquica, a educação. Isso traz uma distinção importante entre a visão de Comparato e Silvério, afinal, Silvério entende a raça como demarcador principal e traz uma análise institucional e sistemática, ainda que considere a proposta do liberalismo, considerado por ele como ‘autêntico’, como uma visão política que deu um ponto de partida para a discussão sobre o combate às desigualdades sociais.

Cabe ressaltar aqui que o liberalismo, mesmo em seus aspectos de origem, parte para uma discussão sobre a personalidade e a propriedade da burguesia. Uma amostra disso é o debate da Questão Social, ou soziale frage, inaugurada por volta de 1840, como reflexo da pauperização e exploração do trabalho dinamitados pela urbanização, industrialização e êxodo rural na Europa. Outro exemplo digno de nota é a realidade colonialista do Sul Global, com os continentes da África e Ásia sendo violentamente ocupados e explorados pelas potências europeias entre 1850 e 1960, e os países da América Latina (e até os EUA) lidando com o abolicionismo de forma conservadora e aproveitando a ambiguidade do universalismo liberal para excluir mulheres, escravos e outros grupos vulneráveis. Dessa forma, o discurso liberal, apesar de instigar um debate sobre as contradições materiais da sociedade, foi sistematicamente instrumentalizado para manter, e, muitas vezes, ampliar relações de poder que agridem direitos de personalidade e a dignidade humana.

O sistema de categorização racial brasileiro é único em sua forma por apresentar um marcador importante, o pardo. O pardo, ou moreno, torna o debate multipolar, abrindo espaço para debates sobre a desracialização e o embranquecimento da sociedade. O fenótipo, portanto, prevalece sobre o genótipo no processo de caracterização das relações de poder. Existem evidências que o governo de São Paulo subsidiou a imigração europeia e buscou impedir a profissionalização dos recém libertos.

Os aspectos políticos e sociais do fenótipo estão intrinsecamente relacionados à raça, o que estabelece uma marca que independe dos aspectos étnicos per si, em que valores são atribuídos a distinções raciais e perpetuados em todos os espaços sociais e culturais.

Somente a partir dos anos 1990 existe uma mudança paradigmática, reflexo da Redemocratização de 1985, com o surgimento de conselhos e planos regionais e federais de participação negra e combate à discriminação racial. O debate sobre as ações afirmativas é introduzido, ainda com certa resistência por conta do sistema de classificação racial brasileiro (que, como observado, é multipolar) e a dificuldade em racializar políticas públicas.

1.4. Racismo contra os povos originários

Apesar de persistente em todos os espaços do Poder Público, diante de diferentes tempos históricos, o emprego da expressão “racismo institucional” é ainda muito debatida. Devida a origem, já apresentada, no movimento negro, há quem, nos espaços acadêmicos, invisibilize a possibilidade interseccional do mesmo racismo permear outras culturas étnico-raciais com base na ancestralidade colonial, como o caso dos povos originários (MILANEZ et al, 2019)

Entretanto, não são raras as declarações, políticas e ações institucionais que tomam estes povos como ‘selvagens’ ‘crianças’ que devem desaparecer ou serem absorvidos pela sociedade brasileira. A violência colonial se manifesta de diferentes formas, em diferentes modalidades: no acesso à saúde, na invisibilidade e apropriação cultural, na reprodução de estereótipos imagéticos em ideologias ‘civilizadoras’, na continuidade da marcha colonial com o sertanismo, o garimpo ilegal, o agronegócio e grilagem, novas formas de cristianização e até mesmo trabalho escravo.

A identificação comum das comunidades originárias assume um aspecto pejorativo (‘índios’, ‘silvícolas’), atribuindo um ponto de vista eurocêntrico que universaliza uma pluralidade de culturas em uma só, percebidos como selvagens, isentos de culturas e memórias complexas e dignas de preservação, além de um simples erro histórico de colonizadores europeus que os confundiram com as chamadas ‘Índias Orientais’.

A invisibilização e apropriação são duas formas marcantes de reprodução dos mecanismos da cultura racista na medida em que incumbe aos povos indígenas a necessidade de atestar suas existências de forma constante, e repetitiva, a fim de frear os ímpetos coloniais. Essa forma de racismo existencial questiona a legitimidade e a historicidade de suas culturas, bem como o direito à soberania de seus territórios, o que vai ser de extrema relevância quando, posteriormente, aqui for apresentada a discussão sobre o marco temporal. Nas palavras de Kum Tum Akroá Gamela:

“A colonização é essencialmente a negação do outro, que vai dessa negação mais sutil, subjetiva, até a eliminação física, e aí eu tenho pensado assim: essa questão do genocídio começa quando os europeus chegaram aqui e disseram: “Não são nada, nem são gente, nem são humanos, que não têm fé, porque não tem lei, porque não tem rei. Então são o que? São nada”. Daí pra cortar a cabeça ou partir ao meio com um facão ou atravessar com uma bala não faz muita diferença, porque a morte já foi decretada, foi executada antes. Nós, indígenas, temos que conviver todo dia tendo que provar a existência, a vida, mas já com a morte decretada. É um negócio meio maluco a gente provar que está vivo, quando outros que estão no lugar do poder disseram

que você não existe mais. E o meu povo vem dessa experiência colonizadora, tentando compreender o porquê dessa ausência, uma ausência que, na verdade, foi sempre uma presença, porque a cara de índio ficou. Isso é uma forma de racismo institucional porque é uma decisão de Estado, do governo, que diz assim: “você não existe, meu irmão”. E o meu povo viveu isso. Uma decisão do Estado: “vocês não existem mais” (MILANEZ et al, 2019).

Em igual sentido, na obra de Giorgio Agamben, o conceito de *homo sacer* corresponde com a invisibilização colonial. Trata-se de conceito associado a uma noção atribuída a vidas descartáveis, indignas de perspectiva de direitos, e próprias de banimento, violência e morte (SANTOS, 2021, p. 557).

Segundo dados do CIMI, os números de assassinatos cometidos contra pessoas indígenas aumentou em 587% de 1995 a 2021, com uma crescente forte e insustentável desde 2014, como aponta o gráfico:

Gráfico 1 - Dados de indígenas assassinados por ano (1995-2021)



Fonte: CIMI, 2023.

Os contextos das tragédias são apresentados nos relatórios, com uma recorrência comum de casos como tensões fundiárias, violência sexual, abuso do consumo de álcool ou razões misteriosas. Existem casos comuns e recorrentes de disseminação de bebidas e drogas por não-indígenas, o que era uma estratégia ancestral dos tempos da colônia para colocar os povos originários em uma posição vulnerável. Veja o seguinte relato:

Figura 1 - Relato.

2020

POVOS: BANIWA, BARÉ, TUKANO, VÁRIOS POVOS

TERRA INDÍGENA: BAIXO RIO NEGRO 3

MUNICÍPIO: BARCELOS

LOCAL DA OCORRÊNCIA: Cumarú, São Luís, Manacauaca e Cauburis

DESCRIÇÃO: Lideranças relatam o aumento da disseminação de bebida alcoólica no período da pandemia por parte de não indígenas, moradores urbanos, que foram se refugiar nas comunidades e sítios dentro da TI Baixo Rio Negro III, levando bebida para vender aos indígenas. As bebidas alcoólicas passaram a ser consumidas de maneira habitual nas comunidades, aumentando as brigas e conflitos e promovendo a divisão nas comunidades e nas famílias. Isto afetou o respeito às lideranças, o diálogo e a convivência na comunidade, enfraquecendo a luta pela terra. A comunidade procurou a Coordenação Técnica Local da Funai, a Polícia Militar e vereadores, porém nenhuma medida foi tomada.

MEIO EMPREGADO: Omissão e negligência do poder público

Com informações de: Lideranças; Cimi Regional Norte 1

Fonte: Cimi, 2020.

Outras diversas formas de violência são apresentadas nestes relatórios do CIMI, como conflitos territoriais, crimes violentos e atentatórios contra a dignidade e/ou a vida, desassistência generalizada, discriminações e organizações políticas anti-indígenas.

Não se trata de elementos isolados ou conjunturais. Ao longo da história do Brasil, a violência contra os povos originários foi, e é, constante. No período da colonização, por meio da catequização (fenômeno hoje observado em alguns setores evangélicos), que apagava culturas, religiões, costumes e construções políticas hoje vistas como modernas e inclusivas (como a convivência ampla com a sexodiversidade e relacionamentos poligâmicos).

Haviam também os ataques frontais de bandeirantes e colonos que, como hoje fazem garimpeiros ilegais e grileiros, promoviam ataques biológicos (por meio do envenenamento dos rios ou da disseminação de epidemias) e militares. Estima-se que mais de 2 milhões de indígenas foram exterminados pelo projeto colonial, segundo a FUNAI (GARCIA, 2020).

Apesar do regime de proteção à posse e usufruto fundiário das Terras Indígenas ser inaugurado por um Alvará Régio de 1680, a Lei Pombalina de 1755, a Lei Imperial 601/1850 e as constituições republicanas, inclusive de regimes de exceção, a proteção à posse dos chamados, a época, ‘silvícolas’ era exclusivamente formal, inexistindo, por muito tempo, ações efetivas do Estado para deter invasões, violências etnocidas e arbitrariedades contra nações indígenas.

No Império, os patronos do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), Varnhagen e Cunha Barbosa tinham perspectivas comuns em mecanismos de ação distintos. Cunha Barbosa sustentava a catequização e a exploração laboral enquanto mecanismos de inserção, enquanto Varnhagen apoiava o uso da força como mecanismo direto para o desaparecimento destes enquanto povo e assimilação dos sobreviventes.

Em igual sentido, o ex-presidente Jair Bolsonaro, declarou em abril de 1998, na Câmara dos Deputados, que “a cavalaria brasileira foi muito incompetente. Competente, sim, foi a cavalaria norte-americana, que dizimou seus índios no passado e hoje em dia não tem esse problema em seu país” (KOTSCHO, 2022; MARÉS, 2018).

De igual maneira a Cunha Barbosa, o patrono da Independência, José Bonifácio entendia os povos indígenas como ingênuos, incivilizados, porém dignos do perdão religioso:

“Eu sei que é difícil adquirir a sua confiança e amor; porque, como já disse, eles nos odeiam, nos temem, e podendo nos matam e devoram. E havemos desculpá-los; porque, com o pretexto de os fazermos cristãos, lhes temos feito e fazemos muitas injustiças e crueldades” (BALDUÍNO, 2013).

Somente em 1910, com a fundação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), o Estado brasileiro inicia uma política de assistência em lugar da catequização. E isso só se deu com a pressão internacional, já que, pela primeira vez, no XVI Congresso dos Americanistas, ocorrido em 1908, na cidade de Viena, o Brasil foi acusado de cometer um massacre contra os povos originários.

E em nada substancialmente mudou com o SPI, já que centenas de tribos foram dizimadas só entre 1900 e 1950, e muitos tiveram seus respectivos TI atacados e invadidos por fazendeiros e grileiros sem uma repercussão punitiva de Estado. Os próprios dirigentes do SPI confessaram o fracasso institucional, denunciando a insuficiência de verbas, o burocracismo e a ausência de recursos de auxílio adequados.

Isso sem contar que a entidade foi acusada de apropriação indébita de patrimônio cultural indígena, devastação florestal e até comercialização de produção agrícola indígena.

Em 1963, pouco antes da extinção do órgão, ocorre o Massacre do Paralelo 11, evento histórico que ficou marcado por 3500 indígenas do povo Cinta Larga mortos na nascente do rio Arapuanã, no Estado do Mato Grosso. Ainda sob a tutela do SPI, uma tensão fundiária foi estendida entre seringueiros e os Cinta Larga nos anos de 1920 a 1960, chegando ao seu ápice depois da inauguração da BR-354 (rodovia que liga São Paulo ao Acre), em 1960.

Em 1967, ano da extinção do SPI e fundação da FUNAI, o promotor Jader Figueiredo emite um relatório de 7 mil páginas denunciando ataques coordenados, incluindo dinamites lançadas de aviões, disseminação da varíola em povos isolados e doação de açúcar misturado com veneno por mais 130 funcionários do órgão, envolvendo seu último coordenador, Major Luiz Vinhas Neves, acusado de ser cúmplice na disseminação premeditada da varíola de tribos Pataxó.

Já na Ditadura Militar, o relatório foi incendiado por um incidente no Ministério da Agricultura ocorrido em junho de 1967, mas parte conseguiu ser recuperado pela Comissão Nacional da Verdade (CNV) em 2013 (WATTS e ROCHA, 2013).

Apesar do Relatório Figueiredo (1967), as contradições da política indigenista foram aprofundadas com o escopo autoritário da Ditadura Militar (1964-1989). O projeto desenvolvimentista da integração nacional, especialmente em áreas menos ocupadas do País, como a região Norte e Centro-Oeste, permitiu que mais de 8 mil indígenas fossem violentamente mortos e mais de 200 nações indígenas foram atacadas e invisibilizadas (CORNE e SILVA, 2022).

O ‘Estatuto do Índio’ foi sancionado em 1973, com a premissa clara de regulamentar a política de genocídio e apagamento das tribos indígenas por meio da integração com a sociedade brasileira e a tutela do Poder Público, ao invés de considerar questões vinculadas à autodeterminação cultural e política, reproduz a premissa do ‘mito do bom selvagem’, especialmente diante da responsabilização penal e dos direitos de personalidade que insinuam uma ‘inocência infantil’ entre os povos originários. Ilustra-se:

“Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional” (BRASIL, 1973).

Somente em 2003, com o Decreto 5051/2003, que ratificou a Convenção nº 169 da OIT, que o Poder Público finalmente reconheceu a capacidade civil das pessoas indígenas, em detrimento do regime de tutela (necessário somente para pessoas que não conseguem dispor livremente de suas atividades na vida civil por alguma impossibilidade).

Ainda assim, não chegou a ser completamente abolido, com ressalvas nas chamadas populações ‘integradas’ à comunhão nacional, que ficam livres da tutela especial da FUNAI, segundo entendimento do STJ em Resp 737285/PB (FUNAI, 2022).

A política de tutela é tão nociva para tais comunidades que, ainda no período militar, foram instaladas, pela FUNAI, campos de concentração, como o Reformatório Krenak e Fazenda Guarani (ambos no Estado de Minas Gerais), onde indígenas eram acusados de ‘pederastia’, ‘alcoolismo’ e ‘vadiagem’ (acusações contínuas e históricas, livremente associadas a indígenas pelos colonizadores portugueses, pelos jesuítas, pelo regime monárquico e pela República).

Existem relatos de torturas cruéis (como pessoas arrastadas pelos pés através de cavalos), trabalhos forçados, insegurança alimentar, de vestimenta e higiene (CAMPOS, 2013).

Nas décadas de 1970 e 1980, foram disseminadas malária, coqueluche, sarampo, IST's na tribo Yanomami. A insegurança alimentar e desnutrição eram realidades típicas da omissão deliberada do Estado brasileiro (FIOCRUZ, 2023).

Em 1995, foi publicado pelo Exército Brasileiro um livro chamado ‘A Farsa Yanomami’, que além de negar os ataques humanitários contra Yanomamis, inventa uma teoria conspiratória, hoje popular nos círculos de extrema direita, de que agentes internacionais teriam falsificado a existência de uma tribo reconhecida em relatos de colonizadores espanhóis em 1654 para tomar proveito econômico de demarcações. Na capa do livro, um homem flavo, alvo e de olhos azuis sustentando uma máscara com um rosto de um Yanomami (ALVIM, 2023).

A apropriação cultural e o assimilacionismo são heranças próprias das missões jesuítas, que buscavam a cristianização dos povos e o apagamento de seus costumes (o que, em parte, foi bem sucedido nesse aspecto), e do romantismo independentista do século XIX, que flertava com o mito do ‘bom selvagem’ de Rousseau, projetando no indígena brasileiro um símbolo folclórico ‘exótico’ e pretérito, como se constituíssem um passado obsoleto que tem seus símbolos esvaziados nos carnavais (em particular, com as ‘fantasias’), nas escolas e na política.

O dia 19 de abril, que celebra o Dia dos Povos Indígenas (popularmente chamado de ‘Dia do Índio’, termo anteriormente discutido), é um exemplo símbolo desse processo.

A princípio, homenagem ao I Congresso Indígena Interamericano, realizado no México e protagonizado por lideranças ameríndias, a data é celebrada nas escolas com atividades extracurriculares problemáticas e pitorescas, como pintar cocares de papel, confecção de flechas e reprodução de gritos ditos ‘indígenas’.

Pouco se fala sobre a riqueza cultural das diferentes nações para além de contribuições linguísticas, alimentares e higiênicas com a assimilação, nada se fala sobre o impacto violento e cruel do processo civilizatório brasileiro sobre tais nações, tudo se fala sobre um tipo ideal de ‘bom selvagem’ representante da ‘democracia racial’ fundada, supostamente, pela resistência da Batalha dos Guararapes, quando Francisco Barreto, Filipe Camarão e Henrique Dias, inventando o Brasil, nas palavras de Lamartine Babo:

“Quem foi que inventou o Brasil?

Foi seu Cabral!

Foi seu Cabral!
No dia vinte e um de abril
Dois meses depois do carnaval
Depois
Ceci amou Peri
Peri beijou Ceci
Ao som...
Ao som do Guarani!
Do Guarani ao guaraná
Surgiu a feijoada
E mais tarde o Paraty
Depois
Ceci virou Iaiá
Peri virou Ioiô” (BABO, 1934).

Cumpra lembrar que o representante brasileiro no I Congresso Indígena Interamericano não era indígena. Pior, o antropólogo Roquette Pinto era adepto da eugenia e participou do Primeiro Congresso Brasileiro da Eugenia. Não sustentava publicamente teses raciais, por outro lado, mas era membro importante e reconhecido na comunidade eugênica brasileira (SOUZA, 2006; IBGE (2020)[1941]).

Desde a fundação da Companhia de Jesus (1540), diante do contexto da Contrarreforma Católica, a Igreja de Roma estabeleceu um sistema de assimilacionismo cultural no processo civilizatório brasileiro com a imposição de costumes patriarcais do Ocidente cristão, a título de exemplo dos castigos que aplicavam sobre indígenas homossexuais (LIMA e FERNANDES, 2017).

Sem considerar a questão fundiária, que, como será detalhado no próximo capítulo, é essencial para entender a condição de vulnerabilidade que a sociedade e o Estado brasileiros impõem às nações indígenas. Ocorre que seus territórios nunca foram reconhecidos de forma plena. Mesmo a Constituição de 1988 reconhece as terras indígenas como bens da União (art. 20, IX), em contradição com a Declaração Universal dos Povos Indígenas da ONU (2007), aprovado pelo governo brasileiro na sessão da AGNU, e com a Convenção nº 169 da OIT (1989), ratificado pelo Decreto 5.051/2004, que reconhecem os territórios indígenas como autônomos e soberanos.

Resultado disso é a sujeição da manutenção das Terras Indígenas a uma articulação unilateral de governos, autarquias e poder judiciário frágil diante dos interesses organizados do poder econômico da marcha colonial protagonizada pelo sertanismo, pelo garimpo ilegal, pelo agronegócio, pela grilagem, novas formas de cristianização e até mesmo trabalho escravo.

Somente em 1996, foi publicado o primeiro ato institucional do Estado brasileiro no sentido de efetivamente reconhecer porções de terras como terras tradicionalmente indígenas (Decreto 1775/1996), sujeitas ainda à homologação presidencial. Já restou comprovado, pelos relatórios do CIMI (mencionados anteriormente), que quanto menor as homologações, maiores os índices de violência contra povos indígenas. A insuficiência de recursos é sistemática e conhecida em governos de direita e de esquerda.

Convém destacar que o Governo Dilma foi o governo que menos demarcou Terras Indígenas, desarticulou a FUNAI e coordenou o projeto da Usina de Belo Monte, que afetou os povos Juruna Yudjá e Arara. O TRF-1, em 2020,

reconheceu o ato da União como um ato de etnocídio, diante de Ação Civil Pública de nº 1000684-33.2021.4.01.3903 movido pelo MPF (WEBER, 2015; MPF, 2021).

Apesar das nações estarem articuladas em diversas associações, movimentos e demais formas de representação política e judicial, pouco ou nenhum esforço é feito no sentido de envolver os indígenas na coordenação e governança de tais terras, o que é do interesse de tais nações e, assim, deveria assumir um protagonismo de ação muito maior que agentes públicos limitados a recursos (em meio a cortes de recursos) ou interesses econômicos que aparelham as instituições responsáveis por proteger os tais ‘bens da União’.

1.5. Racismo e poder judiciário

Demonstrada a existência do racismo institucional nas populações indígenas enquanto ato lógico da herança colonial, bem como sua continuidade nos tempos atuais, retoma-se agora o objeto da presente pesquisa: o contexto social dos povos indígenas no STF, especialmente durante o período da Pandemia da COVID-19 e com os reflexos da ADPF 709 enquanto paradigma a ser compreendido e analisado criticamente.

Cumprido ressaltar que, até 1988, com a Constituição Federal, os povos originários não possuíam capacidade postulatória, sujeitos, portanto, à representação do SPI/FUNAI, cujo regime de tutela, conforme disposto alhures, não priorizava os interesses das populações indígenas. Ao contrário, há relatos históricos de exploração, abusos de poder e crimes humanitários cometidos por tais autarquias.

O que não impede, lado outro, a existência de ações constitucionais, anteriores à consolidação democrática de 1988, envolvendo conflitos fundiários em Terras Indígenas, especialmente nos estados do Mato Grosso e Bahia, a exemplo da ACO 312 (que reivindicava a nulidade de títulos rurais na reserva dos Pataxó-hã-hãe), que, apesar de ajuizada no ano de 1983, chegou a ser publicado acórdão somente no ano de 2012.

O tempo da Suprema Corte é arbitrária e não consegue ser subordinada aos interesses materiais dos indígenas, ainda que o incidente possa ser qualificado em *periculum in mora*. Pouco importa, para a ‘Egrégia’ Corte, o quadro de assassinatos, invasões fundiárias e disseminações de substâncias tóxicas (como álcool e outras drogas) e ataques bioterroristas (como contaminação de rios e lagos, e disseminação de doenças epidêmicas). Trata-se de uma modernização tardia e superficial que contempla tão somente as discricionárias potestades dos ministros em sua cronologia aristocrática e iluminista que idealiza os conflitos nacionais enquanto plano de fundo para seu curso de ação no processo de consolidação do seu *status* político.

Além da lentidão sobre discussões de fundamental importância, ainda há decisões retrógradas, como o Inquérito 3.862/DF, a Petição nº 3388/RR, o Mandado de Segurança 25.463/DF e o Mandado de Segurança 21.986/DF.

Em acórdão publicado em Inq 3.862/DF, a morosidade do judiciário com o racismo institucional restou evidente. Trata-se de queixa-crime contra dois parlamentares que incitaram a violência de ruralistas contra indígenas e foram manifestamente preconceituosos. Ilustra-se:

“A manifestação do Deputado Federal Alceu Moreira possui o seguinte conteúdo:

Nós os parlamentares, não vamos incitar a guerra, mas lhes digo: se fardem de **guerreiros** e não deixem um vigarista destes dar um passo na sua propriedade nenhum. Nenhum. Usem todo o tipo de rede, todo mundo tem telefone, liguem um para o outro imediatamente, reúnam multidões e **expulsem do jeito que for necessário** (fls. 3/4)

Já o Deputado Federal Luiz Carlos Heinze teria assim se manifestado:

Agora eu quero dizer para vocês, o mesmo governo, seu Gilberto Carvalho, também é ministro da presidenta Dilma, e ali estão aninhados quilombolas, índios, gays, lésbicas, tudo o que não presta ali estão aninhados... Por isso, pessoal, só tem um jeito: **se defendam**. Façam a defesa como no Pará estão fazendo. Façam a defesa como o Mato Grosso do Sul está fazendo. **Os índios invadiram uma propriedade, foram corridos da propriedade, isso que aconteceu lá.** (fl. 5)

(...)

