

# Teoria Geral da Defensoria Pública

## Organizadores

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira  
Jorge Bheron Rocha  
Mariella Pittari  
Maurilio Casas Maia

## Sumário

PRÓLOGO - <i>Carlos Miguel Herrera</i> .....	8
<b>DEFENSORIA PÚBLICA, TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E DIREITO</b> .....	13
CAPÍTULO 1 - A Solidariedade enquanto função da Defensoria Pública: aspectos funcionais para transformação social – <i>Alfredo Emanuel Farias de Oliveira e Pedro González</i> .....	14
1. Introdução .....	14
1.1 Pressupostos da investigação, da solidariedade à Defensoria Pública .....	14
2. Desenvolvimento.....	16
2.1 A solidariedade social como princípio jurídico .....	19
2.2 Solidariedade e Defensoria Pública.....	21
3. Conclusão.....	24
4. Referências.....	25
CAPÍTULO 2 - A importância do atendimento interdisciplinar na Defensoria Pública para a Garantia do Acesso Integral à Justiça - <i>Cleber Francisco Alves e Isabela Vitória Bernardo Do Nascimento</i> ....	27
1. Introdução .....	28
2. Interdisciplinaridade e as funções institucionais da Defensoria Pública.....	30
2.1 Funções Institucionais da Defensoria Pública.....	30
2.2 A interdisciplinaridade no âmbito da Defensoria Pública.....	33
3. Os Centros de Atendimento Multidisciplinar e a concretização do Acesso à Justiça .....	36
3.1 Conceituação e contexto histórico em que estão inseridos .....	36
3.2 <i>modus operandi</i> e objetivos do CAM.....	37
3.2.1. Da resolução extrajudicial de conflitos .....	39
3.2.2 Da garantia do acesso integral à justiça.....	40
4. Breve panorama de práticas interdisciplinares das Defensorias Públicas de todas as regiões do Brasil .....	41
4.1 Estado do Tocantins – Região Norte.....	41
4.2 Cidade de Itaquaquecetuba/SP – Região Sudeste .....	43
4.3 Distrito Federal.....	44
4.4 Mato Grosso – Região Centro Oeste.....	44
4.5 Estado da Bahia – Região Nordeste .....	45
4.6 Estado do Paraná – Região Sul.....	46
5. Conclusão.....	47

6. Referências Bibliográficas .....	48
<b>CAPÍTULO 3 – Americanização do Direito Brasileiro e o papel da Defensoria Pública – Mariella Pittari*</b> .....	50
1. Introdução .....	50
2. De qual acesso à justiça falamos: o estreitamento das possibilidades de arguir em juízo individualmente.....	53
3. Colapsando teoria política e jurídica para entender o Direito .....	57
4. Alguns conceitos do Direito Comparado .....	59
5. As tentativas de disseminar a <i>rule of law</i> : eficiência e previsibilidade .....	65
6. <i>Critical legal studies</i> para interpretar o presente momento.....	69
8. Conclusões: o papel da Defensoria Pública quanto à americanização do Direito Brasileiro .....	76
9. Referências .....	77
<b>DEFENSORIA PÚBLICA E DIREITO CONSTITUCIONAL</b> .....	82
<b>CAPÍTULO 4 - Parecer: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União – Daniel Sarmiento</b> .....	82
1. A Consulta.....	82
2. Igualdade, acesso à justiça e direito a organização e procedimento: o papel constitucional da Defensoria Pública .....	83
3. Resposta aos Quesitos .....	88
<b>DEFENSORIA PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	117
<b>CAPÍTULO 5 - Democratização da Jurisdição Constitucional e Legitimação Universal da Defensoria Pública – Gustavo Dayrell e Felipe Kirchner</b> .....	118
Introdução .....	118
I – Democratização da Jurisdição Constitucional e Legitimação Universal da Defensoria Pública	121
A. Acesso à Justiça e Protagonismo da Defensoria Pública no Estado Democrático de Direito na Seara da Proteção da Supremacia da Constituição.....	121
B. Legitimação da Defensoria Pública para Atuação perante à Jurisdição Constitucional .....	125
II – Atuações Práticas Voltadas à Proteção Coletiva perante à Jurisdição Constitucional .....	136
A. Experiência da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul .....	136
B. Experiência da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais .....	139
Conclusão.....	142
Referências.....	143
<b>DEFENSORIA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS</b> .....	147
<b>CAPÍTULO 6 - Defensoria Pública e <i>compliance</i> dos Direitos Humanos - Leonardo Scofano Damasceno Peixoto</b> .....	148
1. Jurisdição internacional dos direitos humanos .....	148
2. <i>Compliance</i> e efetividade dos direitos humanos .....	152
3. Execução interna das sentenças internacionais de direitos humanos .....	157
4. Defensoria Pública como instituição <i>ombudsman</i> dos direitos humanos.....	165
5. Conclusões .....	170
6. Referências bibliográficas .....	171
<b>CAPÍTULO 7 - Defensoria Pública e litigância estratégica na promoção dos Direitos Humanos - Monaliza Maelly Fernandes Montenegro de Moraes</b> .....	172
1. Introdução .....	172
2. Defensoria Pública: a porta de entrada para o acesso à justiça .....	174
3. Litigância estratégica em direitos humanos .....	178