Tem no palácio do planalto um ministro da Presidenta Dilma, chamado Gilberto Carvalho, que aninha no seu gabinete, índio, negro, sem terra, gays, lésbicas, a **família não existe no gabinete desse senhor** (...) não espere que essa gente vai resolver o nosso problema. (fl. 6)” (STF, 2014).

O conteúdo resta evidentemente criminoso, cabendo apenas, em respeito ao art. 53 da Constituição Federal, art. 231, §1º, do RICD e o princípio de separação dos poderes, questionar a existência da imunidade substantiva alegada pelos parlamentares, existentes vários julgados no sentido de não incidência do instituto (RE 463671 AgR/RJ, Inq. 4781/DF, Pet. 8366/DF).

A questão central a ser discutida, no entanto, foi a alegação dos parlamentares de ilegitimidade passiva dos autores da queixa-crime (o Conselho Aty Guassu Guarani Kaiowá e Conselho do Povo Terena), o que foi acolhido pelo referido acórdão, arquivado o Inquérito, alegando ausência de pressuposto processual ou condição para a ação penal (art. 395, II, do Código de Processo Penal).

Esse entendimento afastou a representação própria das comunidades originárias, mantendo, até recentemente, a legitimidade de ação sobre lides de tal natureza reservada apenas para FUNAI, fragilizando seus interesses diante das contradições institucionais históricas das autarquias indigenistas do Estado brasileiro).

A Petição nº 3388/RR (Ação Popular) inaugurou a discussão do Marco Temporal para a demarcação de Terras Indígenas, sendo essa, sem dúvida, a inovação paradigmática mais retrógrada e reacionária da história da Suprema Corte. Aproveitando a inclusão cidadã dos povos originários na Constituição de 1988, comentado alhures, em acórdão publicado em julho de 2010, o Ministro Relator Ayres Britto, em conjunto com observações do Ministro Menezes Direito, condicionou a demarcação de terras na Raposa da Serra do Sol sustentando algumas teses e delimitações de natureza restritiva.

Para permitir a continuidade da TI Raposa da Serra do Sol, condicionaram 19 situações, entre elas:

- “1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;
- 2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;
- 3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
- 4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;
- 5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a

critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

6 - A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

7 - O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(...)

11 - Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

12 - O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

(...)

17 - É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(...)

19 - É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação” (MIGALHAS, 2009).

Além de tais condições, que subordinavam o usufruto e autonomia das Terras Indígenas aos interesses do Estado brasileiro, a mesma *decisum* inaugurou a data de 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição de 1988) como ‘insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’.

Desse modo, abriu-se um importante precedente para limitar a reclamação por terras ocupadas nesta data. Isso ocorre em um cenário em que mais de 800 TIs são reivindicadas, segundo a CIMI, o equivalente a 64% das Terras Indígenas. Isso sem contar com os 115 povos isolados, cujas terras sequer foram demarcadas devido à ausência de contato com a civilização latino-americana ou ocidental (DANTAS, 2022).

O caso da ACO 312 é um exemplo de como as TI’s estão vulneráveis diante das invasões, já que a reserva Caramuru Catarina-Paraguaçu foi demarcada nos anos 1920 e 1930, sem sequer ser homologada.

Em casos como a ARE nº 803642/STF demonstram que o precedente, ainda que não tenha força vinculante, legitimou a restrição do reconhecimento de Terras Indígenas, o que pode ser usado como arma jurídica por fazendeiros, como foi o caso concreto.

No julgamento da Ação Popular do caso Raposa da Serra do Sol, o próprio ministro que propôs as 19 condições reconheceu que “não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição” (SALABERT [CÂMARA DOS DEPUTADOS], 2023).

Atualmente, tal precedente ganhou um novo desdobramento com o RE 1.017.365 e o PL 490/2007. Este último aprovado na Câmara dos Deputados, com a inserção, em substitutivo, de medidas evidentemente inconstitucionais,

como a vedação da ampliação de terras demarcadas, o não reconhecimento de terras doadas ou compradas (vistas como propriedade privada, e, portanto, sujeitas à alienação e desapropriação, conforme Decreto 3365/1941, indenização por benfeitoria a ocupante/invasor de TI e a livre disposição de outras entidades da federação sobre as TI's. Foram 324 votos favoráveis, 131 contrários e 1 abstenção. Em dezembro, o Congresso derrubou o veto presidencial sobre a mesma proposição (agora convertida na Lei 14.701/2023), também aprovada no Senado Federal alguns meses antes. Restou ao movimento indígena reivindicar sua derrubada no STF.

Em meio a isso, o STF posterga a discussão sobre a constitucionalidade do marco temporal, diante do referido recurso extraordinário, cujo julgamento foi adiado várias vezes de 2018 para cá. Desde então, foi eleito um Presidente da República que, em evento eleitoral, declarou que não demarcaria “um centímetro quadrado a mais de terra indígena”, sob estrondoso aplauso da platéia, o que de fato ocorreu (menos de 50 TI's foram demarcadas e houve um aumento de 360% de ajuizamentos de ações civis públicas contra a FUNAI exigindo a regularização de terras), além de uma celeridade na tramitação de um projeto de lei antigo com um substitutivo de natureza distinta (MADEIRO, 2021; SANTOS, 2023; RAMOS, 2018).

Enquanto isso, foi apenas apresentado Tema de Repercussão Geral, de nº 1031, reconhecendo o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de ocupação tradicional indígena. O tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do marco temporal diferindo a posse tradicional da posse civil e reconhecendo coisa julgada, negócios ou atos jurídicos perfeitos que admitem o justo título ou posse de boa fé de comunidade indígena que reclama pelo seu direito a terra não demarcada ao tempo da promulgação da Constituição, garantida a justa indenização, pela União, em nome de benfeitorias úteis e necessárias.

Com isso, a discussão sobre a própria constitucionalidade da Lei 15701/2023 é enfrentada pelo Supremo (vide caso da ADI 7582), o que dá margem para a insegurança jurídica e um conflito entre os Poderes que podem tumultuar a resolução dessa controvérsia.

Em declarações, o MPF e a APIB alertaram para a violação da Convenção nº 169 da OIT (que prevê o vínculo espiritual dos povos originários com as TI's), além de riscos diante de incentivos a invasões criminosas e violentas e o desmonte da FUNAI (APIB, 2022; MPF, 2023).

Nas Reclamações Constitucionais de nº 45260 e 52949, a decisão de suspender nacionalmente os processos relativos à controvérsia do objeto do RE 1.017.365/SC, estendendo os efeitos do marco temporal instituído no acórdão da Pet. 3.388/RR.

Duas ações constitucionais, durante a pandemia, particularmente, foram especiais no sentido de elucidar o papel do STF diante da Pandemia da COVID-19: a ADPF 991/DF e a ADPF 709/DF, ambas ajuizadas pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) - movimento de entidades indígenas nacional, fundada em 2005, que protagonizou, com tais ações, a primeira representação legítima dos povos originários liderada por pessoas indígenas.

Cumprе lembrar que o quadro institucional do Governo Bolsonaro de perseguição à existência indígena, que, como extensivamente analisado no presente artigo, não se trata de um quadro conjuntural individualizado e personificado em um governo ou em uma figura pública com posições políticas explicitamente fascistas, mas consentâneo lógico de um processo sistêmico, estrutural e epistêmico que constitui o pior da chamada ‘brasilidade’.

Desse modo, o Brasil, e não apenas Bolsonaro, atacou indígenas no período pandêmico, como sempre o fez. Contudo, surgia daí uma contradição material em que agentes sociais e institucionais oportunizaram o momento crítico,

e ainda mais sensível em decorrência do cenário imprevisível e fatal da COVID-19, para promover novas formas de enfrentamento dos conflitos fundiários. São eles a APIB (mencionada alhures) e o STF.

O próprio STF, que, à época vivia uma crise institucional de poderes que desembocou em três incidentes.

a) Uma reunião, no dia 22 de abril de 2020, de Ministros do Poder Executivo (que manifestaram o expresso desejo de botar ‘esses vagabundos todos na cadeia, começando no STF’);

b) Uma intentona golpista no dia 08 de janeiro de 2023, em que, inspirados no ataque ao Capitólio dos EUA de 06 de janeiro de 2021 (dois anos e dois dias depois), 5 mil terroristas se amotinaram contra o Estado de Direito e destruíram o patrimônio dos palácios dos Três Poderes (sendo o STF o mais atacado); e

c) Por fim, no 59º Congresso da União Nacional dos Estudantes, o primeiro Ministro do STF convidado pela UNE, Luís Roberto Barroso, assumindo uma posição ostensiva e inapropriadamente política, ante os compromissos do judiciário, tenta inflamar e acenar para um palco de delegados universitários (a maioria de coletivos de esquerda) ao alegar que lutou ‘contra o bolsonarismo’ e o derrotou, como um aristocrata esclarecido que, bondoso e gentil com os vulneráveis e mortais, deixa de agir com fundamento no direito para promover outorgas graciosas.

Cabe frisar que o ‘agir com fundamento no direito’ não afasta interesses e valores políticos colocados em perspectiva. Contudo, não devem sujeitar-se à discricionária vontade da ‘revolução da brevidade’ de uma decisão monocrática ou um voto individual. Até mesmo o Plenário do Supremo é insuficiente para a segunda maior democracia do mundo caber no sistema judiciário nacional. É necessário que entidades, como a APIB, sejam protagonistas de transformações paradigmáticas em temas de Repercussão Geral e reformulações no sistema jurisprudencial.

Afinal, a tese do ‘contramajoritarismo’, defendida por ministros como Barroso, não sustentam, ou, pelo menos não deveriam sustentar, uma cultura colonialista e aristocrática no judiciário que se isenta de transformações democráticas e modernizantes profundas por meio da promoção de outorgas graciosas a beneficiários de direitos humanos a fim de servir como álibi completo para não integralizar seu processo concreto e material de adequação a um regime democrático social. Daí, aproveita que a mídia, e parte da opinião pública e comunidade internacional, individualizam a Questão Indígena no Governo Bolsonaro - mesmo ela sendo histórica e com ampla consistência de reforço nas decisões judiciais do STF.

A ADPF 709, ajuizada pela APIB, não só determinou medidas sanitárias de contenção da Pandemia em Terras Indígenas, como também a implementação de políticas públicas que seria protagonizada pelo Poder Executivo nacional pelo GSI, AGU, Sesai, Fiocruz, FUNAI e MD, bem como associações, Defensoria Pública da União e o Conselho Nacional de Justiça. Foram introduzidas uma Sala de Situação (dedicada em promover ações de combate à pandemia em povos isolados ou de contato recente), um Plano de Enfrentamento da COVID-19 (com participação de comunidades) e a promoção de acesso amplo dos indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde.

Foram questionadas portarias da Funai que seguiam no sentido de não estabelecer uma cobertura de proteção a terras não homologadas, representadas 239 das 726 TI’s e em contexto de congelamento das demarcações, violado o art. 67 da ADCT, como observado pelo ministro relator.

O único voto divergente, do Ministro André Mendonça, rebateu com o descontextualizado argumento da incompatibilidade com a racionalidade administrativa, haja vista as demandas supostamente genéricas do Requerente. Todavia, a proteção integral das TI’s, homologadas ou não, trata de uma reivindicação muito clara para o contexto

governamental e político da conjuntura em que um governo anti-indígena agia de forma comissiva aos ataques e incursões ao abandonar o dispositivo da ADCT e abandonar terras não homologadas.

A ADPF 991, de igual natureza, e também ajuizada pela APIB, conseguiu uma liminar favorável somente em novembro de 2022, com o fim do quadro pandêmico, no sentido de determinar que o Poder Executivo adote providências preventivas e reparatorias ante a postura omissiva ou comissiva do governo sobre ataques a Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRC) que violam preceitos fundamentais, a exemplo do art 5º, caput, art. 231 e art. 225 da Constituição.

A decisão liminar exigiu um plano de ação no apagar das luzes do Governo Bolsonaro, após sua derrota eleitoral no dia 30 de outubro do mesmo ano e após o assassinato de Dom Phillips e Bruno Pereira, como mencionado. Como o único foco do derradeiro governo, na época, era contestar o resultado eleitoral e articular um golpe militar desesperado, sobrou para o governo sucessor tomar as medidas determinadas pela decisão monocrática do ministro Edson Fachin.

Com a aposentadoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Governo Lula tinha o direito de nomear um novo ministro. Poderia ser uma mulher, ou um indígena, ou um negro ou uma pessoa LGBTQ+ - vez que a maioria do Supremo é masculina, heterossexual e branca. Especulava-se que seria possível e plausível, diante de todo o incidente excepcional vivenciado durante os governos de Michel Temer e Bolsonaro (marcados pelo autoritarismo). Na posse, o incumbente foi levado na rampa do Planalto (e entregue a ele a faixa presidencial) por 8 representações autênticas da diversidade encontrada na sociedade brasileira: uma mulher negra, uma pessoa com deficiência, um indígena, uma criança e um operário.

Em carta, as Nações Unidas denunciou ataques do Governo Bolsonaro, tendo violado principais tratados dos direitos humanos referentes a povos originários, como Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e as normas internacionais contidas na Declaração e Programa de Ação de Durban e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígena (CHADE, 2022).

Na oportunidade de transformar aquela corte tradicional e aristocrática em algo parecido com a democracia brasileira, nomeia-se Cristiano Zanin, que, em suas primeiras atuações como ministro do STF, votou contra a ADPF 1059, ajuizada pela APIB, que denuncia a violência policial contra os povos Guarani e Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul (somente Zanin, Gilmar Mendes, André Mendonça e Nunes Marques foram contrários ao Agravo Regimental interposto contra decisão que indeferiu a ação) e foi o único voto contrário ao provimento do Mandado de Injunção 4733, ajuizado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos - ABGLT, que equipara ofensas homotransfóbicas a crimes de injúria racial.

Conclusão

Cumprido destacar que o legado do processo civilizatório brasileiro legou aos povos originários uma miríade de violências estruturais e institucionais, envolvendo disputas fundiárias e políticas de extermínio coordenadas, suportadas ou ignoradas por agentes de Estado, incluindo o judiciário brasileiro.

O papel da Suprema Corte, secundário a essas questões até a institucionalização da revisão judicial com o advento de procedimentos constitucionais de controle concentrado, que expandiu o rol de legitimados, passa a exercer uma importância valiosa e paradigmática após a Carta de 1988.

Anteriormente, cabia somente a autarquias do Poder Executivo e missões religiosas fundar um regime de tutela, ainda vigente, que reforça o mito do ‘bom selvagem’. Atrelado ao mito do ‘bom selvagem’, indexa-se o mito da ‘democracia racial’ e o negacionismo do racismo indígena, pois estabelece um entendimento de que o, assim chamado, ‘silvícola’ é um ser inocente amoral que, vez incluído no processo de miscigenação forçada, construiria uma experiência ‘pluralista’ de civilização no Brasil.

Ocorre que, somado a isso, desde os tempos da colonização, o Estado brasileiro reconheceu tão somente a posse, sem aferir uma perspectiva de autodeterminação ou reconhecimento das nações indígenas, atrelando-se a uma perspectiva de integracionismo (abolida oficialmente pelo Estado em 1988, com a Constituição Federal, apesar de mantida a violência de setores econômicos e fundiários) e a uma perspectiva de regime constante de tutela (limitado pelo STJ em REsp 737285/PB, apenas para os integrados, e o mero reconhecimento da capacidade civil com o Decreto 5051/2003), indo na contramão do entendimento de algumas Cortes Constitucionais e debates constituintes da América Latina, como Chile, México, Equador e Bolívia.

No Chile, em Proposta de Anteprojeto da Nova Constituição, publicada em 2022, no artigo 5º, reconhece as tribos Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán e Selk'nam como nações indígenas, reforçando sua plurinacionalidade no reconhecimento oficial das línguas, na cooperação transfronteiriça, na admissão do autogoverno e o exercício de suas atividades agrícolas e medicina próprias.

Em verdade, o STF mal menciona decisões de tribunais superiores latino-americanos. Desprezada a interlocução regional, e ainda com uma lente profundamente marcada pela cultura colonial, de 2012 a 2017, mencionou-se apenas a *Corte Suprema de Justicia de Colombia* em 7 acórdãos apenas. Por outro lado, a *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e a *Supreme Court of the United States* foram mencionadas, respectivamente, 58 e 80 vezes (ANDRADE, 2023).

É nesse contexto que as ADPFs 991 e 709, ações constitucionais ajuizadas na Pandemia da COVID-19 pelo movimento indígena (de forma inédita, representando seus interesses sem o intermédio de autarquias do Poder Executivo, como o SPI e a FUNAI), em que as Terras Indígenas estão sujeitas a uma articulação frágil de governos, autarquias e poder judiciário diante dos interesses organizados do poder econômico da marcha colonial protagonizada pelo sertanismo, pelo garimpo ilegal, pelo agronegócio, pela grilagem, novas formas de cristianização e até mesmo trabalho escravo.

Em detrimento do plurinacionalismo latino-americano, bem como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), que avançam, desde os anos 2000, no sentido de uma reparação efetiva para os Povos Indígenas - a descolonização efetiva com seus processos emancipatórios, acrescido da continuidade dos compromissos assinalados pela Convenção nº 169 da OIT de defesa do patrimônio cultural, do patrimônio fundiário, a promoção da participação política nas decisões de impacto e interesse, bem como a inserção efetiva no conjunto de direitos sociais, individuais e políticos previstos na Constituição.

Discute-se ainda hoje os limites do ‘garantismo’ fundiário assinalado por teses como a Teoria do Indigenato de João Mendes Júnior, que sustentava a anterioridade da existência e do direito fundiário enquanto elemento intrínseco da existência do ser coletivo indígena, inexistindo capacidade de ser amparada pelo Direito Civil.

Apesar da fronteira pragmática, na ADPF 709, diante das tensões institucionais entre o STF e o Planalto no período do Governo Bolsonaro (2019-2023), o tribunal constitucional adotou medidas de intervenção sobre a política

epidemiológica do Executivo em relação aos povos originários, com reforço, inclusive, de mecanismos de participação social esvaziados pelo citado governo.

Isso leva a certas questões a serem analisadas, com especificidade, em próximas contribuições acadêmicas, a respeito da natureza política das decisões da Corte. De mais a mais, observa-se que o tempo de análises jurisprudenciais do STF não aplica a tese do ‘contramajoritarismo’ pós-positivista, alegado por muitos ministros como papel substantivo do tribunal nos tempos atuais do regime democrático.

O que ocorre, em verdade, é a continuidade de uma cultura jurídica colonialista e aristocrática que oportuniza pressupostos iluministas (ainda uma cultura colonialista e aristocrática no judiciário que se isenta de transformações democráticas e modernizantes profundas por meio da promoção de outorgas graciosas a beneficiários de direitos humanos a fim de servir como álibi completo para não integralizar seu processo concreto e material de adequação a um regime democrático social.

Daí, aproveita que a mídia, e parte da opinião pública e comunidade internacional, individualizam a Questão Indígena no Governo Bolsonaro - mesmo ela sendo histórica e com ampla consistência de reforço nas decisões judiciais do STF.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Arthur de Albuquerque. *As Relações entre o Supremo Tribunal Federal e as demais Cortes Latino-Americanas à Integração da América Latina*. Criação Editora, 2023. Disponível em: <<https://editoracriacao.com.br/as-relacoes-entre-o-supremo-tribunal-federal-e-as-demais-cortes-latino-americanas-a-integracao-da-america-latina/>>.

Acesso em: 6 set. 2023.

MPF. Nota Pública - Inconstitucionalidade do PL 490/2007. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão - Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. PGR-00197149/2023. Disponível em:<https://www.mpf.mp.br/pgr/arquivos/2023/PGR00197149.2023_assinado.pdf>. Acesso em: 6 set. 2023.

APIB. A LUTA CONTINUA! Nota adiamento do julgamento do Marco Temporal. APIB, 2022. Disponível em:<<https://apiboficial.org/2022/06/05/a-luta-continua-nota-adiamento-do-julgamento-do-marco-temporal/>>. Acesso em 6 set. 2023.

MADEIRO, Carlos. Bolsonaro parou demarcações de terras indígenas e fez explodir ações do MPF. UOL, 2021. Disponível em:<<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/09/16/bolsonaro-parou-demarcacoes-de-terras-indigenas-e-fez-explodir-acoes-do-mpf.htm>>. Acesso em 6 set. 2023.

SANTOS, Natália. PL 490 e o marco temporal: veja como cada deputado votou para acelerar tramitação. Estadão, 2023. Disponível em:<<https://www.estadao.com.br/politica/pl-490-marco-temporal-terras-indigenas-urgencia-aprovada-como-cada-deputado-votou-nprp/>>. Acesso em 6 set. 2023.

RAMOS, Murilo. “Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena”, diz Bolsonaro. Época, 2018. Disponível em:<<https://oglobo.globo.com/epoca/expresso/nao-demarcarei-um-centimetro-quadrado-mais-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-23300890#ixzz8Atf6ahkS>>. Acesso em 6 set. 2023.

SALABERT, Duda. Substitutivo ao PL N° 490/2007, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Câmara dos Deputados, 2023. Disponível

em:<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2280720&filename=EMP+1+%3D%3E+PL+490/2007>. Acesso em 6 set. 2023.

DANTAS, Jorge Eduardo. TOP 6: Principais problemas da tese do Marco Temporal. Greenpeace, 2022. Disponível em:<https://www.greenpeace.org/brasil/blog/top-6-principais-problemas-da-tese-do-marco-temporal/?utm_source=google&utm_medium=grants&utm_campaign=institucional&utm_content=aq_20230525&utm_term=marco%20temporal&utm_campaign=&utm_source=adwords&utm_medium=ppc&hsa_acc=7235609613&hsa_cam=20039068929&hsa_grp=149157602069&hsa_ad=659949802771&hsa_src=g&hsa_tgt=kwd-2080309872648&hsa_kw=marco%20temporal&hsa_mt=b&hsa_net=adwords&hsa_ver=3&gclid=Cj0KCQjw0IGnBhDUARIsAMwFDLmNsVinac1IR39cpMIXuM-rSavXCBQmynlfBev-N9whTi44odOneDIaAropEALw_wcB>. Acesso em 6 set. 2023.

STF. Inquérito 3862. STF, 2014. Disponível:<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4580694>>. Acesso em 6 set. 2023.

WEBER, Demétrio. Política do governo Dilma na área indígena ‘deixou muito a desejar’, diz ex-presidente da Funai. O Globo, 2015. Disponível:<<https://oglobo.globo.com/politica/politica-do-governo-dilma-na-area-indigena-deixou-muito-desejar-diz-ex-presidente-da-funai-15196735>>. Acesso em 6 set. 2023.

MPF. Ação Civil Pública Cível - Processo n. 1000684-33.2021.4.01.3903. PJe (Justiça Federal da 1ª Região), 2021. Disponível em:<https://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2021/decisao_tutela_provisoria_hidrograma_hidreletrica_belo_monte_junho_2021.pdf>. Acesso em: 6 set. 2023.

CAMPOS, André. Ditadura criou cadeias para índios com trabalhos forçados e torturas. Agência Pública, 2013. Disponível em:<<https://apublica.org/2013/06/ditadura-criou-cadeias-para-indios-trabalhos-forcados-torturas/>>. Acesso em: 6 set. 2023.

LIMA, Carmen Lúcia Silva e FERNANDES, Estevão R. Existe índio gay?: a colonização das sexualidades indígenas no Brasil. Curitiba: Editora Prismas, 2017. 245 p., Anuário Antropológico [Online], v. 44 n.2, Disponível em:<<http://journals.openedition.org/aa/4400> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/aa.4400>>. Acesso em: 6 set. 2023.

IBGE. Primeiro Congresso Indigenista Interamericano de Patzcuaro. IBGE, 2020 [1941]. Revista Brasileira de Geografia, Publicado 2020-10-16. Edição v. 3 n. 2 (1941). Disponível em:<<https://www.rbg.ibge.gov.br/index.php/rbg/article/view/3141>>. Acesso em 6 set. 2023.