3.1 A Defensoria Pública e sua aptidão para atuar estrategicamente na promoção dos direitos humanos.....	187
4. Conclusões.....	193
5. Referências.....	195

**DEFENSORIA PÚBLICA E ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL.....197**

**CAPÍTULO 8 - Defensoria Pública como Instância Realizadora da Resolução Extrajudicial de Conflitos: potenciais de atuação institucional na seara da mediação, da conciliação e da arbitragem - Felipe Kirchner.....197**

1. Introdução.....	197
2. Priorização da Resolução Extrajudicial dos Conflitos.....	203
A. Acesso à Justiça e sua Evolução Histórica.....	203
B. Obstáculos e Vantagens da Resolução Extrajudicial dos Conflitos.....	206
C. Conformação dos Métodos de Solução Extrajudicial e Consensual de Conflitos.....	210
3. papel da defensoria pública no estado democrático de direito.....	215
A. Movimento de Acesso à Justiça: protagonismo da Defensoria Pública no Estado Democrático de Direito.....	215
B. Público Assistido pela Defensoria Pública: (re)significação dos conceitos de hipossuficiência e necessidade por meio da dimensão existencial e normativa dos conceitos.....	219
C. Legitimação da Defensoria Pública em sua Missão de Acesso à Justiça: a erosão dos filtros subjetivos e a legitimação pela defesa de valores.....	223
4. Aplicação dos Métodos de Solução Extrajudicial e Consensual de Conflitos pela Defensoria Pública.....	226
A. Questões Teóricas sobre a Utilização dos Métodos de Solução Extrajudicial e Consensual de Conflitos.....	226
B. Experiências Práticas da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul na seara da Resolução Extrajudicial e Consensual dos Conflitos.....	232
C. Possibilidades de Prestação da Assistência Jurídica pela Defensoria Pública por meio da Arbitragem.....	239
5. Conclusão.....	246
6. Referências.....	248

**CAPÍTULO 9 -A Defensoria Pública enquanto pressuposto de democracia no Brasil: reflexões sobre o compromisso institucional com o acesso à Justiça a partir da atuação na educação em direitos e no fomento às soluções autocompositivas de conflitos – Domingos Barroso da Costa e Arion Escorsin de Godoy.....254**

1. Contextualizando o debate.....	254
2. Sobre direitos e deveres, colonizadores e colonizados.....	256
2.1. Educação em direitos e Defensoria Pública.....	263
3. Conflito e democracia.....	266
3.1. As soluções autocompositivas como meios de resgate do potencial democrático dos conflitos.....	269
3.2. A importância da Defensoria Pública na transformação da cultura do litígio e na construção de um paradigma fundado na solução consensual de conflitos.....	271
4. Considerações finais.....	274
5. Referências.....	275

**CAPÍTULO 10 -Defensoria Pública na efetivação de direitos fundamentais mediante controle de políticas públicas: um olhar preventivo, extrajudicial e coletivo – Ígor Araújo de Arruda.....276**

1. Introdução.....	277
2. Políticas públicas enquanto direitos humanos fundamentais ao mínimo existencial.....	278
3. Discrecionalidade administrativa governamental e controle judicial de políticas públicas.....	283
4. Atuação preventiva, extrajudicial e resolutive da defensoria pública.....	288
5. Considerações finais.....	296

6. Referências bibliográficas .....	297
<b>CAPÍTULO 11 - A Defensoria Pública e a participação democrática dos interessados nos Processos Estruturantes e na efetivação de Políticas Públicas – <i>Cintia Regina Guedes</i>.....</b>	<b>298</b>
1. Introdução: o judiciário e as políticas públicas .....	298
2. Mecanismos para a implementação judicial de políticas públicas .....	301
3. Processos estruturantes.....	303
4. A participação dos interessados nos processos estruturantes e o papel da defensoria pública ....	307
4.1 Representatividade, defensoria pública e participação dos interessados na deliberação inicial .....	307
4.2 A defensoria pública e participação dos interessados no curso do processo.....	316
4.3 A defensoria pública e a participação dos interessados na composição consensual do litígio .....	318
4.4 A defensoria pública e a participação dos interessados na fase de cumprimento da decisão estruturante .....	320
5. Bibliografia .....	325
<b>CAPÍTULO 12 - Crises Estruturais: O Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro e a sua Relação com a Garantia do Acesso à Justiça e a Implementação da Defensoria Pública – <i>Bruno de Almeida Passadore e Camille Vieira da Costa</i> .....</b>	<b>327</b>
1. Introdução: a constituição equivale a uma mera folha de papel?.....	327
2. A justiça que queremos: como tornar coletivo um critério individual de justo.....	328
3. Paradigmas estrangeiros: caso <i>brown vs. board of education</i> e o “estado de coisas inconstitucional” da corte constitucional da colômbia.....	330
3.1 Caso <i>brown vs. board of education of Topeka</i> .....	330
3.2 O “ <i>estado de coisas inconstitucional</i> ” na corte constitucional da Colômbia.....	332
4. Medidas estruturais no Brasil: a adpf 347 .....	333
5. Acesso à justiça e à defensoria pública .....	334
6. A não-estruturação da defensoria pública do estado do Paraná e os seus reflexos no caos penitenciário local .....	336
6.1 A situação carcerária no estado do Paraná .....	336
6.2 A defensoria pública do estado do Paraná.....	339
6.3 A defensoria pública enquanto ferramenta de obstacularização de violação de direitos .....	340
7. Conclusão: a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro perpassa também pela estruturação da Defensoria Pública .....	342
8. Referências .....	343
<b>DEFENSORIA PÚBLICA E PROCESSO COLETIVO .....</b>	<b>347</b>
<b>CAPÍTULO 13 - Defensoria Pública e o combate à corrupção - <i>Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes</i> .....</b>	<b>347</b>
1. Considerações iniciais .....	348
2. Breve evolução institucional da Defensoria Pública .....	349
2.1 A opção por um modelo público de assistência jurídica .....	349
2.2 Novos Contornos da Defensoria Pública.....	350
2.3 Atuação Social e Coletiva da Defensoria Pública .....	351
2.4 Defensoria Pública como Instituição Independente .....	352
2.5 A função Ombudsman da Defensoria Pública.....	353
3. Defensoria Pública e combate à corrupção .....	358
3.1 Defensoria Pública e Ação de Improbidade Administrativa .....	366
3.2 Defensoria Pública, Termo de Ajustamento de Conduta e Inquérito Civil .....	370
4. Notas conclusivas sobre o combate à Corrupção pela Defensoria Pública .....	374
5. Referências .....	378