SOUZA, Vanderlei Sebastião de. A política biológica como projeto: a “eugenia negativa” e a construção da nacionalidade na trajetória de Renato Kehl (1917-1932). Dissertação de Mestrado (História das Ciências), Casa de Oswaldo Cruz/Fiocruz, 2006.

BABO, Lamartine. História do Brasil (marcha/carnaval). Letras, 1934. Disponível em:<<https://www.letras.mus.br/lamartine-babo/715597/>>. Acesso em: 6 set. 2023.

MARÉS, Chico. É verdade que Bolsonaro elogiou cavalaria norte-americana por dizimar índios. Agência Lupa (UOL), 2018. Disponível em:<<https://lupa.uol.com.br/jornalismo/2018/12/06/verificamos-bolsonaro-cavalaria/>>. Acesso em: 6 set. 2023.

CIMI. Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – dados de 2020. CIMI, 2020. Disponível em:<<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-violencia-povos-indigenas-2020-cimi.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2023.

CIMI. Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – dados de 2003 a 2005. CIMI, 2005. Disponível em:<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/02/relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2003-2005-cimi-completo.pdf>. Acesso em: 6 set. 2023.

ALVIM, Mariana. Publicado pelo Exército, livro que diz que yanomamis não existem inspirou políticas que levaram a crise humanitária. BBC, 2023. Disponível em:<<https://www.bbc.com/portuguese/articles/cgxn8141x24o>>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Lei 6001/1973 (Estatuto do Índio). Planalto, 1973. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 6 set. 2023.

WATTS, Jonathan e ROCHA, Jan. Brazil's 'lost report' into genocide surfaces after 40 years. The Guardian, 2013. Disponível em:<<https://www.theguardian.com/world/2013/may/29/brazil-figueiredo-genocide-report>>. Acesso em: 6 set. 2023.

BALDUÍNO, Ana Paula. Educação indígena no Império: a Colônia Orfanológica Agrícola e Industrial Isabel e o projeto pedagógico dos capuchinhos (1874- 1889). UFRRJ, 2013. Disponível em:<<https://tede.ufrj.br/jspui/bitstream/jspui/3465/2/2013%20-%20Ana%20Paula%20Balduino.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2023.

GARCIA, Maria Fernanda. Genocídio no Brasil: mais de 70% da população indígena foi morta. Observatório do Terceiro Setor, 2020. Disponível em:<<https://observatorio3setor.org.br/noticias/genocidio-brasil-mais-de-70-da-populacao-indigena-foi-morta/>>. Acesso em: 6 set. 2023.

SANTOS, Jeniffer Geraldine Pinho. O Homo Sacer Contemporâneo e a Necropolítica no Conto “Espiral” de Geovani Martins. UFBA, 2021. Disponível em:<<https://periodicos.ufba.br/index.php/estudos/article/view/43505>>. Acesso em: 6 set. 2023.

QUEIROZ, Marcos Vinicius Lustosa. O Haiti é aqui : ensaio sobre formação social e cultura jurídica latino-americana (Brasil, Colômbia e Haiti, século XIX). UnB, 2023. Disponível em:<<http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/45844>>. Acesso em: 6 set. 2023.

SANTOS, Leonel Ribeiro. Do Colonialismo ao Cosmopolitismo: Kant e o esquecido legado da proto-modernidade. UNESP, 2021. Disponível em:<<https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/ek/article/view/12948/8469>>. Acesso em: 6 set. 2023.

KOFFI, Badou. Trajetória de um homem sem História. Revista Crioula, 2019. Disponível em:<<https://www.revistas.usp.br/crioula/article/view/54959>>. Acesso em 6 de set. 2023.

ONU. Negros são mais afetados por desigualdades e violência no Brasil, alerta agência da ONU. Agência ONU Brasil, 2017. Disponível em:<<https://brasil.un.org/pt-br/76059-negros-s%C3%A3o-mais-afetados-por-desigualdades-e-viol%C3%A2ncia-no-brasil-alerta-ag%C3%A2ncia-da-onu#:~:text=popula%C3%A7%C3%A3o%20negra%20brasileira.-,Segundo%20dados%20de%202014%20do%20Instituto%20Brasileiro%20de%20Geografia%20e,pa%C3%ADs%2C%2076%25%20s%C3%A3o%20negros>>. Acesso em 6 set. 2023.

EXAME. Disparidade entre brancos e negros no acesso a crédito cresce na crise. Exame, 2020. Disponível:<<https://exame.com/pme/disparidade-entre-brancos-e-negros-no-acesso-a-credito-cresce-na-crise/>>. Acesso em 6 set. 2023.

WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Escola de Comunicação. Saúde Sociedade. São Paulo, v. 25, n. 3, p. 535-549, 2016. DOI: 10.1590/S0104-129020162610.

FANON, Frantz. Pele negra, máscaras brancas / Frantz Fanon ; tradução de Renato da Silveira. Salvador : EDUFBA, 2008 [1952].

LOURES, Hellen. A continuidade do “cataclismo biológico”. CIMI, 2021. Matéria publicada originalmente na Edição 435 do jornal Porantim. Disponível em:<<https://cimi.org.br/2021/06/a-continuidade-do-cataclismo-biologico/>>. Acesso em: 13 jun. 2023.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação Afirmativa e o Combate ao Racismo Institucional no Brasil. Cadernos de Pesquisa, n. 117, novembro/ 2002 Cadernos de Pesquisa, n. 117, p. 219-246, novembro/ 2002.

YELVINGTON, Kevin. The Anthropology of Afro-Latin America and the Caribbean: Diasporic Dimensions. Annual Review Anthropology, n. 30, p. 227-260, 2001.

ANDREWS, George Reid. Afro-Latin America (1800-2000). Oxford: Oxford University Press, 2004.

WINANT, Howard. The world is a ghetto. New York: Basic Books, 2002.

ARCOVERDE, Léo e ACAYABA, Cíntia. Negros têm mais do que o dobro de chance de serem assassinados no Brasil, diz Atlas; grupo representa 77% das vítimas de homicídio. G1, 2021. Disponível em:<<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/08/31/negros-tem-mais-do-que-o-dobro-de-chance-de-serem-assassinados-no-brasil-diz-atlas-grupo-representa-77percent-das-vitimas-de-homicidio.ghtml>>. Acesso em: 6 set. 2023.

RIBEIRO, Aline. Apesar de queda em mortes violentas, Brasil é oitavo país mais letal do mundo. O Globo, 2022. Disponível:<<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/06/apesar-de-queda-em-mortes-violentas-brasil-e-oitavo-pais-mais-letal-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 6 set. 2023.

CAMPOS, Ana Cristina. Negros são maioria dos mortos em ações policiais. EBC, 2022. Disponível em:<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-11/negros-sao-maioria-dos-mortos-em-acoes-policiais>>. Acesso em: 6 set. 2023.

ORTEGA, Pepita. Justiça aponta 'omissão' do governo federal e manda reforçar buscas por Dom Phillips e Bruno Pereira. Terra, 2022. Disponível:<<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/justica-aponta-omissao-do-governo-federal-e-manda-reforcar-buscas-por-dom-phillips-e-bruno-pereira,7c24983d6b8d7e6e7dba05724285cd21b4fhuiln.html>>. Acesso em: 6 set. 2023.

HIRABAHASI, Gabriel e COELHO, Gabriela. Barroso dá 5 dias para governo adotar providências necessárias para desaparecimentos no AM. CNN, 2022. Disponível em:<<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/barroso-da-5-dias-para-governo-adotar-providencias-necessarias-para-desaparecimentos-no-am/>>. Acesso em 6 set. 2023.

ALBUQUERQUE, Ana Luiza e GABRIEL, João. Indigenista Bruno Pereira acumula anos de experiência e ameaças na Amazônia. Folha de São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/06/indigenista-bruno-pereira-acumula-anos-de-experiencia-e-ameacas-na-amazonia.shtml>>. Acesso em 6 de set. 2023.

BASSI, Bruno Stankevicius. Relatório “Os Invasores” revela empresas e setores por trás de sobreposições em terras indígenas. De Olho nos Ruralistas, 2023. Disponível

em:<<https://deolhonosruralistas.com.br/2023/04/19/relatorio-os-invasores-revela-empresas-e-setores-por-tras-de-sobreposicoes-em-terras-indigenas/>>. Acesso em 06 set. 2023.

ANTUNES, André. Invasão do garimpo em terras indígenas deixa rastro de desmatamento e violência. EPSJV/Fiocruz, 2022. Disponível em:<<https://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/invasao-do-garimpo-em-terras-indigenas-deixa-rastro-de-desmatamento-e-violencia>>. Acesso em 06 set. 2023.

PRIZIBISCZKI, Cristiane. Invasões e exploração ilegal de Terras Indígenas triplicaram no governo Bolsonaro. ((o))eco, 2022. Disponível em:<<https://oeco.org.br/noticias/invasoes-e-exploracao-ilegal-de-terras-indigenas-triplicaram-no-governo-bolsonaro/#:~:text=Das%20226%20terras%20ind%C3%ADgenas%20afetadas,foi%20registrada%20em%2057%20TIs>>. Acesso em 06 set. 2023.

KOTSCHO, Ricardo. Política de governo: o que Bolsonaro já disse sobre povos indígenas e Funai. Uol, 2022. Disponível em:<<https://noticias.uol.com.br/colunas/balaio-do-kotscho/2022/06/17/politica-de-governo-o-que-bolsonaro-ja-disse-sobre-povos-indigenas-e-funai.htm>>. Acesso em 06 set. 2023.

ROSCOE, Beatriz. Invasão a terras indígenas teve alta de 137% em 2 anos de governo Bolsonaro. Poder 360, 2021. Disponível em:<<https://www.poder360.com.br/brasil/invasao-a-terras-indigenas-teve-alta-de-137-em-2-anos-de-governo-bolsonaro/>>. Acesso em 6 set. 2023.

CHADE, Jamil. Carta da ONU sobe o tom e denuncia crimes de Bolsonaro contra indígenas. UOL, 2022. Disponível em:<<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2022/03/23/onu-denuncia-ataques-de-bolsonaro-aos-indigenas-e-cita-violacao-de-tratados.htm>>. Acesso em: 6 set. 2023.

**MARCAS DE POSIÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DOS CRITÉRIOS DE
DISTINTIVIDADE MARCÁRIA NO INPI SOB A ÓTICA DO *BRANDING***

POSITION MARKS: AN ANALYSIS OF TRADEMARK DISTINCTIVENESS CRITERIA
AT INPI FROM A BRANDING PERSPECTIVE

Sarah Vilela

RESUMO

Este trabalho objetiva analisar o exame do INPI acerca da distintividade marcária e a registrabilidade das marcas de posição no Brasil, se fundamentando em questões primordiais, tais como o significado de uma marca, seu valor no mercado, outras implicações relacionadas e como esses aspectos se manifestam na prática, buscando, por fim, responder a seguinte pergunta: Os critérios de avaliação das marcas de posição adotados pelo INPI condizem com a complexidade e relevância dessa nova modalidade no mercado? Nesse sentido, o estudo se divide em duas perspectivas principais: (1) uma análise do valor e função das marcas sob a ótica do branding, principalmente a teoria de Brand Equity de Aaker, e (2) uma análise técnica com base em fundamentos do Direito, considerando a teoria do secondary meaning e estudos de caso das marcas Osklen e Christian Louboutin. Foi utilizada a metodologia dedutiva, por meio de uma extensa pesquisa bibliográfica, bem como uma abordagem qualitativa acerca de casos recentes e emblemáticos no âmbito do registro de marcas de posição no direito brasileiro. Concluiu-se que os critérios adotados revelam-se excessivamente vagos e limitados, negligenciando o caráter dual e a complexidade dessas marcas no mercado. Assim, a fim de garantir uma aplicação justa e coerente, torna-se imperativo realizar uma análise abrangente da integralidade do conjunto marcário, incluindo também a possibilidade de constatação do secondary meaning à luz dos preceitos do Brand Equity.

Palavras-chave: Propriedade Industrial. Marcas de posição. Branding. Brand Equity. Secondary Meaning

ABSTRACT

This paper aims to analyze the INPI's examination of brand distinctiveness and the registrability of position marks in Brazil, focusing on fundamental issues such as the significance of a mark, its market value, other related implications and how these aspects manifest in practice, ultimately seeking to answer the following question: Do the evaluation criteria for position marks adopted by INPI correspond to the complexity and relevance of this new modality in the market? To this end, the study is divided into two main perspectives: (1) an analysis of the value and function of marks from a branding perspective, primarily through Aaker's Brand Equity theory, and (2) a technical analysis based on legal fundamentals, considering the theory of secondary meaning and case studies of Osklen and Christian Louboutin marks. The deductive methodology was employed, involving extensive bibliographic research, as well as a qualitative approach to recent and emblematic cases within the realm of positional mark registration in Brazilian law. It was concluded that the adopted criteria prove to be excessively vague and limited, neglecting the dual nature and complexity of these marks in the market. Thus, in order to ensure a fair and coherent application, it becomes imperative to conduct a comprehensive analysis of the entirety of the mark, including the possibility of establishing secondary meaning in light of Brand Equity principles.

Keywords: Industrial Property. Position marks. Branding. Brand Equity. Secondary Meaning.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - The World's Most Valuable Brands 2024	15
Figura 2 - Exemplos de Sinais de Caráter Genérico	24
Figura 3 - Tabela de Graus de Distintividade	25
Figura 4 - Representação da marca da tesoura	32
Figura 5 - Gráfico para Análise da Distintividade	39
Figura 6 - Exemplos de Sinais Evocativos ou Sugestivos	42
Figura 7 - Tennis riva lona lisa (Osklen)	47
Figura 8 - Marca de Posição da Osklen	47
Figura 9 - Red Bottoms (Christian Louboutin)	51
Figura 10 - Marca de Posição de Christian Louboutin	52

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABPI	Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
AgRg	Agravo Regimental
AMA	American Marketing Association
CEPI	Comissão Especial de Propriedade Intelectual
CUP	Convenção da União de Paris
EUIPO	European Union Intellectual Property Office
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LPI	Lei de Propriedade Industrial
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OHIM	Office for Harmonization in the Internal Market
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
USD	United States Dollar
USPTO	United States Patent and Trademark Office

INTRODUÇÃO	11
1. BRAND EQUITY E O PAPEL DO REGISTRO MARCÁRIO	13
1.1 Marcas	13
1.2 O papel da proteção legal	19
2. DISTINTIVIDADE MARCÁRIA E A TEORIA DO SECONDARY MEANING	23
2.1 A Distintividade no Sistema Marcário Brasileiro	23
2.2 A teoria do Secondary Meaning	26
3. MARCAS DE POSIÇÃO	30
3. 1 Marcas não convencionais	30
3. 2 Marcas de Posição no Brasil	34
3.3 Do procedimento de registro das Marcas de Posição	36
4. ESTUDO DE CASOS	43
4.1 Caso Osklen	45
4.2 Caso Louboutin	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

No âmbito da propriedade industrial e do combate à concorrência desleal no Brasil, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) desempenha um papel crucial na promoção da proteção legal de marcas, bem como perante o desenvolvimento tecnológico e econômico brasileiro. Em síntese, o processo de registro de marca consiste na submissão do pedido ao órgão administrativo, que procederá ao exame formal e, posteriormente, ao exame substantivo, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios estabelecidos, resultando em uma decisão de deferimento ou indeferimento do registro.

Por certo, o ordenamento brasileiro adotou uma abordagem mais restrita, optando apenas pela registrabilidade de marcas visualmente perceptíveis conforme facultado pelo Acordo TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)¹, e critérios de avaliação notavelmente mais limitados, os quais não contemplam, por exemplo, a possibilidade de aquisição do *secondary meaning*, que ocorre quando um símbolo inicialmente não distintivo adquire distintividade devido ao seu uso prolongado e ao reconhecimento pelo mercado, tornando-se apto para registro.

Nessa perspectiva, o poder das marcas se evidencia quando renomadas empresas globais contemporâneas reconhecem que esses elementos não apenas identificam produtos, mas também constroem identidades fortes no mercado, ao passo que a proteção desse instituto se mostra ainda mais vital, uma vez que não seriam capazes de coexistir sem a devida regulamentação, como bem enfatizado pelo autor Barton Beebe²:

APPLE, GOOGLE, COCA-COLA, MICROSOFT, SAMSUNG, TOYOTA, MCDONALD'S, LOUIS VUITTON, NIKE, PEPSI, FACEBOOK, VISA, CITI, STARBUCKS. Instantaneamente reconhecíveis por uma porção

¹ ACORDO TRIPS. Marrakesh, Morocco, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm. Acesso em: 05 set. 2023.

² "APPLE, GOOGLE, COKE, MICROSOFT, SAMSUNG, TOYOTA, MCDONALDS, LOUIS VUITTON, NIKE, PEPSI, FACEBOOK, VISA, CITI, STARBUCKS. Instantly recognizable by a very large proportion of humanity, these are among the most valuable and influential signs in the world, rivalling in significance many religious and national symbols. They are only the most notorious of the millions of brand names that populate the modern marketplace. Trademark law regulates these brand names, from the multi-billion dollar global brands to the name of the local shop down the street. Without trademark protection, many would cease to exist." (BEEBE, Barton. **Trademark Law**: an open-source casebook. 10. ed. Nova Iorque: New York University School Of Law, p. 1, 2023. (V10.0/2023-07-16). Disponível em: <https://www.tmcasbook.org/wp-content/uploads/2023/07/BeebeTMLaw-v10-digital-edition.pdf>. Acesso em: 13 set. 2023).

significativa da humanidade, esses estão entre os sinais mais valiosos e influentes do mundo, rivalizando em importância com muitos símbolos

religiosos e nacionais. Eles são apenas os mais notórios dos milhões de nomes de marcas que povoam o mercado moderno. A lei de marcas regula esses nomes de marcas, desde as marcas globais de bilhões de dólares até o

nome da loja local da esquina. Sem proteção de marca, muitas delas deixariam de existir. (tradução livre)

Para fins de registro perante o procedimento brasileiro, a interpretação do que se entende por "marca" está essencialmente condicionada à capacidade de identificar a origem do produto ou serviço adquirido. Entretanto, conforme a análise delineada no campo do *branding*, a marca evoluiu para um papel muito além de um conceito tático e passou a estabelecer narrativas coletivas e conexões profundas com os consumidores, assumindo um valor real e estratégico no mercado.

O *branding*, de acordo com Marcos Bedendo, anteriormente centrado em aspectos visuais e comunicação massiva, evoluiu para uma abordagem estratégica abrangente. Atualmente, conduz as definições de identidade de marca que orientam as decisões em grande parte dos processos organizacionais, desde a seleção de colaboradores até o desenvolvimento de produtos e o relacionamento com o cliente, constituindo um modelo de gestão fundamental para empresas de todos os portes e segmentos.

Segundo o autor, ao passo que a marca passou a ser reconhecida como o ativo mais valioso de muitas empresas, o *branding* moderno possibilita a organização e a priorização de esforços, a construção de estratégias e a orientação da empresa para o consumidor. Essa abordagem, portanto, transcende uma visão tática e posiciona a gestão da marca no topo da hierarquia organizacional e, ao construir vantagens competitivas sustentáveis e garantir maior lucratividade, o *branding* se consolida como uma ferramenta poderosa para aumentar o valor das empresas e fortalecer sua posição no mercado.³

³ BEDENDO, Marcos. **Branding**: processos e práticas para a construção de valor. São Paulo: Saraiva Educação, p. 2-4, 2019.

Em decorrência dessa evolução surgem as marcas de posição, nova modalidade de registro regulamentada no Brasil por meio da PORTARIA /INPI /PR N° 37, de 13 de setembro de 2021⁴, que, segundo o ato administrativo, referem-se a um conjunto distintivo identificador de produtos ou serviços, distinguindo-os por meio da aplicação de um sinal em posição singular e específica em determinado suporte, desde que dissociada de efeito técnico ou funcional.

Desde então, diversos pedidos foram protocolados perante o INPI, tendo a marca Osklen se destacado como a primeira a alcançar o registro em 30 de maio de 2023. Por outro lado, chama atenção o caso de relevante repercussão envolvendo os *red bottoms*, ou solas vermelhas, da grife francesa Christian Louboutin, que teve seu pedido indeferido nessa mesma categoria sob o argumento de que não seriam suficientemente distintivos, evidenciando certa divergência na análise do quesito de distintividade marcária, que caracteriza um critério substancial para o deferimento do registro pelo INPI.

Embora ambas as marcas tenham solicitado o registro com o mesmo objetivo, as fundamentações e conclusões do órgão foram significativamente distintas, o que torna essas análises extremamente relevantes para o avanço da pesquisa acerca da evolução de decisões referentes aos registros de marcas de posição no Brasil. Assim, devido à crescente influência do mercado e à recenticidade dessa modalidade em âmbito nacional, surgem diversas ponderações acerca do quanto os critérios adotados estão, efetivamente, protegendo o mercado e seus consumidores, sendo certo, portanto, que é extremamente necessário que esses critérios estejam bem delimitados e concisos.

Diante disso, o presente estudo propõe-se a analisar a conformidade do exame adotado pelo INPI para avaliar a distintividade marcária e a registrabilidade das marcas de posição, buscando, principalmente, responder a seguinte pergunta: Os critérios de avaliação das marcas de posição adotados pelo INPI condizem com a complexidade e relevância dessa nova modalidade no mercado?

⁴ PORTARIA /INPI /PR N° 37, de 13 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/copy2_of_PORT_INPI_PR_37_2021.pdf. Acesso em: 04 set. 2023.

Nesse sentido, o trabalho divide-se em duas perspectivas principais: (1) uma análise do valor e função das marcas e do que representam na atualidade, com base em conceitos e metodologias da área do *branding*, principalmente a teoria de Brand Equity de Aaker, e (2) uma análise técnica com base em fundamentos do Direito, considerando a teoria do *secondary meaning* e estudos de caso de marcas de posição.

Para tanto, a pesquisa partirá de uma metodologia dedutiva, por meio de uma análise doutrinária, bem como uma abordagem qualitativa acerca de dois casos recentes e emblemáticos no âmbito do registro de marcas de posição no direito brasileiro, especificamente os pedidos de registro de marca de posição das renomadas empresas Osklen e Christian Louboutin.

Desse modo, o objetivo geral deste trabalho consiste em conduzir um diagnóstico do cenário atual e traçar suas implicações no que concerne à efetiva proteção da propriedade industrial, considerando o que as marcas representam no mercado contemporâneo. Com base nos resultados da análise, busca-se também sugerir endereçamentos e recomendações para aprimorar os critérios de registro de marcas de posição no INPI, visando fortalecer a proteção da propriedade industrial e promover um ambiente de competição justa no mercado.

1. BRAND EQUITY E O PAPEL DO REGISTRO MARCÁRIO

1.1 Marcas

Antes de qualquer avaliação técnica ou concreta, é imperativo compreender fundamentos referenciais da área do *branding*, incluindo a definição de marca, seu papel no mercado e as implicações associadas ao seu conceito. Assim, para essa primeira análise, tem-se como principal marco o trabalho de Brand Equity de David Aaker⁵, professor emérito de marketing da Haas School of Business na Universidade da Califórnia em Berkeley, conhecido

⁵ AAKER, David A.. **Marcas: Brand Equity** gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, 1998.

como o "pai do branding moderno", que fornece um estudo aprofundado acerca do valor real da marca e dos principais parâmetros para mensurá-lo.

Apesar de entendimentos diversos, seguindo a linha do modelo proposto por Aaker, a existência de uma marca não depende necessariamente do registro legal, embora este represente um componente significativo no conjunto de ativos que impactam o momento de decisão de compra. Na verdade, a marca caracteriza uma expressão de valor que proporciona um sentido muito mais amplo de reconhecimento e associação, capaz de gerar lealdade e diferenciação no mercado.

Em contraponto, na definição da American Marketing Association (AMA)⁶ "Marca é um nome, termo, design, símbolo ou qualquer outra característica que identifica os produtos ou serviços de um vendedor como distintos dos produtos ou serviços de outros vendedores" (tradução livre). Porém, para o autor Marcos Bedendo⁷, a marca não deve mais ser vista de uma maneira tática, limitando-se meramente à sua função tradicional de identificar a origem de um produto, visto que uma definição tão específica pode ser excessivamente restritiva em razão da quantidade de papéis que uma marca desempenha na sociedade contemporânea:

No entanto, ainda que essa seja a definição mais utilizada por autores e profissionais da área, ela pode ser considerada restrita demais para a quantidade de papéis que uma marca desempenha na sociedade contemporânea.

A marca, na definição da AMA, parece subordinada ao produto, pois sua função básica é identificá-lo. Ela é considerada um elemento que nasce a partir do produto e tem a função de ajudar na sua comunicação e posicionamento, em especial com a incumbência de diferenciá-lo da concorrência. Ressalta-se, porém, que a marca já não pode ser vista dessa maneira tática nos tempos atuais.

⁶ "Brand is a name, term, design, symbol, or any other feature that identifies one seller's goods or service as distinct from those of other sellers". (AMERICAN MARKETING ASSOCIATION. **Definitions of Marketing: What Is Marketing?**. Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/>. Acesso em: 29 set. 2023).

⁷ BEDENDO, Marcos. **Branding: processos e práticas para a construção de valor**. São Paulo: Saraiva Educação, p. 30, 2019.

Nesse sentido, o papel da marca vai além da mera oferta de produtos, estendendo-se à criação de conexões valiosas na mente do consumidor. Segundo Bedendo⁸, por vezes, as posições sociais adotadas pelas marcas não estão diretamente relacionadas aos seus produtos, mas são, de todo modo, valorizadas pelos consumidores por indicarem uma ideologia compartilhada, transcendendo a representação de bens e serviços para uma esfera de ideologias sociais, ampliando sua influência e relevância. Por conseguinte, as técnicas de gestão de marcas não se restringem mais apenas aos produtos que as originaram, mas são aplicadas em diversas organizações, demonstrando uma mudança significativa na abordagem e na importância desses elementos na economia atual.

Nessa linha, a função da marca, conforme delineada no trabalho de David Aaker⁹, ultrapassa um aspecto meramente visual, para além da representação de uma razão social, e passa a representar um conjunto de ativos estratégicos de uma empresa, ao mesmo tempo que detém um valor real no mercado. O autor destaca, ainda, que o valor das marcas pode ser também evidenciado pelo que as empresas estão dispostas a pagar por elas, e não é pouco.¹⁰

A título de exemplo, face a relevância e evolução das marcas nos últimos tempos, o relatório Brand Finance Global 500 de 2024¹¹, que publica um ranking das marcas mais valiosas do mundo a cada ano, destacou o crescimento excepcional do valor da marca Apple neste ano, alcançando um aumento de 74%, de USD 219 bilhões para USD 516,6 bilhões, reconquistando, assim, o título de marca mais valiosa do mundo com uma margem significativa.

A pesquisa anual realizada pela consultoria submete 5.000 das maiores marcas a testes, e publica mais de 100 relatórios, classificando marcas em todos os setores e países. No topo da lista, além da Apple com USD 516,6 bilhões, estão a Microsoft com USD 340,4 bilhões, Google com USD 333,4 bilhões, Amazon com USD 308,9 bilhões e Samsung com USD 99,4 bilhões:

⁸ BEDENDO, Marcos. **Branding**: processos e práticas para a construção de valor. São Paulo: Saraiva Educação, p. 48, 2019.

⁹ AAKER, David A.. **Marcas**: Brand Equity gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, 1998.

¹⁰ AAKER, David A.. **Marcas**: Brand Equity gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 8, 1998.

¹¹ BRAND FINANCE. **Global 500 2024 Report**. 2024. Disponível em: <https://brandfinance.com/insights/global-500-2024-report> . Acesso em: 29 abr. 2024.

Figura 1 - The World's Most Valuable Brands 2024



Fonte: Relatório Brand Finance Global 500 de 2024¹²

Esses números evidenciam o valor exorbitante das marcas no mercado contemporâneo, bem como o papel que assumem ao concretizar bases de uma vantagem competitiva sustentável perante uma economia global. Nessa perspectiva, a fim de uma compreensão mais aprofundada do valor das marcas, Aaker propõe o conceito de Brand Equity¹³, que corresponde ao "conjunto de ativos e passivos ligados a uma marca, seu nome e seu símbolo, que se somam ou se subtraem do valor proporcionado por um produto ou serviço para uma empresa e/ou para os consumidores dela".

Segundo o autor, esses ativos podem agregar valor para os consumidores, uma vez que os auxiliam na interpretação, processamento e assimilação de informações sobre produtos e marcas, além de influenciar a confiança durante o processo de compra, seja por meio de experiências passadas ou pela familiaridade com a marca e suas características. E desse mesmo modo, podem também acrescentar valor para a empresa, por meio do fortalecimento da marca

¹² BRAND FINANCE. **Global 500 2024 Report**. 2024. Disponível em: <https://brandfinance.com/insights/global-500-2024-report> . Acesso em: 29 abr. 2024.

¹³ AAKER, David A.. **Marcas: Brand Equity gerenciando o valor da marca**. São Paulo: Negócio Editora, p. 16, 1998.

e do aumento da lealdade do consumidor, contribuindo significativamente para o desempenho financeiro e competitivo no mercado.

Nesse sentido, o investimento na mensuração do Brand Equity pode proporcionar uma série de parâmetros relacionados à marca, tais como a avaliação da eficácia da interação entre a marca e o consumidor, o acompanhamento das tendências do comportamento do consumidor e suas implicações econômicas, bem como a avaliação da percepção e associação da mensagem da marca. Diante disso, é importante destacar que os ativos e passivos que compõem o Brand Equity, bem como sua mensuração, variam de acordo com o contexto e parâmetros utilizados para análise. No entanto, segundo Aaker, esses objetivos podem ser agrupados de forma prática em cinco categorias:

1. Lealdade à marca;
2. Conhecimento do nome;
3. Qualidade percebida;
4. Associações à marca;
5. Outros ativos do proprietário da marca - patentes, registros, relações com os canais de distribuição.

Para o autor, é fundamental manter clientes comprometidos e leais à marca (1)¹⁴. Nesse sentido, mesmo em mercados em que o comprometimento com uma marca é baixo, consolidar a fidelidade gera uma base de clientes com um investimento de aquisição baseado amplamente no passado, desempenhando um papel relevante na exposição da marca e na influência sobre novos consumidores.

Assim, conforme apontado na obra¹⁵, para medir a lealdade à marca, é essencial considerar métricas atualizadas, representativas e significativas que analisem o comportamento

¹⁴ AAKER, David A.. **Marcas: Brand Equity** gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 19 e 35-54, 1998.

¹⁵ AAKER, David A.. **Marcas: Brand Equity** gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 44-47, 1998.

do consumidor, observando, por exemplo, pesquisas de satisfação, valor percebido, padrões de compra e taxas de recompra.

Outro ponto explicitado por Aaker é a relevância do nome da marca (2)¹⁶, que também contribui para a participação no mercado e para uma base sólida de fidelidade, uma vez que os consumidores tendem a preferir marcas conhecidas devido à familiaridade e à percepção de confiabilidade e qualidade associadas ao seu nome. Logo, uma marca reconhecida é vista como uma alternativa de compra confiável e tem mais chances de ser selecionada em comparação aos concorrentes.

O conhecimento da marca¹⁷ refere-se à capacidade do potencial comprador de identificar ou recordar-se da marca como pertencente a uma categoria específica do mercado, pressupondo um intervalo contínuo de sentimentos que influenciam a decisão de compra do consumidor e contribui para a fidelidade à marca ao longo do tempo.

A qualidade percebida (3)¹⁸, por sua vez, é definida como a concepção que os consumidores têm acerca da qualidade geral e da superioridade de um produto ou serviço em comparação com outras alternativas, não necessariamente baseando-se em especificações técnicas, mas sempre partindo de uma consideração relevante e mensurável diante de suas respectivas categorias. Portanto, essa percepção de qualidade exerce uma influência direta nas escolhas de consumo, tornando-se particularmente relevante em situações nas quais o consumidor não possui a motivação ou a capacidade para realizar uma avaliação detalhada acerca do produto ou serviço em que se pretende adquirir.

As associações à marca (4)¹⁹ representam um ponto crucial para o presente estudo, uma vez que caracterizam um dos papéis mais relevantes dos símbolos definidos para registro pelo

¹⁶ AAKER, David A.. **Marcas**: Brand Equity gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 20, 1998.

¹⁷ AAKER, David A.. **Marcas**: Brand Equity gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 59-75, 1998.

¹⁸ AAKER, David A.. **Marcas**: Brand Equity gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 20, 1998.

¹⁹ AAKER, David A.. **Marcas**: Brand Equity gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 109-119, 1998.

sistema marcário, que frequentemente se baseiam em associações específicas ligadas à marca. Essas associações, seguindo a análise do Brand Equity, desempenham diversas funções, como ajudar a processar informações, diferenciar, gerar intenção de compra, criar sentimentos positivos e fornecer uma base para extensões da marca.

Por exemplo, conforme destacado pelo autor²⁰, associações como o vínculo de Karl Malden com o American Express transmite credibilidade e gera maior confiança na empresa. Por outro lado, associações de estilo de vida ou personalidade, como as associadas ao Jaguar, têm o poder de aprimorar a experiência do consumidor, tornando-a única e marcante.

Aaker aponta que uma abordagem direta de medir as associações²¹ é através de escalas de marcas em um conjunto de dimensões, sendo menos vulnerável à interpretação subjetiva. Assim, destaca que as escalas envolvem "determinar dimensões perceptivas, identificando o segmento-alvo, especificando o conjunto da concorrência, apresentando e interpretando os perfis da marca, e finalmente apresentando e interpretando uma representação bi ou tridimensional das percepções".

Deste modo, ressalta, ainda, que esse procedimento possibilita uma análise mais precisa e detalhada das associações da marca com o público-alvo, sendo essencial para entender seu valor e sua posição no mercado, levando em conta qual imagem mental a marca é capaz de estimular, se essa imagem confere uma vantagem competitiva, de que forma a marca e a concorrência estão posicionadas e se existe um slogan ou símbolo que seja um ativo de diferenciação.

Sob o entendimento do autor²², quando a maioria das empresas e produtos são semelhantes, e aspectos como a qualidade de produtos e serviços se tornam difíceis de serem comunicados de forma adequada, um símbolo pode tornar-se o elemento central do Brand

²⁰ AAKER, David A.. **Marcas: Brand Equity** gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 20, 1998.

²¹ AAKER, David A.. **Marcas: Brand Equity** gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 154, 1998.

²² AAKER, David A.. **Marcas: Brand Equity** gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 207-210, 1998.

Equity, representando a característica diferencial da marca, atuando como um comunicador de associações efetivas e, conseqüentemente, tornando-se também um ativo da empresa. Dessa forma, os símbolos têm o potencial de gerar reconhecimento, estabelecer associações e criar conexões que impactam diretamente tanto a qualidade percebida quanto a lealdade à marca, desempenhando, assim, um papel fundamental dentro de cada dimensão do Brand Equity.

Nesse sentido, as “marcas” registráveis no âmbito da propriedade industrial, como o nome, logotipo, os símbolos e a identidade visual, na verdade, dizem respeito aos elementos primários da construção de uma marca, desempenhando um papel indispensável nos processos de comunicação, associação e identificação. Segundo Marcos Bedendo²³, esses elementos são geralmente exclusivos e, portanto, podem deter proteção legal, sendo concebidos pela empresa titular da marca com base em suas definições conceituais.

Por fim, a última categoria apresentada por Aaker representa os outros ativos da marca (5)²⁴, tais como patentes, registros e o relacionamento com os canais de distribuição, que se tornam valiosos quando capazes de conter ou neutralizar os esforços dos concorrentes de confundir ou afetar a base de clientes e a fidelidade à marca por meio da utilização de nomes, símbolos ou embalagens semelhantes. Assim, uma marca registrada protegerá o Brand Equity contra os concorrentes que tentarem confundir os consumidores ou se aproveitar dos esforços da empresa.

Em suma, o Brand Equity é uma medida fundamental, obtida através de esforços consistentes de construção de marca que a permite ter uma diferenciação estratégica, fortalecer a fidelidade e proporcionar uma vantagem emocional em categorias altamente competitivas. Além disso, pode ser compreendido através de diferentes abordagens, como pesquisas de dados mercadológicas, taxas de compra e levantamentos acerca das concepções e associações do público consumidor, fornecendo uma base sólida para estimar o valor da marca.

²³ BEDENDO, Marcos. **Branding**: processos e práticas para a construção de valor. São Paulo: Saraiva Educação, p. 208, 2019.

²⁴ AAKER, David A.. **Marcas**: Brand Equity gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, p. 22, 1998.

1.2 O papel da proteção legal

Como observado, apesar da conceituação abrangente de “marca”, os objetos de registro (marcas nominativas, figurativas, mistas, tridimensionais, marcas de posição, entre outras) referem-se, na verdade, aos elementos que compõem a marca como um relevante ativo estratégico, que também configuram grande importância, uma vez que representam a essência, valores, conexões com consumidores e todas as associações que dizem respeito àquela marca.

Entendendo a função e o valor das marcas, torna-se imperativo estabelecer meios para conceder a proteção a esses elementos que constituem ativos e investimentos tão significativos. Em virtude disso, o Acordo TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)²⁵, que estabelece os padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual a serem observados pelos membros da OMC²⁶, introduziu uma regra facultativa que permite aos países condicionarem o registro de marcas apenas a sinais que possam ser percebidos visualmente ou não. Em linhas gerais, economias competitivas, como os Estados Unidos, adotam um sistema amplo de registro de sinais como marcas, conforme disciplinado pela professora Kone Cesário²⁷:

O TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) acabou por criar uma norma facultativa aos países que podem condicionar o registro como marca apenas aos sinais visualmente perceptíveis. Com isso, as leis dos países divergem muito entre si. De um modo geral, os países desenvolvidos, com mercados mais competitivos, como os Estados Unidos, permitem o registro de qualquer espécie de sinal como marca, até as mais polêmicas marcas olfativas e gustativas, mas com um norte muito claro no direito da concorrência e nas funções e objetivos que toda marca deve cumprir.

²⁵ ACORDO TRIPS. Marrakesh, Morocco, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm. Acesso em: 05 set. 2023.

²⁶ Organização Mundial do Comércio.

²⁷ CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. **As Novas Marcas Visuais**: à luz dos princípios do direito comercial, p. 13, 2016. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Comercial, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Puc/Sp, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19359/2/Kone%20Prieto%20Furtunato%20Ces%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2023.

Por outro lado, a legislação nacional adotou a abordagem mais limitada, o que revela que, em comparação a outros países, o INPI adota critérios notavelmente mais restritos, segundo disposto no art. 122 da Lei de Propriedade Industrial²⁸: "são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais". Logo, para fins de registro perante o procedimento brasileiro, a interpretação do que se entende por "marca", segue a linha da American Marketing Association (AMA)²⁹, estando essencialmente condicionada à capacidade de identificar a origem do produto ou serviço, referindo-se, tão somente, a um sinal visual, conforme também apresentado no item 2.1 do Manual de Marcas do INPI³⁰:

Marca é um sinal distintivo cujas funções principais são identificar a origem e distinguir produtos ou serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa.

De acordo com a legislação brasileira, são passíveis de registro como marca todos os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais, conforme disposto no art. 122 da Lei nº 9279/96.

Nesse sentido, a Lei da Propriedade Intelectual, conforme previsto no art. 129³¹, configura um sistema atributivo de direitos, delimitando a propriedade da marca em tempo determinado e em território nacional. Segundo Newton Silveira e Walter Godoy dos Santos Jr³², a proteção legal dos sinais distintivos utilizados pelo empresário no exercício da empresa é uma garantia do direito de individualização em situações de concorrência e, portanto, signos visuais podem ser registrados como marcas, desde que atendam aos requisitos legais de distintividade, novidade relativa, disponibilidade, veracidade e licitude.

²⁸ BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 05 set. 2023.

²⁹ AMERICAN MARKETING ASSOCIATION. **Definitions of Marketing: What Is Marketing?**. Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/> Acesso em: 29 set. 2023.

³⁰ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. 3 ed. Rio de Janeiro, item 2.1, 2019. Disponível em: <https://manualemarcas.inpi.gov.br/> . Acesso em: 14 ago. 2023.

³¹ BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 05 set. 2023.

³² SILVEIRA, Newton; SANTOS JUNIOR, Walter Godoy dos. **Sinais Distintivos**. São Paulo: Quartier Latin, p. 38, 2021.

Nessa perspectiva, evidencia-se que, por um lado, a recusa em conceder o registro pode prejudicar uma marca amplamente reconhecida, permitindo que terceiros utilizem o sinal distintivo em questão, potencialmente causando confusão entre os consumidores. Por outro lado, a concessão do registro pode criar obstáculos significativos à entrada e permanência de outros competidores no mercado, uma vez que sinais abrangentes e subjetivos poderiam se tornar exclusivos de uma única marca registrante.

Dessa forma, um dos objetivos primordiais da proteção da propriedade industrial é também impedir a concorrência desleal. O artigo 10bis da Convenção de Paris³³ define o ato de concorrência desleal como “qualquer ato de concorrência contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial” e, do mesmo modo, no contexto nacional, a legislação brasileira³⁴ também enfatiza a repressão a esta modalidade:

Art. 2º. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

(...)

V - repressão à concorrência desleal.

Em adição, Nicholas S. Economides³⁵, professor de economia da Universidade de Columbia (Nova York), destaca outras principais motivações que fundamentam a necessidade da proteção jurídica das marcas:

As principais razões da existência e da proteção legal de marcas. são que (1) elas facilitam e aprimoram as decisões de consumo, e (2) elas criam incentivos para que empresas produzam produtos de qualidade desejável mesmo quando esses não são observáveis antes da compra. Ambos efeitos são consequências do fato de que as marcas registradas permitem os consumidores distinguir

³³ CONVENÇÃO DE PARIS PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Estocolmo, 1967. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf> . Acesso em: 05 set. 2023.

³⁴ BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 05 set. 2023.

³⁵ ECONOMIDES, Nicholas. The Economics of Trademarks. **Center For Law & Economic Studies, Columbia University School Of Law**, Nova York, v. 78, n. 21, p. 523-539, 1986.

entre produtos que parecem idênticos em todas as características observáveis antes da compra.

Nesse sentido, o registro protege os símbolos, mas também a própria marca, suas associações, investimentos, a reputação e a integridade da empresa, proporcionando ao público segurança e consistência em suas escolhas, caracterizando também um sistema de proteção aos consumidores. Além disso, a proteção legal das marcas promove a concorrência justa e incentiva a inovação em um ambiente competitivo saudável, uma vez que estimula empresas a investirem em pesquisa e desenvolvimento, bem como a expandirem seus negócios no território brasileiro.

Deste modo, o registro dos elementos também desempenha um papel fundamental na valorização das marcas, conforme delineado pelo autor David Aaker, tendo em vista que marcas bem protegidas têm maior valor no mercado e representam ativos valiosos para as empresas. Assim, um sistema consistente e eficiente de proteção legal é essencial para garantir a justa concorrência e a devida valorização das marcas a longo prazo no mercado.

2. DISTINTIVIDADE MARCÁRIA E A TEORIA DO SECONDARY MEANING

2.1 A Distintividade no Sistema Marcário Brasileiro

No âmbito empresarial, um dos principais fundamentos de uma marca é a sua capacidade distintiva, contribuindo significativamente para seu nascimento, reconhecimento e manutenção no mercado. A consolidação da marca está intrinsecamente associada à sua distintividade, surgindo no momento inaugural em que esta lhe confere uma identidade singular e memorável, viabilizando sua introdução no mercado e uma pronta identificação pelos consumidores em meio à concorrência, o que constitui também seu reconhecimento e manutenção.

Sob essa perspectiva, a marca reflete no conjunto de sinais distintivos de uma empresa, os quais englobam também o nome empresarial, título do estabelecimento comercial, indicações geográficas, domínios, dentre outros. No âmbito da proteção legal, a capacidade distintiva também configura um dos principais aspectos da registrabilidade marcária, sendo prevista como um critério substancial no art. 122 da Lei de Propriedade Industrial³⁶.

Por certo, sem esse atributo, os consumidores não poderão distinguir produtos e serviços de seus concorrentes, invalidando assim uma das principais funções de uma marca: a identificação de sua origem. Conforme descreve Maitê Moro³⁷, a distintividade "significa a capacidade que o sinal tem, por suas características particulares, de individualizar e identificar o produto ou serviço por ele assinalado".

E seguindo essa linha, segundo o autor Denis Borges Barbosa, a distintividade marcária caracteriza dois aspectos primordiais, a origem e a capacidade diferencial:³⁸ "Ao designar um produto, mercadoria ou serviço, a marca serve, tradicionalmente, para assinalar a sua origem e, em face de outras marcas para itens competitivos, indicar a diferença".

Os dois critérios destacados são percebidos na legislação brasileira, delineados no art. 124, VI, da Lei de Propriedade Industrial (LPI)³⁹, que veda o registro de sinais que possuam caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando relacionados com o produto ou serviço a distinguir. Essa disposição legal tem por objetivo assegurar que sinais desprovidos de distintividade não confundam os consumidores diante dos produtos ou serviços semelhantes disponíveis no mercado. Um exemplo dessa restrição pode ser encontrado no item 5.9.3 do Manual de Marcas do INPI⁴⁰:

³⁶ BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 05 set. 2023.

³⁷ MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Marca tridimensional, sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade intelectual**. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁸ BARBOSA, Denis Borges. **Da questão da distinguibilidade das marcas nas marcas não convencionais**. P. 1, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/4397051/Da_questao_da_distinguibilidade_das_marcas . Acesso em: 29 out. 2023.

³⁹ BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 05 set. 2023.

⁴⁰ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas: Exame Substantivo**. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9.3, 2019. Disponível em:

Figura 2 - Exemplos de Sinais de Caráter Genérico

VESTUÁRIO	Irregistrável para assinalar roupas.
ALIMENTO	Irregistrável para assinalar produtos alimentícios ou serviços de alimentação.
VEÍCULO	Irregistrável para assinalar motos, carros e bicicletas.

Fonte: Manual de Marcas do INPI⁴¹.

Ainda, esses critérios atendem também ao conceito de novidade relativa que, segundo Newton Silveira e Walter Godoy dos Santos Jr⁴², consiste em três circunstâncias que devem ser adequadamente observadas pelo sinal adotado para conformar-se à sua destinação: a) a marca pode consistir em um sinal completamente novo, desde que seja plenamente hábil a atingir sua finalidade; b) pode consistir em um sinal já existente, desde que não induza ao erro sobre sua natureza, qualidade ou origem do produto ou serviço; c) pode indicar qualidades genéricas, como cores, letras ou algarismos, desde que apresente uma a forma característica distinta.

Diante dessa análise, é evidente que a legislação brasileira adota uma abordagem que não configura um caráter absoluto em relação ao requisito de "novidade" para constituir marcas registradas, destacando algumas condições e possibilidades definidas que, em suma, demonstram que a principal preocupação reside na capacidade essencial de diferenciar os produtos ou serviços em um contexto concorrencial, a fim de evitar qualquer indução ao erro por parte dos consumidores quanto à natureza, características ou origem da marca.

https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio#593-Sinal-irregistr%C3%A1vel-por-seu-car%C3%A1ter-gen%C3%A9rico-necess%C3%A1rio-comum-vulgar-ou-simplesmente-descritivo . Acesso em: 14 ago. 2023.

⁴¹ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas: Exame Substantivo**. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9.3, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio#593-Sinal-irregistr%C3%A1vel-por-seu-car%C3%A1ter-gen%C3%A9rico-necess%C3%A1rio-comum-vulgar-ou-simplesmente-descritivo . Acesso em: 14 ago. 2023.