CAPÍTULO 14 – A Ação de Improbidade Administrativa e a Legitimidade da Defensoria Pública – <i>Paulo César Oliveira do Carmo</i> .....	380
1. Introdução .....	380
2. A Assistência Jurídica Integral, promoção dos direitos humanos e o acesso à justiça.....	380
3. A ação de improbidade administrativa e a legitimidade constitucional e infraconstitucional da Defensoria Pública .....	386
4. Conclusão.....	390
5. Refefências.....	391
 CAPÍTULO 15 - A Defensoria Pública no Processo Coletivo – análise com foco na ação civil pública, na ação popular e na intervenção <i>custos vulnerabilis</i> - <i>Edilson Santana Gonçalves Filho</i> .....	392
1. Introdução .....	392
2. Do microsistema Processual Coletivo .....	393
3. Ação Civil Pública: Teoria Geral da Legitimidade Institucional .....	394
4. Ação Popular e Defensoria Pública: vias de democratização do Processo Coletivo.....	397
5. A Atuação Interventiva da Defensoria Pública (Intervenção Custos Vulnerabilis) .....	399
6. Conclusão.....	401
7. Bibliografia .....	402
 <b>DEFENSORIA PÚBLICA E A QUESTÃO AMBIENTAL</b> .....	404
 CAPÍTULO 16 - O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? - <i>José Augusto Garcia de Sousa</i> .....	404
1. Introdução .....	405
2. A centralidade da questão ambiental.....	408
3. O fortalecimento do solidarismo jurídico.....	409
4. Um reflexo do solidarismo: a objetivação (e a correspondente “dessubjetivação”) do Direito ..	413
5. O impacto na questão da legitimidade processual.....	416
6. Um dado adicional trazido pelo movimento do acesso à justiça: a pluralização do fenômeno da carência .....	420
7. A positivação do novo perfil da Defensoria Pública.....	423
8. A necessidade de uma nova leitura e uma nova classificação para as funções da Defensoria Pública.....	426
9. A constitucionalidade do perfil não individualista da Defensoria Pública.....	429
10. A voz do Supremo Tribunal Federal .....	434
11. Uma relevante manifestação do perfil mais solidarista da Defensoria: a legitimidade para a propositura de ações civis públicas, inclusive e principalmente no que toca aos interesses difusos	436
12. Aplicações práticas.....	444
13. Resenha final .....	446
14. Referências bibliográficas .....	452
 <b>DEFENSORIA PÚBLICA E CUSTOS VULNERABILIS</b> .....	456
 CAPÍTULO 17 - Um breve ensaio sobre os avanços da Defensoria Pública enquanto <i>custos</i> <i>vulnerabilis</i> no Brasil – <i>Alfredo Emanuel Farias de Oliveira</i> e <i>Maurilio Casas Maia</i> .....	457
1. Introdução .....	457
2. A Defensoria Pública enquanto contrapoder no Sistema de Justiça: <i>custos vulnerabilis</i> ?.....	457
3. Avanço normativo .....	459
4. Avanços na Teoria Jurídica .....	461
5. <i>custos vulnerabilis</i> : avanço e aceitação jurisprudencial.....	463
6. Conclusões .....	466
7. Referências .....	466

CAPÍTULO 18 - A atuação da Defensoria Pública como <i>custos vulnerabilis</i> sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro – <i>Lucas Marques Luz da Ressurreição</i> .....	471
1 Introdução .....	471
2 Ampliação da esfera de atuação da Defensoria Pública como uma exigência da sociedade .....	472
3 O ordenamento jurídico brasileiro e a atuação da Defensoria Pública como <i>custos vulnerabilis</i> .....	476
4 Considerações Finais.....	488
5 Referências.....	489
CAPÍTULO 19 - Dificuldades e possibilidades de atuação da Defensoria Pública como custos vulnerabilis no processo penal – <i>Eduardo Augusto da Silva Dias</i> .....	490
1. Introdução .....	491
2. Vulnerabilidade estrutural.....	492
3. Custos vulnerabilis e inquérito policial.....	494
4. Custos vulnerabilis e déficit de legitimidade do custos legis.....	496
5. Custos vulnerabilis e parte com advogado constituído .....	497
6. Vulnerabilidade interna por influência dos jogadores indiretos/externos .....	499
7. Conclusões .....	499
8. Referências.....	500
<b>DEFENSORIA PÚBLICA E PROCESSO.....</b>	<b>501</b>
CAPÍTULO 20 - O Título da Defensoria Pública no CPC 2015 – <i>Jorge Bheron Rocha</i> .....	501
1. Introdução .....	501
2. Orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.....	503
3. O Conceito de necessitado .....	506
4. O Prazo em Dobro e sua Extensão aos Escritórios de Prática Jurídica e às Entidades que Prestam Assistência Jurídica Gratuita Conveniadas com a Defensoria Pública. ....	508
5. A Intimação Pessoal.....	512
6. A Responsabilidade do Defensor Público pela Violação de Deveres. ....	516
7. Conclusões .....	517
CAPÍTULO 21 - Curadoria Especial – <i>Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva</i> .....	518
1. Introdução .....	518
2. Atribuição exclusiva do membro da Defensoria Pública para aferir a existência de hipótese legal de atuação da curadoria especial .....	519
3. Hipóteses legais de atuação da curadoria especial .....	520
3.1. Incapaz sem representante legal (art. 72, I, 1ª parte do CPC/2015).....	521
3.2. Incapaz quando os interesses deste colidirem com os do representante legal (art. 72, I, 2ª parte do CPC/2015).....	525
3.3. Pessoas portadoras de deficiência em condição de vulnerabilidade (art. 12, item 3, da Convenção de Nova Iorque).....	526
3.4. Réu preso revel (art. 72, II, 1ª parte do CPC/2015).....	529
3.5. Réu revel citado por edital ou com hora certa (art. 72, II, 2ª parte do CPC/2015).....	533
4. Natureza jurídica .....	537
4.1. Teoria da Representação Processual .....	537
4.2. Teoria da Substituição Processual.....	539
4.3. Teoria Distintiva.....	541
5. Conclusão.....	542
6. Bibliografia .....	543
CAPÍTULO 22 - Procedimentos civis para as medidas de proteção de crianças e adolescentes: instrumentos de acesso à ordem jurídica justa e à proteção integral – <i>Daniele Bellettato Nesrala e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau</i> .....	545