⁴² SILVEIRA, Newton; SANTOS JUNIOR, Walter Godoy dos. **Sinais Distintivos**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 54.

No que diz respeito ao procedimento de registro, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) utiliza uma metodologia objetiva para avaliar a distintividade de um sinal marcário, conforme apresentado no item 5.9, "Análise do requisito de distintividade do sinal marcário" disposto no Manual de Marcas⁴³. Nesse processo, os sinais são classificados em diferentes graus de distintividade, começando pelos não distintivos, que englobam termos, expressões ou imagens que simplesmente descrevem o produto ou serviço em questão, assim como aqueles que não são prontamente percebidos como marcas pelo público consumidor.

Em seguida, estão os sinais sugestivos ou evocativos, que embora sugiram ou aludem características dos produtos ou serviços, não os descrevem diretamente, tornando-os passíveis de registro. Há também os sinais arbitrários, cujo significado não guarda relação conceitual com os produtos ou serviços, e, por fim, os sinais fantasiosos que, desprovidos de qualquer significado intrínseco, também são considerados mais distintivos e, portanto, mais propensos a serem registrados como marcas.

Para ilustrar a presente descrição, o item 5.9.1 do Manual dispõe de uma tabela⁴⁴ com casos exemplificativos para cada categoria de distintividade:

⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/05_Exame_substantivo. Acesso em: 14 ago. 2023.

⁴⁴ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9.1, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio#591-Orienta%C3%A7%C3%B5es-gerais-para-an%C3%A1lise-da-distintividade. Acesso em: 14 ago. 2023.

Figura 3 - Tabela de Graus de Distintividade

Produto ou serviço	Sinais irregistráveis	Sinais registráveis		
	Não distintivo	Evocativo/Sugestivo	Arbitrário	Fantasiado
Sapato	Calçados Bota Pisante De couro	Multishoes	Dakota	Osklen
Aguardente	Bebida Rum Amarga	Dona Pinga	Pitu	Sagatiba
Avião	Aeronaves Teco-teco Supersônico	Airbus	Tucano	Elbit
Transporte aéreo	Transporte Companhia aérea Linhas aéreas Italiana	Fastjet	Gol	Zimex
Trompete	Instrumentos de sopro Trombeta Pistão	Som Bemol	Jupiter	Weril

Fonte: Manual de Marcas do INPI⁴⁵.

Apesar da análise objetiva proporcionada por essa metodologia, é importante reconhecer que a avaliação da distintividade dividida em diferentes graus pode ser complexa e suscitar diversas interpretações perante casos concretos, especialmente em cenários onde há sobreposição entre distintas categorias ou a presença de mais de um elemento marcário, como é o caso das marcas de posição que serão analisadas posteriormente.

2.2 A teoria do Secondary Meaning

Uma análise adicional relevante para este estudo é a teoria do *secondary meaning*, também conhecida como o significado secundário da marca. Em contraposição à abordagem convencional que se concentra na análise da aparência inerente ou das características intrínsecas

⁴⁵ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9.1, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio#591-Orienta%C3%A7%C3%B5es-gerais-para-an%C3%A1lise-da-distintividade . Acesso em: 14 ago. 2023.

de uma marca, essa teoria incorpora o significado adicional ou associativo que uma marca adquire ao longo do tempo, mediante o uso contínuo e o reconhecimento por parte do público consumidor.

A teoria do *secondary meaning* surge como um parâmetro mercadológico da distintividade marcária, que direciona sua atenção para o público consumidor. De acordo com J. Thomas McCarthy⁴⁶, reconhecido jurista e doutrinador americano, o sentido secundário é "um novo significado que atribui a uma palavra ou símbolo não inerentemente distintivo, pelo qual os clientes usam essa palavra ou símbolo como uma marca de produto ou serviço para identificar e distinguir uma única fonte comercial" (tradução livre).

Em adição, Lélío Denicoli Schmidt⁴⁷ observa, portanto, que um sinal inicialmente fraco e não distintivo, quando utilizado comercialmente e presente no mercado por um longo período, pode provocar uma mudança na percepção mental do consumidor, gerando um "segundo" significado associado ao produto ou serviço.

Para comprovar o *secondary meaning*, J. Thomas McCarthy⁴⁸ lista três meios, que devem ser apresentados pelo requerente no momento de registro, capazes de evidenciar a alegação de que a marca adquiriu distintividade secundária:

- a) Evidências diretas ou circunstanciais que demonstrem que a classe relevante de consumidores associa a marca ao seu titular requerente. Isso pode incluir pesquisas de mercado, posicionamento de consumidores ou outras formas de prova que demonstram a identificação da marca com o fornecedor específico dos produtos ou serviços em questão.

⁴⁶ "Secondary meaning [trademark] A new meaning that attaches to a noninherently distinctive word or symbol, by which customers use that word or symbol as a trademark or service mark to identify and distinguish a single commercial source." (MCCARTHY, J. Thomas. **McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property**. 2. ed. Washington, Dc: The Bureau Ofnational Affairs, p. 394, 1991).

⁴⁷ SCHMIDT, Lélío Denicoli. **Secondary meaning, vulgarização e teoria da distância**. Editora Saraiva. São Paulo, p. 130, 2013.

⁴⁸ MCCARTHY, J. Thomas. **McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property**. 2. ed. Washington, Dc: The Bureau Ofnational Affairs,. p. 394 e 395, 1991.

- b) Demonstrações de uso substancial e contínuo da marca pelo titular requerente nos cinco anos anteriores à data em que a alegação de distintividade é feita.
- c) Demonstração da titularidade de um ou mais registros anteriores da mesma marca para bens ou serviços relacionados. No entanto, essa prova é geralmente considerada apenas se os registros anteriores também foram baseados na constatação de significado secundário da marca.

Nessa linha, tendo em vista que a teoria do *secondary meaning* expressa um parâmetro mercadológico direcionado à percepção do público consumidor, percebe-se que a análise para realizar essa constatação se assemelha aos objetivos de mensuração do Brand Equity⁴⁹. Logo, esses preceitos também podem ser utilizados para uma avaliação mais apurada do segundo significado da marca, com pesquisas mercadológicas voltadas ao consumidor apresentadas pelo titular no processo de registro, quando necessário.

Para que um símbolo inicialmente não distintivo passe a ser reconhecido, precisa representar uma marca bem estabelecida e de valor, capaz de estabelecer associações efetivas com seus consumidores, o que inclui o reconhecimento do nome, a percepção de qualidade associada e a lealdade dos consumidores, que se traduzem em uma relação duradoura e favorável com a marca.

Além disso, a indicação de outros ativos, como registros anteriores, seja em outros países ou nacionalmente, podem fortalecer a evidência de que a marca é reconhecida o suficiente para adquirir o *secondary meaning* de determinado símbolo, contribuindo para consolidar a presença da marca no mercado e reforçar sua identidade perante os consumidores.

Nesse sentido, ao considerar o *secondary meaning* como parte do processo de registro de marcas, é possível também beneficiar-se da abordagem abrangente do Brand Equity de uma empresa, avaliando não apenas a distintividade inerente do sinal em si, mas também sua relevância e reconhecimento no contexto da integralidade de forma mais precisa,

⁴⁹ AAKER, David A.. **Marcas**: Brand Equity gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, 1998.

proporcionando decisões mais embasadas e alinhadas com a realidade do mercado, promovendo também uma maior eficiência e legitimidade no processo de registro de marcas.

Ainda, cumpre salientar que a consideração desse instituto consistiria em uma análise facultativa para aquelas marcas que não possuem uma distintividade inerente, mas desejam comprovar sua distinção adquirida ao longo do tempo para tornarem-se aptas ao registro. Em geral, não constitui um requisito obrigatório.

Outro ponto a se observar é que essa capacidade distintiva costuma ser mais comum nos países de *Common Law*, como os Estados Unidos, onde o sistema declarativo de direitos permite que o uso comercial e mercadológico confira à marca seu direito, em contraste com o sistema atributivo, comumente adotado em países de *Civil Law*, como o Brasil, onde o direito exclusivo à marca é obtido através do registro legal.

José Carlos Tinoco Soares⁵⁰ destaca a natureza jurisprudencial da teoria ao descrever uma das primeiras decisões judiciais envolvendo o *secondary meaning*, datada em 1872 no Reino Unido, em que um símbolo inicialmente era considerado pouco distintivo acabou adquirindo suficiente reconhecimento através do uso comercial prolongado. Nesse sentido, a jurisprudência em questão estabeleceu um precedente significativo para casos envolvendo a aquisição e a proteção de marcas com base em seu significado secundário, visando a manutenção da integridade e exclusividade das marcas no mercado.

Ao longo do tempo, a teoria do *secondary meaning* ganhou considerável relevância, principalmente nos Estados Unidos, e passou a ser reconhecida e formalizada no artigo 15.1 do Acordo TRIPS⁵¹, que estabelece que os membros podem condicionar a possibilidade de registro de uma marca ao seu caráter distintivo adquirido pelo uso. No entanto, como apontado anteriormente, o Brasil optou por adotar apenas o padrão mínimo exigido em sua legislação nacional.

⁵⁰ SOARES, José Carlos Tinoco. **Tratado da Propriedade Industrial**: marcas e congêneres. São Paulo: Jurídica Brasileira, p.879-880, 2003.

⁵¹ ACORDO TRIPS. Marrakesh, Morocco, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm . Acesso em: 05 set. 2023.

Consequentemente, não é um parâmetro reconhecido na avaliação de distintividade marcária pelo INPI. Segundo o entendimento de Edson da Costa Lobo, ex-Procurador e ex-Diretor de Marcas do INPI, durante o XXVI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual⁵² em agosto de 2006, o conceito de *secondary meaning* teria aplicação restrita aos países que adotam o sistema declaratório de direitos, não se estendendo ao Brasil e aos países que adotam o sistema atributivo de direitos, juntamente com o princípio "first to file" (primeiro a depositar o pedido).

Acrescenta ainda que o *secondary meaning* seria aplicável apenas às marcas já registradas no exterior e posteriormente solicitadas no Brasil, quando aplicável o princípio "telle quelle" previsto no art. 6º, Quinquies, A (1) da Convenção da União de Paris (CUP)⁵³. Para Costa Lobo, o sistema atributivo de direitos não permite que o INPI analise e leve em consideração as circunstâncias ocorridas antes da data do depósito da marca, restringindo-se à análise da distintividade intrínseca e à comparação com outros sinais já registrados.

Em contrapartida, segundo o autor Carlos Eduardo Neves de Carvalho⁵⁴, esse entendimento é controverso, visto que contraria o princípio constitucional da isonomia e o princípio unionista da Convenção da União de Paris (CUP) referente ao tratamento nacional, atribuindo certa vantagem aos estrangeiros em detrimento das marcas nacionais, resultando em um tratamento desigual. Nesse sentido:

Assim, o *secondary meaning* não teria nenhuma incompatibilidade com o sistema atributivo de direitos, uma vez que a Convenção de Paris deve ser aplicada no Brasil como dispositivo de Lei interna, por se tratar de tratado. - lei, que estabelece direitos e obrigações diretamente para as partes privadas. O conteúdo do art.6º, Quinquies, C (1), é claro ao dispor que "para determinar se a marca é suscetível de proteção deverão ser levadas em consideração todas as circunstâncias de fato, particularmente a duração do uso da marca".

⁵² XXVI Seminário nacional da propriedade intelectual: propriedade intelectual, políticas públicas e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2006.

⁵³ "Art. 6o quinquies A . - (1) Qualquer marca de fábrica ou de comércio regularmente registrada no país de origem será admitida para registro e protegida na sua forma original nos outros países da União, com as restrições indicadas no presente artigo." (CONVENÇÃO DE PARIS PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Estocolmo, 1967. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf> . Acesso em: 05 set. 2023).

⁵⁴ CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. **Aquisição e Perda de Distintividade Marcária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 107-112.

Além disso, apesar de não ser considerado em âmbito administrativo, o *secondary meaning* já foi reconhecido algumas vezes no ordenamento jurídico brasileiro, anulando decisões administrativas de indeferimento para reconhecer o caráter distintivo e secundário devido a longa duração do uso das marcas no mercado consumidor. É o caso das marcas: POLVILHO ANTISSEPTICO⁵⁵ e ALPARGATAS⁵⁶.

Em suma, o *secondary meaning* representa um instituto direcionado primariamente ao consumidor e à posição estratégica da marca no mercado, considerando a aquisição de distintividade devido ao uso prolongado e investimentos de posicionamento no mercado. Tendo em vista que o processo de registro de marca no INPI não permite a aplicação dessa teoria, evidencia-se uma controvérsia entre os âmbitos administrativo e judicial, refletindo também a necessidade de uma análise mais aprofundada e de uma possível revisão das diretrizes para alcançar uma maior convergência acerca do reconhecimento desse fenômeno.

3. MARCAS DE POSIÇÃO

3.1 Marcas não convencionais

As marcas convencionais são aquelas comumente adotadas por sistemas marcários, limitadas aos símbolos visualmente perceptíveis. Entre elas, destacam-se diferentes formas: a nominativa, que compreende elementos como palavras e algarismos, sem deter qualquer estilização dos elementos; a figurativa, representada por desenhos, imagens ou figuras; e a forma mista, que resulta da junção de elementos nominativos e figurativos.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal do RJ. **Apelação cível** n° 102.635, 5° Turma, Relator Min. Pedro Aciole. Publicado no Diário Oficial de 17/10/1985, p. 18.379.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível** n° 82.301-1, 2° Câmara Cível, Rel. Des. César Peluso, julgado em: 10-02-1987.

Como observado no primeiro capítulo, à medida que a era da globalização avança substancialmente e o mercado pós-industrial se transforma de modo crescente, o papel das marcas passa a transcender sua função meramente indicativa. Mais do que isso, as marcas tornaram-se ativos estratégicos de primordial importância para as empresas, assumindo uma posição significativa na mente dos consumidores, como um reflexo das mudanças socioeconômicas e tecnológicas que têm delineado o panorama mercantil nas últimas décadas.

Por conseguinte, as marcas não só começaram a adquirir uma posição inédita no mercado, como revelaram a necessidade da criação de novas modalidades e uma busca incessante pela inovação como maior diferencial competitivo no âmbito concorrencial. Segundo Marcos Bebendo⁵⁷, essa perspectiva revela uma tendência crescente do mercado:

À medida que se desenvolvem, os mercados tendem a ter sua competitividade mais acirrada. Isso significa que, com o aumento da penetração de certos produtos e serviços, eles se tornam mais atraentes para novas empresas, que entram no mercado oferecendo produtos ou serviços similares. Os competidores, na tentativa de sustentar sua rentabilidade, buscam maneiras de se diferenciar e oferecer valor superior.

Assim, para além das marcas visualmente perceptíveis, sejam nominativas, figurativas ou mistas, surgem as novas modalidades de marcas: marcas tridimensionais, *trade dress*⁵⁸, olfativas, sonoras, marcas de posição, dentre outras. Por seu caráter disruptivo, essas novas categorias recebem o título de *nontraditional marks*, segundo o autor Thomas Arden⁵⁹:

⁵⁷ BEDENDO, Marcos. **Branding**: processos e práticas para a construção de valor. São Paulo: Saraiva Educação, p. 7 e 8, 2019.

⁵⁸ O *trade dress* (ou conjunto-imagem) é o conjunto de características visuais que compõem um produto ou serviço, permitindo ao consumidor identificar e individualizá-lo dos seus concorrentes, podendo estar associado à marca em si ou a um produto específico. Em outras palavras, é a imagem ou aparência total de um produto ou sua embalagem que é reconhecida pelo público em geral.

⁵⁹ "Traditionally, trademarks, or symbols of origin, have consisted of words, logos, or other graphic design applied to products or packaging. Over times, however, other elements have been used or have served to identify the source of product or service. Such "nontraditional marks" usually have consisted of the following types of marks: product, designs or configurations, colors, scents, and sound. In addition to these four types of marks, rights in moving images, dubbed "motion marks", which can combine colors, sounds, and aspects of product designs, can be considered under the "nontraditional marks" banner." (ARDEN, Thomas P.. **Protection of Nontraditional Marks**: Trademark Rights in Sounds, Scents, Colors, Motions and Product Design in the U.S. Estados Unidos: International Trademark Association, 2000).

Tradicionalmente, as marcas registradas, ou símbolos de origem, costumavam ser compostas por palavras, logotipos ou outros designs gráficos aplicados a produtos ou embalagens. Com o tempo, no entanto, outros elementos começaram a ser utilizados para identificar a origem de um produto ou serviço. Essas "marcas não tradicionais" geralmente incluem os seguintes tipos de marcas: produtos, designs ou configurações, cores, fragrâncias e sons. Além desses quatro tipos de marcas, também existem os direitos sobre imagens em movimento, conhecidas como "marcas de movimento", que podem combinar cores, sons e aspectos dos designs de produtos, sendo consideradas sob a mesma categoria de "marcas não tradicionais". (tradução livre)

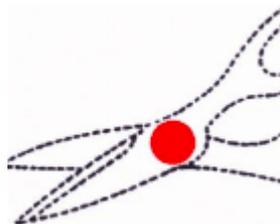
As marcas de posição, uma dentre as diversas possibilidades de marcas não tradicionais, têm suas origens no contexto jurídico com o primeiro registro documentado em um caso da jurisdição da Alemanha, conforme explicitado por Kone Cesário⁶⁰, "A melhor definição de marca de posição pode ser extraída da decisão que tratou da proteção registral para um ponto vermelho localizado na junção de uma tesoura, caso importante que gerou uma definição precisa sobre esse sinal (EU n° 001777176)".

Assim, esse marco histórico ocorreu com a concessão da proteção legal para um ponto vermelho localizado na junção de uma tesoura sob o tom de cor Pantone vermelho 032 C, de titularidade da ZWILLING J.A. Henckels AG, sendo descrito no processo de registro da seguinte forma⁶¹: "A proteção da marca é reivindicada para um ponto vermelho na junção de um par de tesouras (tom de cor Pantone vermelho 032 C); outros designs distintos e/ou características de design na representação pictórica não são componentes da marca registrada". (tradução livre)

⁶⁰ CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. **As Novas Marcas Visuais: à luz dos princípios do direito comercial**, p. 79, 2016. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Comercial, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Puc/Sp, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19359/2/Kone%20Prieto%20Furtunato%20Ces%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2023.

⁶¹ "Trademark protection is claimed for a red dot on the joint of a pair of scissors (colour tone Pantone red 032 C); other distinguishing designs and/or design features in the pictorial representation are not trademark components." (EUIPO, Registro n. 001777176)

Figura 4 - Representação da marca da tesoura



Fonte: EUIPO⁶²

Inicialmente, houve controvérsias acerca da concessão, mas a OHIM⁶³ concluiu que o público consumidor médio era plenamente capaz de reconhecer sinais complexos, desde que estes apresentassem características distintas e memoráveis. No caso em questão, ficou demonstrado que a parte depositante foi a primeira a utilizar a característica reivindicada como marca, ou seja, restou evidenciado que não se tratava de um sinal comum no mercado, bem como, não configurava um caráter inventivo ou funcional. Assim destaca o autor Leandro Barbas⁶⁴:

A marca consiste na afixação de uma pequena "tampa", sempre na cor vermelha, a cobrir o parafuso que corriqueiramente permite a ligação das duas hastes constitutivas da tesoura. A análise concluiu que a afixação desta tampa não decorria de necessidade técnica e nem se traduzia em melhoria no produto, pelo que foi descartada a hipótese de funcionalidade, também levantada pelo examinador primário. Este outro aspecto também denota outro cuidado estritamente jurídico que a proteção das marcas de posição exige: a ausência de funcionalidade.

Este caso, amplamente reconhecido no âmbito da propriedade industrial, estabeleceu um precedente significativo para esse tipo de marca, uma vez que outros elementos ou

⁶² EUIPO, Registro n. 001777176

⁶³ Office for Harmonization in the Internal Market. Órgão responsável na época por decidir sobre recursos em questões de Propriedade Intelectual na União Europeia.

⁶⁴ BARBAS, Leandro Moreira. **Marcas Não Tradicionais**: mapeamento, problemática e experiência internacional. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, p. 225, 2015. Disponível em: <https://adelpa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/022d284d-373e-4185-94fa-703283b355a9/content> . Acesso em: 25 fev. 2024.

características de design presentes na representação da tesoura não foram considerados componentes protegidos da marca, mas sim o conjunto marcário caracterizado pela união do sinal e a posição em que este se encontra.

Segundo publicação da Revista da ABPI⁶⁵, posteriormente, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) conduziu uma pesquisa para avaliar a interpretação dos países acerca das marcas registráveis. Nesse contexto, o Singapore Treaty on the Law of Trademarks, ou Tratado de Singapura⁶⁶, no qual o Brasil não é signatário, estabeleceu uma ampliação das disposições estabelecidas no "Trademark Law Treaty of 1994"⁶⁷ que se referia apenas às marcas tradicionais visualmente perceptíveis, definindo a primeira regulamentação abrangente das marcas não tradicionais em março de 2006, incluindo uma disposição geral sobre as marcas de posição em seu artigo 3º (8)⁶⁸:

[Marca de Posição] Quando a aplicação contiver uma declaração de que a marca é uma marca de posição, a reprodução da marca deverá consistir de uma única visualização da marca mostrando sua posição no produto. O Escritório pode exigir que seja indicada a matéria para a qual não se reivindica proteção. O Escritório também pode exigir uma descrição explicando a posição da marca em relação ao produto. (tradução livre)

Nesse contexto, é relevante observar que reconhecidas instituições de Propriedade Industrial, tais como o USPTO (United States Patent and Trademark Office) e EUIPO (European Union Intellectual Property Office), já adotavam uma abordagem mais inclusiva em relação às diversas formas de apresentação de marcas, e inclusive referentes às marcas de

⁶⁵ VERGAÇA, Beatriz. **Sinais Distintivos Não Tradicionais: O Caso Louboutin**. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, v. 148, p. 39-53, maio/junho, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/36838142/Sinais_Distintivos_N%C3%A3o_Tradicionais_O_Caso_Louboutin?auto=download. Acesso em: 27 mar. 2024.

⁶⁶ Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Tratado Internacional, 2006. Tratado de Singapura. Singapura, 2006. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/290013>. Acesso em: 24 Out. 2023.

⁶⁷ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). Tratado (1994). Trademark Law Treaty. Geneva, 27 out. 1994. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/294357>. Acesso em: 05 nov. 2023.

⁶⁸ "[Position Mark] Where the application contains a statement to the effect that the mark is a position mark, the reproduction of the mark shall consist of a single view of the mark showing its position on the product. The Office may require that matter for which protection is not claimed shall be indicated. The Office may also require a description explaining the position of the mark in relation to the product." (Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Tratado Internacional, 2006. **Tratado de Singapura**. Singapura, 2006. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/290013>. Acesso em: 24 Out. 2023).

posição, mesmo antes da concretização da denominação dessa modalidade no Tratado de Singapura, como é o caso supracitado da tesoura na Alemanha e a marca da ADIDAS AG⁶⁹ registrada em 1999 nos Estados Unidos.

3. 2 Marcas de Posição no Brasil

É cada vez mais comum em jurisdições internacionais a adoção de uma abordagem mais abrangente no que tange à legislação de marcas, expandindo o escopo para incluir não apenas as marcas tradicionais, mas também as não convencionais. Como tratado anteriormente, essa tendência reflete uma concepção crescente de que, do ponto de vista do consumidor, uma marca vai além de um simples símbolo visual e abrange diversos outros elementos combinados, como a reputação, experiência do cliente, valores percebidos e outras qualidades tangíveis e intangíveis de uma empresa.

Por outro lado, a legislação nacional adotou a abordagem mais limitada e por muitos anos, o Brasil restringiu-se à adoção exclusiva das marcas convencionais, não reconhecendo o registro das marcas de posição, ainda que visualmente perceptíveis. Tal limitação representava uma distinção significativa no sistema de proteção da propriedade industrial do país, com potenciais consequências negativas para o mercado, empresas e seus consumidores, tendo em vista que a falta de regularização das marcas de posição implicava em um cenário onde valiosos ativos de empresas, desprotegidos legalmente, tornavam-se vulneráveis à apropriação indevida por terceiros e à concorrência desleal.

A respeito disso, em 1979, a empresa Levi Strauss & Co., buscando resguardar seus ativos empresariais, depositou o pedido de registro⁷⁰ de número 790053853 para uma marca de posição na categoria de marca figurativa. A ação foi motivada pela inexistência de uma categoria específica para a correta configuração de um detalhe presente na costura do bolso

⁶⁹ USPTO, Registro n. 2278589.

⁷⁰ INPI, Registro n. 790053853.

traseiro das calças jeans da empresa, junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

Contudo, o pedido foi inicialmente indeferido em âmbito administrativo, resultando em uma disputa judicial que perdurou por 29 anos. Somente após esse extenso litígio, a nulidade do ato administrativo foi reconhecida, culminando na concessão do registro, conforme decisão proferida no AgRg no REsp 638033 RJ 2004/0003983-5º pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁷¹.

É relevante salientar que o registro foi efetuado na modalidade de marca figurativa, conferindo proteção exclusivamente ao "desenho" em si, sem considerar a posição específica do elemento, o que resultou em uma proteção parcial do conjunto marcário. Casos como este representam como uma lacuna na regulação das marcas de posição pode representar um desafio significativo para as empresas, uma vez que não conseguem proteger integralmente suas marcas como um todo. Nesse sentido, destacam André Reis e Lilian Turlão⁷²:

No entanto, esses registros não garantiam ao seu titular a mesma segurança jurídica que os registros específicos para marcas de posição (...). Isso porque cada uma dessas modalidades tem uma função própria e específica, além de formas de apresentação distintas: enquanto a marca figurativa é formada por figuras ou desenhos. A marca de posição é constituída especificamente por um sinal apostado em uma posição peculiar de um produto.

Além da estratégia de registro de marcas de posição como figurativas, o ingresso no Judiciário também foi uma alternativa utilizada pelos titulares dessas marcas em busca do reconhecimento de proteção legal específica.

⁷¹ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL.MARCA. APURAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE QUE O DESENHO APRESENTADO NÃO ERA OBJETO DE PEDIDO DE REGISTRO PELA AUTORA. REVISÃO IMPEDIDA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. O recurso que pretende rever a conclusão da origem quanto à insuficiência de distintividade do conjunto apresentado, reclama o reexame do contexto fático-probatório, esbarrando na Súmula nº 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 638033 RJ 2004/0003983-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/02/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2013)

⁷² REIS, André; TURLÃO, Lilian. Marcas de posição no Brasil: um estímulo à proteção dos sinais não tradicionais. **Migalhas**. 21 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356914/marcas-de-posicao-no-brasil-um-estimulo-a-protecao>. Acesso em: 24 out. 2023.

Em setembro de 2021, como resultado de controvérsias judiciais e do crescimento exponencial da concorrência, após a realização da Consulta Pública nº 1 de 05 de abril de 2021 acerca da registrabilidade e diretrizes de exame de marcas de posição, um notável progresso na esfera da propriedade industrial brasileira ocorreu com a promulgação do marco regulatório dessa categoria. A regulamentação foi instituída por meio da Portaria n. 37⁷³ e recebeu orientação procedimental por meio da Nota Técnica n. 02/2021⁷⁴, restando definido que:

Art. 1º Será registrável como marca de posição o conjunto distintivo capaz de identificar produtos ou serviços e distingui-los de outros idênticos, semelhantes ou afins, desde que:

I – seja formado pela aplicação de um sinal em uma posição singular e específica de um determinado suporte;

II – a aplicação do sinal na referida posição do suporte possa ser dissociada de efeito técnico ou funcionado.

Assim, para fins de registro no sistema marcário brasileiro, define-se por marca de posição aquela que se origina da aplicação de um sinal em uma posição específica e única em um determinado suporte, resultando em um conjunto distintivo capaz de identificar e diferenciar produtos ou serviços de outros semelhantes ou relacionados.

3.3 Do procedimento de registro das Marcas de Posição

O procedimento de análise da registrabilidade de marcas adotado pelo sistema brasileiro também se mostra mais limitado e a adesão tardia gera outros questionamentos acerca dos limites e eficácia desse amparo. Conforme observado por Samara Carvalho de Souza Silva⁷⁵:

⁷³ PORTARIA /INPI /PR Nº 37, de 13 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/copy2_of_PORT_INPI_PR_37_2021.pdf . Acesso em: 04 set. 2023.

⁷⁴ Nota Técnica INPI/CPAPD nº 02/2021. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/NT_INPI_CPAPD_02_21.pdf . Acesso em: 04 set. 2023.

⁷⁵ SILVA, Samara Carvalho de Souza. **As marcas de posição e a diluição por ofuscação**: uma análise da noção de “posição comum” como condição de vedação de registro marcário perante o INPI. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/19146/1/SCSSilva.pdf> . Acesso em: 04 set. 2023.

Assim, os empresários se viam sem a possibilidade de tutela pelo direito da propriedade intelectual dos sinais distintivos não tradicionais, que crescem exponencialmente no comércio, tendo em vista a necessidade de inovação frente a concorrência cada vez mais acirrada. Nesse sentido, a regulamentação das marcas de posição pela Portaria/INPI/PR 37 e pela Nota Técnica INPI/CPAPD 2/21 representou um passo importante em direção ao avanço no sistema de marcas do país. Entretanto, com a regulamentação tardia de sinal distintivo não convencional, surgem novos questionamentos em relação aos desdobramentos da possibilidade de proteção das marcas de posição no país.

Apesar da recente regulamentação da proteção legal de marcas de posição, o procedimento permanece muito similar ao que era direcionado às marcas tradicionais e, diferentemente de outros países, alguns institutos como o *secondary meaning*, não são considerados no processo de análise.

Em suma, o procedimento de registro é dividido em algumas etapas. Conforme descrito no Manual de Marcas do INPI⁷⁶, após efetuado o depósito do pedido, realiza-se uma análise preliminar para verificar a presença e a conformidade dos documentos exigidos, bem como para identificar possíveis disparidades entre as informações fornecidas pelo requerente e aquelas registradas no sistema e a adequação da especificação dos produtos ou serviços em relação às classes solicitadas, levando-se em consideração outras petições associadas ao processo que possam impactar o resultado da análise. Após a conclusão dessas etapas e não havendo identificação de irregularidades que exijam formulações de exigências, procede-se ao exame substantivo do pedido.

Enquanto as primeiras etapas cumprem suprir algumas formalidades, o Exame Substantivo, por sua vez, consiste em uma avaliação decisiva da registrabilidade, incluindo a análise da distintividade marcária e a disponibilidade da marca. Conforme disposto no item 5 do Manual⁷⁷:

⁷⁶ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**. 3 ed. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://manualdemarcas.inpi.gov.br/> Acesso em: 07 mar. 2024.

⁷⁷ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas: Exame Substantivo**. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/05_Exame_substantivo . Acesso em: 06 dez. 2023.

O exame substantivo de um pedido de registro de marca é a etapa em que é verificado se o sinal pleiteado respeita as condições previstas em lei, atendendo aos seguintes critérios: A marca deve consistir em sinal visualmente perceptível; Os sinais visualmente perceptíveis devem revestir-se de distintividade para se prestarem a assinalar e distinguir produtos ou serviços dos demais de procedência diversa; A marca pretendida não pode incidir em quaisquer proibições legais, seja em função da sua própria constituição, do seu caráter de liceidade e veracidade ou da sua condição de disponibilidade.

Assim, no que concerne à extensão da proteção conferida pelo registro da marca de posição, é relevante ressaltar que sua esfera protetiva abrange somente o conjunto, formado pela aplicação do sinal em uma posição singular e específica do suporte. Deste modo, a posição na qual o sinal é aplicado não receberá proteção de forma isolada, assim como o próprio sinal não será objeto de proteção autônoma.

A respeito da distintividade marcária, após uma análise realizada durante a consulta pública, o INPI optou por revisar a redação do artigo 1º da PORTARIA/INPI/PR N° 37, deferindo a supressão da expressão "inerentemente", que originalmente constava na redação. Essa expressão, "conjunto inerentemente distintivo", sugeria um critério de distintividade exclusivamente inerente, divergindo dos requisitos dispostos no próprio Manual de Marcas. Conforme observado pelo autor Luiz Felipe Bastos⁷⁸:

Decorrência direta dessa constatação foi a supressão da expressão "inerentemente" que constava da redação originária do artigo 1º da PORTARIA/INPI/PR N° 37, constituindo a expressão "conjunto inerentemente distintivo".

Após questionamento realizado na consulta pública, o INPI admitiu rever a redação, procedendo à retirada do termo "inerentemente". Entretanto, ressaltou na justificativa da alteração que, embora a marca de posição seja o conjunto distintivo formado pela aplicação de um sinal em uma posição singular e específica de um determinado suporte, o INPI não avalia a chamada distintividade constituída, ou seja, aquela adquirida pelo uso, sendo considerada durante o exame apenas a distintividade intrínseca do sinal. Ainda que merecedora de análise crítica, por ora, faremos somente o registro de que tal posicionamento é contraditório na essência, sendo oportunamente

⁷⁸ BASTOS, Luiz Felipe. **Marcas de Posição**: a aquisição de distintividade pelo uso do conjunto marcário composto por elemento não distintivo.. Rio de Janeiro: Universidade Católica do Rio de Janeiro (Puc-Rio), p. 73-74, 2023. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/62942/62942.PDF> . Acesso em: 10 fev. 2024.

confrontado quando da análise da questão referente à distintividade da marca de posição.

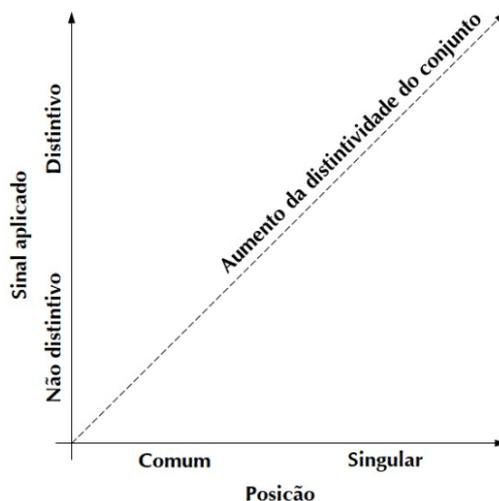
Nesse sentido, é importante notar que o INPI, ao justificar essa alteração, ressalta que a avaliação realizada durante o processo de análise não considera a possibilidade da distintividade constituída, ou seja, do *secondary meaning*. Ou seja, ao mesmo tempo que reconhece a marca de posição como um conjunto marcário, configura também uma análise limitada do quesito de distintividade dos elementos.

Outro critério que ratifica esse entendimento reside na abordagem adotada no procedimento de registro dessas marcas que concebe uma nivelção da distintividade do sinal e da singularidade da posição, considerando-as de forma isolada. Para deferimento do registro, a singularidade da posição deve ser pouco comum ou não convencional, afastando-se de padrões tradicionais, bem como o sinal, por sua vez, deve ser dotado de caráter suficientemente distintivo. Estas considerações são delineadas com clareza na redação e no gráfico apresentado no item 5.13.2 do Manual⁷⁹:

Não será registrável como marca de posição a aplicação de sinal não distintivo em um suporte. Nestes casos, o pedido será indeferido com base no art. 122 da LPI combinado com parágrafo único do art. 84 da Portaria INPI/PR nº 8/2022 e com o dispositivo legal referente à falta de distintividade do sinal aplicado.

⁷⁹ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.13.2, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B713_An%C3%A1lise_de_pedidos_de_marca_tridimensional_e_de_marca_de_posi%C3%A7%C3%A3o#5132-Marca-de-posi%C3%A7%C3%A3o . Acesso em: 11 mar. 2024.

Figura 5 - Gráfico para Análise da Distintividade



Fonte: Manual de Marcas do INPI⁸⁰

Por meio dessa análise, observa-se que um sinal, mesmo que suficientemente distintivo, ao ser aplicado em uma posição comum, pode não ser considerado registrável, assim como o contrário também se aplica. Entretanto, é possível que neste ponto resida o aspecto crucial que delimita as marcas de posição: o conjunto marcário.

Segundo o autor Leandro Barbas⁸¹, a marca de posição, portanto, detém um verdadeiro caráter dual:

Trata-se do reconhecimento, como verdadeiro signo distintivo, da posição de um elemento determinado em um local determinado na superfície do produto. A marca de posição, assim, é dual: consiste na aposição de um elemento em

⁸⁰ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.13.2, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B713_An%C3%A1lise_de_pedidos_de_marca_tridimensional_e_de_marca_de_posi%C3%A7%C3%A3o#5132-Marca-de-posi%C3%A7%C3%A3o . Acesso em: 11 mar. 2024.

⁸¹ BARBAS, Leandro Moreira. **Marcas Não Tradicionais**: mapeamento, problemática e experiência internacional. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2015. Disponível em: <https://adelpa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/022d284d-373e-4185-94fa-703283b355a9/content> . Acesso em: 25 fev. 2024.

um local determinado do produto. Estes são os componentes necessários da marca de posição; sem qualquer deles, não há marca de posição.

Nesse sentido, a adoção deste critério pode fazer com que muitos símbolos permaneçam sem proteção, uma vez que as marcas de posição comumente consistem em um sinal que não apresenta suficiente distintividade isoladamente mas que, diante da aplicação em determinada posição, ou seja, da constituição do conjunto marcário, passa a deter um caráter distintivo. Mais adiante, será analisado um caso emblemático que foi levado ao judiciário após ter sido indeferido em âmbito administrativo por este mesmo motivo.

Sob essa perspectiva, a Comissão Especial de Propriedade Intelectual (CEPI) da OAB/RS⁸² propôs a exclusão completa do item 5.13.2 do Manual, inclusive do gráfico (figura 5), em manifestação apresentada durante a Consulta Pública acerca das marcas de posição. A justificativa para essa sugestão residia na percepção de que o critério em questão não seria apropriado para a análise de marcas de posição, sob o argumento de que implicaria na consideração individual de graus de distintividade, negligenciando a avaliação do conjunto marcário como um todo e tal abordagem seria excessivamente restritiva. No entanto, apesar da manifestação da CEPI, a redação foi mantida na publicação da referida Nota Técnica e, conseqüentemente, no Manual de Marcas do INPI.

Outro ponto observado pela Comissão é que a Nota Técnica não soluciona como seria calculada essa suposta singularidade da posição, bem como os referenciais que seriam empregados, podendo abrir espaço para uma análise substancialmente parcial. Dessa forma, ressalta que o melhor avaliador da distintividade das marcas de posição é, de fato, o próprio consumidor, o que poderia implicar na consideração do instituto do *secondary meaning* como um critério significativo, além da realização de pesquisas de mercado para determinar se o público efetivamente associa o sinal a uma empresa específica ou a uma origem determinada.

⁸² SEMINÁRIO: Aspectos Atuais das Marcas de Posição. Rio Grande do Sul: Comissão Especial de Propriedade Intelectual (CEPI) da OAB/RS, 202. Disponível em: <https://www.youtube.com/live/wWJoSsC33E4?si=0I6AZtD6RS0qPvnh> . Acesso em: 06 fev. 2023.

Além disso, cumpre destacar também que, apesar da análise de distintividade integrada não ser reconhecida no exame das marcas de posição definidos pelo Manual, o INPI adota uma perspectiva contrária no que concerne à análise de sinais evocativos, reconhecendo a possibilidade de um sinal inicialmente não distintivo alcançar essa capacidade quando combinado com outros sinais ou estilizações.

Este entendimento está delineado no Parecer Normativo INPI/PROC/CAJ nº 14/2005⁸³ e no próprio Manual de Marcas do INPI⁸⁴, item 5.9.1 "Orientações gerais para análise da distintividade", que estabelece: "Os termos que evocam ou sugerem finalidade, natureza ou outras características de produtos ou serviços, mesmo que possuam um baixo grau de distintividade, são passíveis de registro."

Ademais, esta análise também é evidenciada no mesmo item, ao reconhecer e exemplificar casos em que a combinação de termos, que individualmente não são distintivos, pode resultar em uma expressão não usual, ou seja, suficientemente distintiva:

As características a seguir estão comumente presentes nos sinais ou elementos evocativos/sugestivos:

- a) o emprego de linguagem conotativa;
- b) o uso de figuras de linguagem, como metáfora, personificação, metonímia etc.;
- c) a presença de vocábulos ou expressões que compartilham o mesmo campo conceitual e se relacionam apenas indiretamente com características comumente associadas ao objeto da marca; ou
- d) a combinação de termos que, embora não distintivos quando isolados, resultem em expressão não usual, entre outros.**

⁸³ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **INPI/PROC/CAJ Nº 14/2005**: Parecer Normativo. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/Parecer_n_14_2005.pdf . Acesso em: 01 abr. 2024.

⁸⁴ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9.1, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio#591-Orienta%C3%A7%C3%B5es-gerais-para-an%C3%A1lise-da-distintividade . Acesso em: 11 mar. 2024.

Figura 6 - Exemplos de Sinais Evocativos ou Sugestivos

3G GOLE GELADO GARANTIDO	Registrável para assinalar recipientes frigoríficos não elétricos e caixas de gelo. A expressão "GOLE GELADO GARANTIDO" faz referência indireta a potencial benefício obtido com os equipamentos de refrigeração que o sinal visa assinalar.
DAMASCO	Registrável para assinalar serviço de restaurante. Enquanto denominação da capital da Síria e uma das principais metrópoles do Oriente Médio, bem como fruto largamente empregado na cozinha árabe, o termo "DAMASCO" sugere, de maneira conotativa, a possível origem da culinária oferecida pelo serviço de alimentação que visa assinalar.
TOMATEX	Registrável para assinalar tomates. O termo em questão é considerado evocativo por constituir vocábulo formado pela derivação da denominação do produto que o sinal visa assinalar ("TOMATE"), não empregado no segmento mercadológico em questão.
PLASTICOLA	Registrável para assinalar cola plástica. A aglutinação da denominação "COLA" e do adjetivo "PLÁSTICA" gera vocábulo novo que remete ao produto que o sinal visa assinalar, sem constituir termo de uso corrente na prática comercial do segmento.
COLATEX	Registrável para assinalar adesivos para tecidos. A justaposição de termo "COLA" e do sufixo "TEX" (radical da palavra "têxtil") forma vocábulo que sugere, de maneira indireta, o produto assinalado e sua finalidade.
MR. CHOPP	Registrável para assinalar serviços de bar e restaurante. A distintividade do conjunto decorre do efeito de personificação gerado pela combinação do termo descritivo "CHOPP" com a abreviação do pronome de tratamento "MR.", gerando expressão fantasiosa em vista da inexistência de tal alcunha ou denominação.
AVESTRUZ & CIA	Registrável para distinguir o comércio de carnes e ovos de aves. Embora sejam considerados inapropriáveis quando isolados, o termo "AVESTRUZ" e a expressão "& CIA" formam conjunto não usual e suficientemente distintivo ao serem combinados, remetendo indiretamente ao serviço assinalado.

Fonte: Manual de Marcas do INPI⁸⁵

O mesmo entendimento também é considerado na avaliação da combinação de expressões de uso comum e elementos fantasiosos no item 5.9.9 "Casos específicos no exame da distintividade", deixando claro, apenas, que terceiros ainda poderão fazer uso dos elementos

⁸⁵ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio#591-Orienta%C3%A7%C3%B5es-gerais-para-an%C3%A1lise-da-distintividade . Acesso em: 11 mar. 2024.

de forma isolada, contando que formem um conjunto marcário distinto. Conforme descrito no Manual⁸⁶:

O exame da distintividade observará o caráter distintivo do conjunto, sendo passíveis de registro sinais que contenham termos, expressões ou imagens não distintivas, desde que combinados entre si ou com outros elementos de forma a conferir distintividade ao conjunto. Cabe observar que a presença de elemento não distintivo em uma marca registrada não permite ao seu titular impedir que terceiros usem ou registrem o elemento não distintivo em questão como parte de conjunto marcário distinto em segmento de mercado idêntico, semelhante ou afim.

E também se repete para cores e suas denominações⁸⁷, letras, algarismos ou datas isolados⁸⁸. Nesse sentido, está a observação crítica formulada pelo advogado Victor Jardins⁸⁹ ao analisar estatísticas acerca das marcas de posição após dois anos de vigência no Brasil:

Acreditava que a marca de posição serviria, em grande parte, para dar mais vida a pedidos que antes eram limitados pelos incisos II, que trata da não registrabilidade das letras e algarismos isolados, do inciso VII, relativo às cores isoladas, e até mesmo do inciso VI, quando aos sinais genéricos, pois em todos essas disposições a lei traz a ressalva de que tais pedidos, quando apresentarem tais elementos, seriam registráveis quando revestidos, dispostos ou combinados de suficiente forma distintiva.

Acreditava que novas possibilidades seriam possíveis, pois cores e letras poderiam receber proteção, mesmo que dispostas de forma isolada, pois agora teriam a distintividade suficiente das combinações nas mais variadas posições imagináveis não comumente adotadas. O número de decisão ainda é muito

⁸⁶ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio#591-Orienta%C3%A7%C3%B5es-gerais-para-an%C3%A1lise-da-distintividade . Acesso em: 11 mar. 2024.

⁸⁷ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9.8, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio . Acesso em: 11 mar. 2024.

⁸⁸ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.9.6, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B709_An%C3%A1lise_do_requisito_de_distintividade_do_sinal_marc%C3%A1rio . Acesso em: 11 mar. 2024.

⁸⁹ JARDIM, Victor. **Marca de Posição**: análise estatística após dois anos de vigência no brasil. 11 set. 2023. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/marca-de-posi%C3%A7%C3%A3o-an%C3%A1lise-estat%C3%ADstica-ap%C3%B3s-dois-anos-brasil-jardim/> . Acesso em: 19 fev. 2024.

pequeno para qualquer generalização, mas, aparentemente, não será esse o entendimento do INPI sobre essas marcas não tradicionais.

Em outras palavras, nesses outros casos citados, um sinal que inicialmente fosse considerado relativamente "fraco" ou não distintivo, poderia ainda assim ser passível de registro se atribuídos a outros elementos e combinações. Portanto, nada obstaria que a análise das marcas de posição também fosse realizada de maneira integrada, considerando-as como um conjunto marcário e levando em conta a natureza dual dessa modalidade, sem a necessidade de isolar ou classificar separadamente a distintividade dos elementos.

4. ESTUDO DE CASOS

Como observado, a ausência de uma categoria específica para o registro das marcas de posição levou muitas empresas a buscarem o Judiciário ou a depositarem o pedido desses sinais marcários sob a categoria de marcas figurativas na tentativa de resguardar seus ativos, o que frequentemente resultava na não apreciação de grande parte dos casos. Contudo, com a recente regulamentação das marcas de posição, vários titulares puderam realinhar a categoria de seus depósitos, transferindo-os para a classificação correta e, assim, obtendo a possibilidade de proteção necessária para esses sinais marcários em uma esfera mais precisa e apropriada.

Após dois anos da regulamentação das marcas de posição, foram depositados 269 pedidos nessa modalidade, o que demonstra uma adoção bastante modesta se comparada ao total de pedidos de marcas em geral. Esse número representa apenas 0,03% do total desses pedidos, conforme observado pelo Advogado e especialista em Propriedade Intelectual, Victor Jardim⁹⁰, em pesquisa realizada em setembro de 2023.

Outro dado relevante reportado por esse estudo é a proeminência das marcas de posição na categoria de vestuário, ou seja, no mercado da moda. Dentre todas as classes de produtos, essa categoria se destacou ao registrar o maior número de pedidos, totalizando 65 solicitações,

⁹⁰ JARDIM, Victor. **Marca de Posição: análise estatística após dois anos de vigência no Brasil**. 11 set. 2023. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/marca-de-posi%C3%A7%C3%A3o-an%C3%A1lise-estat%C3%ADstica-ap%C3%B3s-dois-anos-brasil-jardim/>. Acesso em: 19 fev. 2024.

o que representa 38,9% do total de pedidos realizados. Nesse sentido, essa pesquisa ressalta uma tendência significativa das marcas de posição, conforme observado pelos advogados do escritório Trench Rossi Watanabe, André Provedel e Lilian Turlão, "a expectativa das indústrias, principalmente dos setores de marcas de luxo e da moda, é de que a incorporação dessa nova forma de apresentação ao sistema de registro marcário brasileiro incentive a criação de marcas mais inovadoras e aprimore o consumo".⁹¹

Nesse sentido, este capítulo será dedicado à análise de dois casos referentes a pedidos de registro de marcas de posição, que resultaram em decisões completamente opostas. O primeiro caso diz respeito à marca Osklen, notável por ser a primeira a obter o registro nessa modalidade, enquanto o segundo envolve a grife francesa Christian Louboutin, cujo pedido foi indeferido. Apesar da recente regulamentação das marcas de posição, essas decisões contrastantes revelam, principalmente, a complexidade inerente à interpretação e à aplicação de uma análise isolada do sinal e sua posição perante casos concretos e, portanto, fornecem uma contribuição significativa para a presente pesquisa.

4.1 Caso Osklen

Apesar da promulgação do marco regulatório das marcas de posição em 2021, o primeiro caso de deferimento só ocorreu em maio de 2023. A pioneira nessa nova modalidade foi a renomada marca de moda carioca, Osklen, fundada em 1989 por Oskar Metsavaht, reconhecida por sua dedicação à sustentabilidade e inovação no segmento de moda.

A marca se destaca por buscar estabelecer uma forte conexão com seus consumidores, associando sua identidade a valores como sustentabilidade, inovação e um estilo de vida consciente e sofisticado. Deste modo, a Osklen é reconhecida internacionalmente por seu compromisso com a moda sustentável, materializado no conceito ASAP (As Sustainable As

⁹¹ REIS, André Provedel de Menezes Junqueira; TURLÃO, Lilian. **Marcas de posição no Brasil:: um estímulo à proteção dos sinais não tradicionais. um estímulo à proteção dos sinais não tradicionais.** 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356914/marcas-de-posicao-no-brasil-um-estimulo-a-protecao> . Acesso em: 29 out. 2023.

Possible, As Soon As Possible), orientando seus projetos e produtos para minimizar o impacto socioambiental, utilizando matérias-primas desenvolvidas com base em rigorosos critérios socioambientais e econômicos, denominadas "e-fabrics".⁹²

Essa dedicação à sustentabilidade e ao design exclusivo se reflete em suas coleções e projetos, que buscam evidenciar a interseção entre arte, design, estilo de vida e responsabilidade ambiental, priorizando materiais e processos de fabricação que reduzam ao máximo o impacto socioambiental. Assim, esse compromisso e exclusividade também se manifestam no valor agregado de seus produtos, como os tênis da marca, cujos preços variam entre R\$400,00 (quatrocentos reais) e R\$700,00 (setecentos reais).

Figura 7 - Tênis riva lona lisa (Osklen)



Fonte: Site oficial da marca Osklen⁹³

O pedido de marca de posição⁹⁴ da Osklen, registrado sob o número 830621660, foi depositado em 2010, mas permaneceu sem resolução até as novas adaptações para

⁹² OSKLEN. **Sustentabilidade:** Ética e Sustentabilidade. Disponível em: <https://www.osklen.com.br/etica-e-sustentabilidade>. Acesso em: 21 jun. 2024.

⁹³ OSKLEN. **Shoes:** Tênis riva lona lisa masc. Disponível em: <https://www.osklen.com.br/tenis-riva-lona-lisa-masc-verde-forest-62050-134/p>. Acesso em: 21 jun. 2024.

⁹⁴ INPI, Registro n. 830621660.

processamento dos pedidos de marca de posição, conforme determinado pela Portaria INPI nº 71⁹⁵, sendo republicado para correção na nova categoria em 2022 e concedida em 2023.

O registro caracteriza-se pela disposição de três ilhoses enfileirados e nivelados, com distância de 0,5 cm entre eles e com diâmetro de 0,8 cm cada, posicionados na parte frontal da superfície do calçado. Assim, para o INPI, o sinal configura suficiente distintividade e está aplicado em uma posição singular.

Figura 8 - Marca de Posição da Osklen



Fonte: Base de Dados do INPI⁹⁶

A notícia foi amplamente divulgada nas redes sociais do escritório Murta Goyanes Advogados⁹⁷, que atuou em nome da Osklen no procedimento de registro, ressaltando que se trata de um elemento característico da marca:

É com muito orgulho que comunicamos que é da Osklen a primeira marca de posição deferida pelo INPI. A empresa brasileira, reconhecida pela qualidade e estilo próprio de seus produtos e pelo seu engajamento com ações de sustentabilidade, busca constantemente a proteção de seus ativos intangíveis no Brasil e no exterior. No caso, a proteção recai sobre os famosos três ilhoses posicionados na parte frontal dos tênis, um elemento característico dos calçados da marca.

⁹⁵ PORTARIA /INPI Nº 71, de 07 de novembro de 2022. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT_INPI_71_2022.pdf . Acesso em: 05 set. 2023.

⁹⁶ INPI, Registro n. 830621660.

⁹⁷ ADVOGADOS, Murta Goyanes. **Notícias:** INPI defere o primeiro pedido de registro para marca de posição. 2023. Disponível em: <https://www.murtagoyanes.com.br/noticias/inpi-defere-o-primeiro-pedido-de-registro-para-marca-de-posicao/> . Acesso em: 01 abr. 2024.

O deferimento conferiu à Osklen direitos exclusivos sobre essa configuração específica de ilhoses em calçados, servindo como um relevante precedente na regulação das marcas de posição. Entretanto, chama atenção a análise realizada pelo órgão referente à avaliação da distintividade da marca que, conforme apontada na decisão de deferimento:

Embora a presença de ilhoses (aros de metal que delimitam orifícios para a circulação de ar) seja comum na superfície do produto tênis, as pesquisas não trouxeram evidências de que outros fabricantes de calçados se utilizem de uma sequência de três ilhoses na forma proposta pela requerente – levando-se em conta a distância específica que os separa. Portanto, entendemos que o sinal, em seu arranjo tríptico, possui, em si, cunho distintivo para atuar como marca.

Deste modo, torna-se evidente que a própria autarquia reconhece que ilhoses são elementos comuns em calçados, o que poderia sugerir que a marca não fosse distintiva o suficiente para ser registrável. Segundo explicitado no item 5.13.2 do Manual de Marcas⁹⁸, a análise deve ser realizada de forma isolada, no entanto, como apontado na própria decisão, os ilhoses constituem uma característica comum, mas ao se considerar o conjunto, o número e a distância específica entre eles, o sinal passa a ter caráter distintivo suficiente, demonstrando uma avaliação integrada dos elementos a fim de consagrar o requisito de distintividade marcária.

Outro ponto a se observar, igualmente destacado na decisão de deferimento, é a singularidade da posição em que o sinal é aplicado ao produto:

Quanto à posição do sinal no suporte, também não foram encontradas ocorrências de aplicação marcária na referida área do produto suporte – o que a torna uma posição incomum em seu mercado. Foi observado que, em geral, a concorrência se utiliza de ilhoses nas laterais dos tênis, não na sua parte superior.

⁹⁸ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Manual de Marcas**: Exame Substantivo. 3 ed. Rio de Janeiro, item 5.13.2, 2019. Disponível em: https://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/5%C2%B713_An%C3%A1lise_de_pedidos_de_marca_tridimensional_e_de_marca_de_posi%C3%A7%C3%A3o#5132-Marca-de-posi%C3%A7%C3%A3o . Acesso em: 09 nov. 2023.

Novamente, fica claro o reconhecimento de que os ilhoses são elementos comuns, porém a combinação específica e a posição aplicada tornam o sinal suficientemente distintivo para configurar uma marca registrada. Ademais, a decisão não fornece informações ou detalhes mais aprofundados acerca do exame realizado e, apesar de seu deferimento, evidencia questionamentos, conforme exposto no capítulo anterior, acerca dos parâmetros de interpretação da análise isolada dos elementos que compõem as marcas de posição.

4.2 Caso Christian Louboutin

Outro caso emblemático, que representa a tendência das marcas de posição no mercado da moda e que obteve um resultado divergente do pedido supracitado, trata-se do pedido da empresa Christian Louboutin. Fundada em 1991 na França, a marca se estabeleceu como referência no mundo da moda e atualmente vende mais de um milhão de pares de sapatos por ano, destacando-se por oferecer produtos que simbolizam status e sofisticação, posicionando-se como artigos de alto valor no mercado de luxo.

A marca está presente em cerca de 150 lojas de departamento e boutiques próprias em mais de 35 países, sempre expandindo seu alcance global.⁹⁹ Assim, desde 1992, o estilista francês de calçados de alta costura, Christian Louboutin, difundiu globalmente a característica que solidificou a posição da marca no mercado¹⁰⁰: os *red bottoms*, que consistem em uma coloração específica de vermelho aplicada na integralidade do solado dos sapatos de salto alto da marca.

⁹⁹ BUSINESS OF FASHION. **Designer, Christian Louboutin:** The French designer's signature red soles have catapulted his glamorous creations into the highest strata of luxury footwear. Business of Fashion. Disponível em: <https://www.businessoffashion.com/people/christian-louboutin/#:~:text=Christian%20Louboutin%20is%20one%20of,boutiques%20in%20over%2035%20countries> . Acesso em: 21 jun. 2024.

¹⁰⁰ LOUBOUTIN, Christian. **Inside la Maison Christian Louboutin:** 1992, seeing red. 1992, Seeing Red. Disponível em: https://us.christianlouboutin.com/us_en/la-maison-christian-louboutin#1992 . Acesso em: 09 abr. 2024.

Figura 9 - Red Bottoms (Christian Louboutin)



Fonte: Site oficial da marca Christian Louboutin¹⁰¹

Com base no conceito de Brand Equity de David Aaker¹⁰², como exposto anteriormente, os *red bottoms* podem caracterizar símbolos que vão além de uma simples característica estética e passam a comunicar uma série de associações e conexões significativas. Nessa perspectiva, esse elemento passa a configurar uma ferramenta estratégica que contribui significativamente para o posicionamento e o valor da marca e, além disso, estabelece uma base sólida de fidelidade dos consumidores, que se identificam com os valores relacionados à marca.

Por outro lado, cumpre destacar que o registro significaria monopolizar o solado vermelho em um mercado altamente competitivo e, portanto, ainda que configure um ativo essencial à marca, é preciso analisar se o símbolo possui distintividade suficiente para justificar sua exclusividade a um único titular. Ocorre que, em um contexto onde a concorrência desleal é comum e a proteção da propriedade intelectual é desafiadora, para assegurar seus ativos e impedir terceiros de utilizar a cor vermelha em solados de sapatos como forma de confundir o

¹⁰¹ LOUBOUTIN, Christian. **Shoes:** Kate. Disponível em: https://us.christianlouboutin.com/us_en/kate-black-3191410bk01.html. Acesso em: 21 jun. 2024.

¹⁰² AAKER, David A.. **Marcas:** Brand Equity, gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, 1998.

consumidor, a marca Christian Louboutin acabou se envolvendo em diversas batalhas judiciais pelo mundo.

A título de exemplo, o caso envolvendo Yves Saint Laurent e Christian Louboutin nos Estados Unidos destaca o conflito acerca do registro da marca do solado vermelho. Embora Christian Louboutin detivesse o registro¹⁰³ no USPTO desde 2008, a Yves Saint Laurent lançou uma linha de sapatos monocromáticos que incluía solados vermelhos, o que resultou em uma extensa disputa judicial¹⁰⁴.

Ao fim, apesar de reconhecer o *secondary meaning* da marca, o tribunal americano decidiu limitar o registro apenas a usos nos quais a sola vermelha contrastasse com a cor do restante do sapato, recusando-se a proibir o uso em todas as eventuais situações, uma vez que a ação visava impedir a utilização da cor na sola de um sapato inteiramente vermelho. Com isso, o litígio foi encerrado, permitindo que a Yves Saint Laurent comercializasse seus sapatos monocromáticos, ao passo que a Christian Louboutin manteve seu registro de marca.

Apesar da decisão consolidada no ordenamento jurídico americano, um dos aspectos mais polêmicos do caso foi a possibilidade de uma cor ser objeto de registro de marca, especialmente no mercado da moda. Nesse sentido, no âmbito brasileiro, o caso em questão também se mostrou objeto de discussão mesmo antes da marca de posição ser regulamentada pelo INPI, como parte integrante do *trade dress* da marca.

Em 2021, a loja de calçados e acessórios Bella Gio Rezende, localizada em Bauru, no interior de São Paulo, teve suas redes sociais desativadas após denúncias feitas pela marca Christian Louboutin, devido à comercialização de sapatos com solados vermelhos. A loja recorreu à Justiça para restabelecer suas contas no Instagram e no Facebook, argumentando que não houve violação do direito de marca, uma vez que a grife francesa não detinha registro e,

¹⁰³ "Red Sole Mark", USPTO Registro n. 3361597. Disponível em: https://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=3361597&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=DEFAULT&searchType=statusSearch. Acesso em: 09 set. 2023.

¹⁰⁴ CHRISTIAN LOUBOUTIN S.A. v. YVES SAINT LAURENT AM. HOLDING, INC. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Docket No. 11-3303-cv. 709 F.3d 140 (2nd Cir. 2013). Decisão publicada em 8 de março de 2013.

consequentemente, não havia exclusividade referente à venda de sapatos com solas vermelhas no Brasil.

A juíza Rossana Teresa Curioni Mergulhão, da 1ª Vara Cível de Bauru, concedeu a liminar para determinar o restabelecimento das contas nas redes sociais, enfatizando que não havia risco de confusão para o consumidor diante dos produtos da autora e da marca denunciante, uma vez que os anúncios não faziam qualquer referência à marca Christian Louboutin e havia uma diferença considerável nos preços dos produtos vendidos pela autora em comparação com os da referida grife.¹⁰⁵

Por outro lado, em 2017, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) assinalou a distintividade secundária da marca quando a ministra Nancy Andrichi citou a grife Christian Louboutin como exemplo de notoriedade no REsp 1677787¹⁰⁶:

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo n. 1028206-90.2020.8.26.0071**. Requerente: Marlene Aparecida Rezende dos Santos. Requerido: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.. Relator: Juíza Rossana Teresa Curioni Mergulhão. Bauru, SP, 28 de janeiro de 2021. Decisão. Concessão de Tutela Antecipada Antecedente - Liminar. Bauru, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/1028206-9020208260071-grife-francesa.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2023.

¹⁰⁶ RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. VIOLAÇÃO DE TRADE DRESS. AÇÃO COMINATÓRIA E DE REPARAÇÃO POR ATO ILÍCITO. PROTEÇÃO DO CONJUNTO-IMAGEM. LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNCIONALIDADE, DISTINTIVIDADE E CONFUSÃO OU ASSOCIAÇÃO INDEVIDA. PRESSUPOSTOS. PREMISSAS FÁTICAS ASSENTADAS PELOS JUÍZOS DE ORIGEM. VALORAÇÃO JURÍDICA DA PROVA. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MATERIAL. 1 - Ação ajuizada em 10/5/2016. Recurso especial interposto em 16/6/2015 e encaminhado à Relatora em 25/8/2016. 2 - O propósito recursal é definir se a importação e a comercialização, pela recorrida, dos motores estacionários Motomil 168F configura prática de concorrência desleal, em razão de sua similaridade com aqueles fabricados pelas recorrentes sob a marca Honda GX. 3 - A despeito da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca da proteção ao trade dress, é inegável que o arcabouço legal brasileiro confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua usurpação encontra óbice na repressão da concorrência desleal. Incidência de normas de direito de propriedade industrial, de direito do consumidor e do Código Civil. 4 - A aparência extrínseca identificadora de determinado bem ou serviço não confere direitos absolutos a seu titular sobre o respectivo conjunto-imagem, sendo necessária a definição de determinados requisitos a serem observados para garantia da proteção jurídica, como os que dizem respeito à funcionalidade, à distintividade e à possibilidade de confusão ou associação indevida. 5 - Valoração jurídica das premissas fáticas incontroversas assentadas pelos juízos de origem que não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 6 - Os danos suportados pelas recorrentes decorrem de violação cometida ao direito legalmente tutelado de exploração exclusiva do conjunto-imagem por elas desenvolvido. 7 - O prejuízo causado prescinde de comprovação, pois se consubstancia na própria violação do direito, derivando da natureza da conduta perpetrada. A demonstração do dano se confunde com a demonstração da existência do fato, cuja ocorrência é premissa assentada, devendo o montante ser apurado em liquidação de sentença. 8 - Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1677787 SC 2015/0279704-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/10/2017)

Muito embora os principais signos diferenciadores utilizados para identificação de produtos e serviços sejam o nome empresarial e a marca, é sabido que sua colocação no mercado pode também advir de uma identidade que lhes é intrínseca, composta de elementos gráfico-visuais desenvolvidos justamente com o propósito de distingui-los de seus concorrentes. Como exemplos notórios, pode-se citar a garrafa da Coca-cola , o chocolate Toblerone e o solado vermelho dos sapatos Louboutin . Assim, é usual que a identificação de determinados produtos pelo consumidor seja resultado de sua percepção visual, o que relega a marca correlata a um patamar com potencial diferenciador secundário.

Nesse sentido, a fim de assegurar a exclusividade da marca, a PALOÏSE SAS, empresa titular do pedido, realizou o depósito para proteção do solado vermelho em 2009, em um contexto no qual as marcas de posição ainda não eram regulamentadas no Brasil, resultando na ausência de apreciação até o ano de 2022. Com a nova regulamentação em 2021, o pedido¹⁰⁷ foi republicado em 06 de dezembro de 2022, mas indeferido em 30 de maio de 2023.

Figura 10 - Marca de Posição de Christian Louboutin



Fonte: Base de Dados do INPI¹⁰⁸

¹⁰⁷ INPI, Processo n. 901514225.

¹⁰⁸ INPI, Processo n. 901514225.

Diante de considerações controversas, o entendimento do INPI foi por não reconhecer a distintividade da marca e o pedido de registro dos *red bottoms* foi indeferido no âmbito administrativo. Ao contrário do caso da Osklen, na decisão de indeferimento, o examinador evidencia a realização da análise dos elementos de forma isolada ao argumentar que o sinal constituído apenas pela cor vermelha não atende ao requisito da distintividade, destacando que a necessidade do sinal aplicado ser distintivo para a concessão independe da singularidade da posição.

Além disso, o INPI indeferiu o pedido com base no art. 122 da LPI¹⁰⁹, que apenas determina que somente são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, combinado com o parágrafo único do art. 84 da Portaria INPI/PR nº 8/2022¹¹⁰, que dispõe:

Art. 84. Será registrável como marca de posição o conjunto distintivo capaz de identificar produtos ou serviços e distingui-los de outros idênticos, semelhantes ou afins, desde que:

I – seja formado pela aplicação de um sinal em uma posição singular e específica de um determinado suporte; e

II – a aplicação do sinal na referida posição do suporte possa ser dissociada de efeito técnico ou funcional.

Parágrafo único. O não atendimento ao disposto no caput ensejará o indeferimento do pedido enquanto marca de posição.

Entretanto, este parágrafo se refere exclusivamente à distintividade do conjunto e não à do sinal de forma isolada, o que torna a decisão do INPI controversa. Ademais, o órgão não forneceu mais informações detalhadas sobre a análise realizada ou sobre os motivos pelos quais o caso não se enquadraria nos dispositivos mencionados.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 08 set. 2023.

¹¹⁰ PORTARIA INPI/PR nº 8/2022, de 17 de janeiro de 2022. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT_INPI_PR_08_2022.pdf . Acesso em: 05 nov. 2023.

Por sua vez, a sociedade francesa da marca Christian Louboutin, CLERMON ET ASSOCIES, ajuizou uma ação judicial¹¹¹ com pedido de tutela de urgência perante a 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em face do INPI, objetivando a nulidade do indeferimento do seu pedido de registro da marca de posição. Segundo a petição apresentada, a decisão administrativa incide nas seguintes violações:

- a) falta de fundamentação e inobservância de pressupostos básicos do processo administrativo (Lei n.º 9.784/1999, art. 50, I e § 1º e LINDB, art. 20, caput e seu parágrafo único);
- b) Interpretação equivocada da legislação marcária aplicável e imperícia quanto à distintividade inerente do sinal da demandante;
- c) Negligência quanto à distintividade adquirida do sinal;
- d) Inobservância ao princípio do *telle quelle* (CUP, art. 6 quinquies, alínea A).

Acerca da falta de fundamentação, de acordo com a parte autora, o INPI limitou-se a relatar de forma superficial sobre como a marca estava sendo apresentada, sem fundamentar como se daria a aplicação ao caso concreto. Ademais, ressaltou que o órgão administrativo estaria gerando insegurança jurídica ao avaliar o caráter distintivo da marca sem considerar o elemento da posição como parte indissociável, sobretudo ao tratar no Manual de Marcas sobre a precisão da “singularidade da posição”, que resulta na exigência de que a “posição” e o “sinal” sejam distintivos isoladamente.

Esse ponto evidencia a problemática apontada no capítulo anterior acerca da análise isolada dos elementos da marca de posição que suscita certos questionamentos quando aplicada ao caso concreto. Nesse sentido, cabe destacar também que, ao realizar uma avaliação isolada

¹¹¹ BRASIL. 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Autor: Clermon Et Associes. Réu: INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Processo n. 5082257-22.2023.4.02.5101**. Rio de Janeiro . Marca, Propriedade Intelectual / Industrial, Propriedade, Coisas, DIREITO CIVIL. Disponível em: https://eproc.jfrrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_o_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&num_processo=50822572220234025101&num_chave=&num_chave_documento=&hash=bd16eb47cc77dbf4cd460dcfe3de1142 . Acesso em: 05 ago. 2023.

da cor, o exame deixa de observar a marca de posição, caracterizada pelo conjunto marcário, e passa a constituir a categoria de marca cromática, que por certo não é permitida pela legislação vigente.

Sob essa premissa, outras marcas que configuram conjuntos, como marcas figurativas por exemplo, também não poderiam ser passíveis de registro quando constituíssem cores como parte de seus elementos. Como explicitado anteriormente, a legislação marcária brasileira¹¹² veda, em seu art. 124, VIII, de forma expressa, a possibilidade de proteção de cores, porém aponta uma exceção à regra: "salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo".

Nessa linha, é importante observar que o solado vermelho não caracterizaria uma proteção ampla de uma cor, mas uma tonalidade característica combinada com uma posição específica, representando, ainda que de forma sutil, uma diferença significativa nessa conceituação, devendo, portanto, ser observada como um conjunto integrado para uma avaliação adequada.

Acerca da interpretação da legislação marcária, a empresa relata que houve também imperícia quanto à distintividade inerente do sinal sob o argumento de que o designer Christian Louboutin criou o solado vermelho em 1992, contemplando uma marca que, ao romper com a tradição de solas em cores opacas na indústria de calçados, constata ampla evidência de que é reconhecida pelo público relevante como uma indicação associada à empresa. Adicionalmente, sustenta que, ainda que não se pudesse considerar a distintividade inerente da marca, em razão do seu uso efetivo e prolongado no mercado, o símbolo adquiriu suficiente reconhecimento para se tornar distintivo.

Nesse ponto, torna-se evidente que existem alguns aspectos, como o *secondary meaning*, que o INPI não leva em consideração durante o procedimento de registro, ainda que

¹¹² BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 08 set. 2023.

esteja notoriamente atrelado às marcas de posição, como destacado pela advogada Vanessa Oliveira da Silva¹¹³:

Outro ponto que também merece destaque - e valerá a pena observar quanto aos critérios de análise adotados pelo INPI - está relacionado ao fato de que, em diversas outras jurisdições, como na Europa e nos Estados Unidos, as marcas de posição dependem de prova de secondary meaning para que sejam reconhecidas.

O secondary meaning é entendido como o processo pelo qual um sinal deixa de ser tido como de uso comum e se torna distintivo como resultado do seu uso contínuo e prolongado no mercado, adquirindo um segundo significado. Esse fenômeno é reconhecido pela jurisprudência e doutrina brasileiras, mas não está previsto na LPI, de modo que não é aplicado pelo INPI no exame de pedidos de registro de marca em geral. Como o INPI também não analisará o secondary meaning no âmbito das marcas de posição, estima-se que poucas marcas de posição serão registradas pelo Instituto.

Nesse sentido, a titular aponta que a marca de posição de Christian Louboutin está intrinsecamente relacionada a essa teoria em razão da aquisição de um significado secundário inegável. Em contraposição, sob o entendimento da Liga Nacional de Propriedade Intelectual da OAB de Guarujá¹¹⁴, o registro dos solados vermelhos não seria válido devido a potencial diferença do consumidor brasileiro em relação aos consumidores da Europa, tendo em vista que, considerando um maior poder de compra nesses países, é possível que a identificação da marca seja mais comum e propícia, enquanto no Brasil, o consumidor médio pode não ser capaz de reconhecê-la com tanta facilidade.

Esta análise, entretanto, também evidencia ser fundamental a implementação de um criterioso levantamento de mercado para uma avaliação da constatação do *secondary meaning* voltado ao consumidor médio brasileiro e à atuação da empresa em âmbito nacional. Portanto,

¹¹³ SILVA, Vanessa Oliveira da. **Marcas de posição**: uma proteção tardia, porém, válida. uma proteção tardia, porém, válida. 2021. Disponível em: <https://diblasiparente.com.br/marcas-de-posicao-uma-protecao-tardia-porem-valida/>. Acesso em: 01 out. 2023.

¹¹⁴ MARCAS DE POSIÇÃO: Estudo do caso Louboutin. Guarujá, São Paulo: Comissão de Propriedade Intelectual - Oab/Guarujá, 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=p8b_q2ycWyU. Acesso em: 03 fev. 2024.

o sucesso de uma marca no Brasil dependerá não apenas de sua reputação global, mas também de sua capacidade de estabelecer um reconhecimento significativo com os consumidores locais.

No último ponto, a parte autora relata que detém, atualmente, registros dos solados vermelhos em diversos sistemas ao redor do mundo (União Europeia, Estados Unidos, Benelux, México, Líbano, Kuwait, Reino Unido, Irlanda, Austrália, Noruega, Cingapura, Índia, Canadá, Panamá, Peru, México, e registro internacional concedido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Nesse contexto, argumenta que a empresa tem o direito de que a marca seja igualmente registrada no Brasil, em conformidade com as disposições da Convenção da União de Paris¹¹⁵, na qual o Brasil é signatário.

Por conseguinte, em exame preliminar, a juíza Márcia de Barros entendeu que a decisão administrativa do INPI, embora lacônica, não padece de falta de fundamentação e não deixou de reconhecer também os potenciais prejuízos que um domínio indiscriminado de uma cor para solados de sapatos pode gerar, o que por certo demanda uma análise mais profunda do mérito, conforme delineado na decisão¹¹⁶:

Por outro lado, não se pode deixar de considerar que uma eventual apropriação indiscriminada de cores para solados de sapato pode vir a gerar malefícios e problemas para o sistema - seja pela proibição de que usuários anteriores continuem a exercer usos legítimos, ou pela ausência de cores em domínio público para utilização pelos concorrentes - e tal questão deverá ser melhor examinada por ocasião do mérito.

Entretanto, constatou a plausibilidade na argumentação da parte autora quanto à possível distintividade da marca e à constatação do *secondary meaning*, sob os seguintes fundamentos:

- a marca pretendida é formada pela aplicação de um sinal (a cor vermelho Pantone n.º 18.1663TP) em uma posição singular e específica

¹¹⁵ CONVENÇÃO DE PARIS PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Estocolmo, 1967. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf> . Acesso em: 05 set. 2023.

¹¹⁶ BRASIL. 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo n. 5082257-22.2023.4.02.5101/RJ. Relator: Juíza Federal Marcia Maria de Barros. **Despacho/Decisão**. Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/juiza-suspende-decisao-inpi-negou.pdf> . Acesso em: 05 set. 2023.

(solado, com exceção da área correspondente ao salto) de um determinado suporte (sapato feminino de salto alto);

- a aplicação do sinal em tal posição do suporte não está associada a qualquer efeito técnico ou funcional;
- solados de sapatos não são uma posição tradicionalmente usada para aplicação de marcas; apesar de a cor ser aplicada na totalidade do solado, não ocupa a totalidade do suporte (sapato feminino de salto alto) e sim uma posição específica (o solado do sapato feminino, com exceção da área correspondente ao salto alto);
- o conjunto resultante da aplicação da cor vermelho Pantone n.º 18.1663TP em solados de sapatos femininos de salto alto apresenta, em princípio, potencial distintivo, reunindo características que o tornam capaz de ser reconhecido pelo público consumidor e associado aos produtos que visa assinalar.

Dessa forma, a magistrada reconheceu que a manutenção da decisão administrativa recorrida poderia acarretar em diversos danos perante outros concorrentes, os quais poderiam acreditar que o sinal se encontra disponível enquanto ainda há uma disputa judicial pendente. Portanto, entendeu por suspender a decisão de indeferimento do registro até o fim do litígio, destacando que a marca almejada é notoriamente reconhecida e consiste na aplicação singular e específica de um elemento em uma posição única, sem qualquer efeito técnico ou funcional¹¹⁷:

"De fato, é de conhecimento público que a cor vermelha para solados de sapatos femininos de salto alto vem sendo amplamente utilizada pelo famoso estilista Christian Louboutin como uma forma de identidade visual de seus produtos, sendo assim amplamente reconhecido não só pelo público consumidor de artigos de luxo, como também de todos que tenham interesse no mercado de moda e acessórios ou em direito de marcas, direito da moda (fashion law) e o mundo das celebridades."

Nesse sentido, mesmo diante da ausência de novos andamentos no processo, por enquanto, a integridade da marca de posição de Christian Louboutin permanece reconhecida.

¹¹⁷ BRASIL. 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo n. 5082257-22.2023.4.02.5101/RJ. Relator: Juíza Federal Marcia Maria de Barros. **Despacho/Decisão**. Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/juiza-suspende-decisao-inpi-negou.pdf> . Acesso em: 05 set. 2023.

Assim, a análise do caso demonstra a complexidade do exame das marcas de posição e, conseqüentemente, a necessidade de critérios bem delineados para além de requisitos objetivos que estejam essencialmente voltados ao mercado e consumidor local.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar os critérios de distintividade marcária e registrabilidade adotados pelo INPI no procedimento de registro de marcas de posição, sob a perspectiva da complexidade e relevância das marcas explicitadas por Aaker e considerando a distintividade adquirida segundo a teoria do *secondary meaning*.

Inicialmente, realizou-se uma análise do valor e função das marcas na contemporaneidade, destacando seu papel estratégico no mercado, principalmente sob a perspectiva do conceito de Brand Equity de Aaker. Concluiu-se que as marcas evoluíram para além de meros identificadores de origem, passando a estabelecer narrativas coletivas e conexões emocionais profundas com os consumidores, assumindo um valor real e representando um verdadeiro ativo estratégico das empresas.

Em seguida, foi abordado o papel da proteção legal dos símbolos, ressaltando a importância de um sistema consistente e eficiente para garantir a justa concorrência e a devida valorização da reputação da marca, suas associações e investimentos no mercado. Contudo, observou-se que a definição de marca para fins de registro em âmbito administrativo ainda é restrita a sua função meramente identificadora.

No segundo capítulo, foi realizada uma análise aprofundada acerca da distintividade marcária e da teoria do *secondary meaning*, que consiste no significado adicional ou associativo que uma marca adquire ao longo do tempo. Em suma, a avaliação da distintividade pelo INPI, uma vez dividida em diferentes graus, pode ser complexa e suscitar interpretações diversas perante casos concretos, ao passo que não considera a distintividade adquirida como um aspecto relevante para compor a análise.

O *secondary meaning* como parâmetro mercadológico da distintividade marcária que direciona sua atenção para o público consumidor evidencia que a compreensão de Brand Equity pode ser efetivamente incorporada às discussões acerca desse instituto e ambos podem ser aplicados no procedimento de registro. Assim, o processo consistiria em uma análise mais abrangente, bem como refletiria de forma mais precisa a complexidade das marcas e seu valor no mercado contemporâneo.

No terceiro capítulo deste estudo, foi discutido o conceito e a natureza jurisprudencial das marcas de posição, que se originou na Alemanha e logo se tornou parte de um relevante ativo estratégico de marcas ao redor do mundo. Nesse sentido, ao optarem por marcas de posição, as empresas não apenas criam um novo símbolo, mas também investem na construção e manutenção do Brand Equity, criando e mantendo fortes associações e percepções de valor pelos consumidores à marca.

Dessa forma, como resultado de controvérsias judiciais e do crescimento exponencial da concorrência, o Brasil passou a adotar a modalidade de registro de marcas de posição em 2021. Logo, também foi realizada uma análise técnica extensiva acerca do procedimento de registro dessa modalidade e constatou-se que o INPI realiza uma nivelção da distintividade do sinal e da singularidade da posição, considerando-as de forma isolada, não contemplando o principal aspecto das marcas de posição, seu caráter dual.

Essa análise implica que o procedimento permanece muito similar ao que era direcionado às marcas tradicionais e consiste em critérios excessivamente matemáticos e objetivos para casos muito subjetivos e específicos, o que pode ser considerado inadequado diante da complexidade das marcas de posição. Além disso, constatou-se que os procedimentos de avaliação de marcas de posição se mostram controversos quando comparados com outras modalidades e, portanto, nada obsta para que seja realizada uma análise que considere integralmente a sua natureza dual.

Por fim, foram apresentados estudos de caso, como o deferimento da marca de posição da Osklen e o indeferimento dos *red bottoms* da grife francesa Christian Louboutin, que levou a empresa a buscar o judiciário para anular a decisão administrativa. A controvérsia em torno

dos casos citados destacou a complexidade de se aplicar os critérios acerca da distintividade marcária ao caso concreto, revelando que podem ser demasiadamente divergentes e limitados.

No caso da Osklen, o órgão reconheceu que os ilhoses são elementos comuns, mas considerou que a análise conjunta, ou seja, a combinação específica desses elementos e a posição singular em que foram aplicados eram suficientes para conferir distintividade ao sinal, resultando na concessão do registro da marca de posição. Em contraste, a decisão de indeferimento do pedido de Christian Louboutin demonstra uma abordagem diferente, tendo em vista que o examinador apontou que o sinal não atendia ao requisito de distintividade, destacando que este deve ser suficientemente distintivo independentemente da singularidade da posição em que é aplicado.

Ademais, a argumentação da decisão incide no art. 122 da LPI¹¹⁸, que estabelece apenas que são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, combinado com o parágrafo único do art. 84 da Portaria INPI/PR nº 8/2022¹¹⁹, que dispõe acerca do requisito do conjunto distintivo ser capaz de identificar produtos ou serviços e distingui-los de outros, porém nenhum desses dispositivos menciona a obrigatoriedade da distintividade do sinal de forma isolada. Além disso, considerando a falta de informações mais detalhadas acerca dos critérios de análise, a avaliação torna-se imprecisa para essa modalidade.

Cumprе ressaltar que o presente estudo não se propôs a concluir acerca da registrabilidade das marcas da Osklen ou Christian Louboutin, mas se os critérios utilizados são claros, aptos e efetivos para ensejar tais conclusões perante a funcionalidade e valor das marcas no mercado contemporâneo.

Diante disso, percebe-se que os parâmetros atuais não são adequados para abordar a complexidade e relevância das marcas de posição e torna-se essencial adaptar os critérios de registro para refletir de forma precisa a natureza dual e a singularidade dessa modalidade no contexto brasileiro, a fim de garantir uma aplicação justa e coerente, considerando uma análise

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 08 set. 2023.

¹¹⁹ PORTARIA INPI/PR nº 8/2022, de 17 de janeiro de 2022. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT_INPI_PR_08_2022.pdf . Acesso em: 05 nov. 2023.

integral do conjunto marcário e a possibilidade de constatação do *secondary meaning*. Para tanto, uma solução seria disponibilizar oportunidades para que os titulares de registro apresentem evidências suficientes, como pesquisas voltadas ao consumidor médio brasileiro e levantamentos mercadológicos.

Além disso, uma outra alternativa seria certificar a inclusão de profissionais e especialistas na área do branding como parte da equipe de tecnologistas da autarquia para enriquecer a análise e garantir uma abordagem mais completa e alinhada com as práticas e tendências do mercado, considerando a natureza das marcas além dos aspectos legais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAKER, David A. **Marcas: Brand Equity** gerenciando o valor da marca. São Paulo: Negócio Editora, 1998.

ACORDO TRIPS. Marrakesh, Morocco, 1994. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm . Acesso em: 05 set. 2023.

ADVOGADOS, Murta Goyanes. **Notícias: INPI defere o primeiro pedido de registro para marca de posição. INPI defere o primeiro pedido de registro para marca de posição.** 2023. Disponível em: <https://www.murtagoyanes.com.br/noticias/inpi-defere-o-primeiro-pedido-de-registro-para-marca-de-posicao/> . Acesso em: 01 abr. 2024.

AMERICAN MARKETING ASSOCIATION. **Definitions of Marketing: What Is Marketing?.** Disponível em: <https://www.ama.org/the-definition-of-marketing-what-is-marketing/> . Acesso em: 29 set. 2023.

ARDEN, Thomas P.. **Protection of Nontraditional Marks:** Trademark Rights in Sounds, Scents, Colors, Motions and Product Design in the U.S. Estados Unidos: International Trademark Association, 2000.

BARBAS, Leandro Moreira. **Marcas Não Tradicionais:** mapeamento, problemática e experiência internacional. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2015. Disponível em: <https://adelpa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/022d284d-373e-4185-94fa-703283b355a9/content> . Acesso em: 25 fev. 2024.

BARBOSA, Denis Borges. **Da questão da distinguibilidade das marcas nas marcas não convencionais.** P. 1, 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/4397051/Da_questao_da_distinguibilidade_das_marcas . Acesso em: 29 out. 2023.

BASTOS, Luiz Felipe. **Marcas de Posição:** a aquisição de distintividade pelo uso do conjunto marcário composto por elemento não distintivo.. Rio de Janeiro: Universidade Católica do Rio de Janeiro (Puc-Rio), 2023. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/62942/62942.PDF> . Acesso em: 10 fev. 2024.

BEDENDO, Marcos. **Branding:** processos e práticas para a construção de valor. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BEEBE, Barton. **Trademark Law:** an open-source casebook. 10. ed. Nova Iorque: New York University School Of Law, 2023. (V10.0/2023-07-16). P. 1. Disponível em: <https://www.tmcasbook.org/wp-content/uploads/2023/07/BeebeTMLaw-v10-digital-edition.pdf> . Acesso em: 13 set. 2023.

BEZERRA, Matheus Ferreira. **Manual de Propriedade Intelectual.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

BRAND FINANCE. **Global 500 2024 Report.** 2024. Disponível em: <https://brandfinance.com/insights/global-500-2024-report> . Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996. **Lei da Propriedade Industrial**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm . Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível nº 82.301-1**, 2º Câmara Cível, Rel. Des. César Peluso, julgado em: 10-02-1987.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 1028206-90.2020.8.26.0071**. Requerente: Marlene Aparecida Rezende dos Santos. Requerido: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.. Relator: Juíza Rossana Teresa Curioni Mergulhão. Bauru, SP, 28 de janeiro de 2021. Decisão. Concessão de Tutela Antecipada Antecedente - Liminar. Bauru, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/1028206-9020208260071-grife-francesa.pdf> . Acesso em: 09 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal do RJ. **Apelação cível nº 102.635**, 5º Turma, Relator Min. Pedro Acioli. Publicado no Diário Oficial de 17/10/1.985, p. 18.379.

BRASIL. 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Autor: Clermon Et Associes. Réu: INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Processo n. 5082257-22.2023.4.02.5101**. Rio de Janeiro, . Marca, Propriedade Intelectual / Industrial, Propriedade, Coisas, DIREITO CIVIL. Disponível em:

https://eproc.jfrj.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=processo_consulta_publica&acao_retorno=processo_consulta_publica&numero_processo=50822572220234025101&numero_chave=&numero_chave_documento=&hash=bd16eb47cc77dbf4cd460dcfe3de1142 . Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. **Processo n. 5082257-22.2023.4.02.5101/RJ**. Relator: Juíza Federal Marcia Maria de Barros. Despacho/Decisão. Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/juiza-suspende-decisao-inpi-negou.pdf> . Acesso em: 05 set. 2023.

BUSINESS OF FASHION. **Designer, Christian Louboutin**: The French designer's signature red soles have catapulted his glamorous creations into the highest strata of luxury footwear.

Business of Fashion. Disponível em: <https://www.businessoffashion.com/people/christian-louboutin/#:~:text=Christian%20Louboutin%20is%20one%20of,boutiques%20in%20over%2035%20countries> . Acesso em: 21 jun. 2024.

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. **Aquisição e Perda de Distintividade Marcária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CESÁRIO, Kone Prieto Furtunato. **As Novas Marcas Visuais: à luz dos princípios do direito comercial**, p. 13, 2016. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Comercial, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Puc/Sp, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19359/2/Kone%20Prieto%20Furtunato%20Ces%203%20A1rio.pdf> . Acesso em: 11 ago. 2023.

CHRISTIAN LOUBOUTIN S.A. v. YVES SAINT LAURENT AM. HOLDING, INC. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Docket No. 11-3303-cv. 709 F.3d 140 (2nd Cir. 2013). Decisão publicada em 8 de março de 2013.

CONVENÇÃO DE PARIS PARA A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Estocolmo, 1967. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/CUP.pdf> . Acesso em: 05 set. 2023.

ECONOMIDES, Nicholas. The Economics of Trademarks. **Center For Law & Economic Studies, Columbia University School Of Law**, Nova York, v. 78, n. 21, p. 523-539, 1986.

EUIPO, Registro n. 001777176.

INPI, Registro n. 790053853.

INPI, Registro n. 830621660.

INPI, Processo n. 901514225.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. INPI/PROC/CAJ N° 14/2005: Parecer Normativo. 2005. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/Parecer_n_14_2005.pdf . Acesso em: 01 abr. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Manual de Marcas. 3 ed. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://manualdemarcas.inpi.gov.br/> . Acesso em: 14 ago. 2023.

JARDIM, Victor. **Marca de Posição: análise estatística após dois anos de vigência no brasil.** 11 set. 2023. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/marca-de-posi%C3%A7%C3%A3o-an%C3%A1lise-estat%C3%ADstica-ap%C3%B3s-dois-anos-brasil-jardim-/> . Acesso em: 19 fev. 2024.

LOUBOUTIN, Christian. **Inside la Maison Christian Louboutin: 1992, seeing red. 1992, Seeing Red.** Disponível em: https://us.christianlouboutin.com/us_en/la-maison-christian-louboutin#1992 . Acesso em: 09 abr. 2024.

LOUBOUTIN, Christian. **Shoes: Kate.** Disponível em: https://us.christianlouboutin.com/us_en/kate-black-3191410bk01.html . Acesso em: 21 jun. 2024.

MARCAS DE POSIÇÃO: Estudo do caso Louboutin. Guarujá, São Paulo: Comissão de Propriedade Intelectual - Oab/Guarujá, 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=p8b_q2ycWyU . Acesso em: 03 fev. 2024.

MCCARTHY, J. Thomas. **McCarthy's Desk Encyclopedia of Intellectual Property.** 2. ed. Washington, Dc: The Bureau Ofnational Affairs, 1991.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Marca tridimensional, sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade intelectual.** São Paulo: Saraiva, 2009.

Nota Técnica INPI/CPAPD nº 02/2021. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/NT_INPI_CPAPD_02_21.pdf . Acesso em: 04 set. 2023.

Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Tratado Internacional, 2006. **Tratado de Singapura.** Singapura, 2006. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/290013> . Acesso em: 24 Out. 2023.

OSKLEN. **Shoes:** Tennis riva lona lisa masc. Disponível em: <https://www.osklen.com.br/tenis-riva-lona-lisa-masc-verde-forest-62050-134/p> . Acesso em: 21 jun. 2024.

OSKLEN. **Sustentabilidade:** Ética e Sustentabilidade. Disponível em: <https://www.osklen.com.br/etica-e-sustentabilidade> . Acesso em: 21 jun. 2024.

PORTARIA /INPI Nº 71, de 07 de novembro de 2022. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT_INPI_71_2022.pdf . Acesso em: 05 set. 2023.

PORTARIA INPI/PR nº 8/2022, de 17 de janeiro de 2022. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/PORT_INPI_PR_08_2022.pdf . Acesso em: 05 nov. 2023.

PORTARIA /INPI /PR Nº 37, de 13 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/marcas/arquivos/legislacao/copy2_of_PORT_INPI_PR_37_2021.pdf . Acesso em: 04 set. 2023.

"Red Sole Mark", USPTO Registro n. 3361597. Disponível em: https://tsdr.uspto.gov/#caseNumber=3361597&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=DEFAULT&searchType=statusSearch . Acesso em: 09 set. 2023.

REIS, André; TURLÃO, Lilian. **Marcas de posição no Brasil:** um estímulo à proteção dos sinais não tradicionais. Migalhas. 21 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356914/marcas-de-posicao-no-brasil-um-estimulo-a-protecao> . Acesso em: 24 out. 2023.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. **Secondary meaning, vulgarização e teoria da distância**. Editora Saraiva. São Paulo, 2013, p.130.

SEMINÁRIO: Aspectos Atuais das Marcas de Posição. Rio Grande do Sul: Comissão Especial de Propriedade Intelectual (CEPI) da OAB/RS, 202. Disponível em: <https://www.youtube.com/live/wWJoSsC33E4?si=0I6AZtD6RS0qPvnh> . Acesso em: 06 fev. 2023.

SILVA, Samara Carvalho de Souza. **As marcas de posição e a diluição por ofuscação**: uma análise da noção de “posição comum” como condição de vedação de registro marcário perante o INPI. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/19146/1/SCSSilva.pdf> . Acesso em: 04 set. 2023.

SILVA, Vanessa Oliveira. **Marcas de posição**: uma proteção tardia, porém, válida. uma proteção tardia, porém, válida. 2021. Disponível em: <https://diblasiparente.com.br/marcas-de-posicao-uma-protecao-tardia-porem-valida/> . Acesso em: 01 out. 2023.

SILVEIRA, Newton; SANTOS JUNIOR, Walter Godoy dos. **Sinais Distintivos**. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 54.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Tratado da propriedade industrial**: marcas e congêneres. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

STJ - AgRg no REsp: 638033 RJ 2004/0003983-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 07/02/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/02/2013.

STJ - REsp: 1677787 SC 2015/0279704-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/10/2017.

USPTO, Registro n. 2278589.

VERGAÇA, Beatriz. **Sinais Distintivos Não Tradicionais: O Caso Louboutin**. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, v. 148, p. 39-53, maio/junho, 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/36838142/Sinais Distintivos N%C3%A3o Tradicionais O Caso Louboutin?auto=download](https://www.academia.edu/36838142/Sinais_Distintivos_N%C3%A3o_Tradicionais_O_Caso_Louboutin?auto=download). Acesso em: 27 mar. 2024.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). Tratado (1994). Trademark Law Treaty. Geneva, 27 out. 1994. Disponível em: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/294357>. Acesso em: 05 nov. 2023.

XXVI Seminário nacional da propriedade intelectual: propriedade intelectual, políticas públicas e desenvolvimento. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2006.