1. Introdução .....	545
2. Os códigos de menores de 1927 e 1979 e os procedimentos verificatórios ou pedidos de providência.....	546
3. O estatuto da criança e do adolescente e os procedimentos para aplicação de medidas de proteção .....	552
3.1. Procedimento Administrativo Extrajudicial: aplicação de Medidas de Proteção que sem afastamento da criança ou adolescente de sua família (Art. 18-B, 101, I a VI e 129, I a VII, ECA/90) .....	554
3.2. Procedimento Especial de Jurisdição Voluntária .....	555
3.2.2. Medida de Proteção que não importa em afastamento da criança de sua família: única hipótese de flexibilização procedimental admitida pelo artigo 153, do ECA/90 .....	557
3.3 Procedimento Judicial Contencioso Comum .....	560
4. Dos procedimentos irregulares para afastamento familiar da criança e do adolescente .....	563
5. Conclusão.....	568
6. Referências .....	569
<b>CAPÍTULO 23 - Prazo em dobro: (des)necessidade de cientificação do juízo - <i>Bruno Freire de Jesus</i></b> .....	571
1 Introdução .....	571
2 Da posição majoritária dos Tribunais.....	574
3 Da refutação dos argumentos apresentados nas decisões judiciais. ....	577
3 Das recentes decisões recentes apontando uma modificação de entendimento. ....	582
4 Conclusão.....	584
5 Referência Bibliográfica .....	586
<b>CAPÍTULO 24 - Hipossuficiente no processo penal e a Defensoria Pública - <i>Daniel Guimarães Zveibil</i></b> .....	586
1. Visão prevalecente de hipossuficiente no processo penal.....	587
2. Acusação estatal enquanto garantia constitucional a reforçar o direito de defesa do acusado.....	588
3. O erário como fator que contribui à isenção no exercício das atividades estatais de acusar e defender.....	589
4. Finalidade constitucional do processo penal e o interesse público representado pela defesa .....	590
5. A tutela do interesse público da defesa individual da liberdade e a Lei Complementar nº 132/09 .....	591
6. Interpretação do par. único do art. 263 do CPP e o dever estatal de concretização da defesa penal na ausência da Advocacia Privada representando o acusado .....	593
7. Defensoria Pública e erros judiciários no campo penal .....	595
Bibliografia .....	596
<b>CAPÍTULO 25 - Atuação defensorial no Tribunal do Júri: desconstruindo dogmas – <i>Tiago Abud</i></b> .....	598
1. Introdução .....	598
2. A decisão de pronúncia, a sua banalização e o equivocado princípio in dubio pro societate .....	600
3. A soberania dos veredictos, o quesito obrigatório e a (im) possibilidade de recurso com fincas no artigo 593, III, “d” do Código de Processo Penal .....	607
4. Conclusão.....	613
<b>DEFENSORIA PÚBLICA E HONORÁRIOS .....</b>	614
<b>CAPÍTULO 26 - Breves Comentários sobre Honorários para a Defensoria Pública - <i>Rafael Vinheiro Monteiro Barbosae Maurilio Casas Maia</i></b> .....	614
1. Introdução.....	614
2. Esclarecimentos necessários sobre os Honorários para a Defensoria Pública .....	615
2.1 Titularidade .....	615
2.2 A atual visão do STJ e a possibilidade de revisão do entendimento .....	615
2.2.1 STJ: A questão é constitucional?.....	616

2.3 O STF e os honorários para a Defensoria Pública.....	617
2.3.1 O Plenário do STF, a amplitude da autonomia e honorários para a Defensoria.....	618
2.3.2 Após tomada de posição, STJ sinaliza possibilidade de discutir o Enunciado Sumular n. 421/STJ .....	618
2.3.3 O Precedente do STF e o reposicionamento de outras Cortes.....	619
3. Honorários da Defensoria Pública no Processo Penal.....	621
4. Conclusões .....	624
5. Referências .....	625

CAPÍTULO 27 - A Defensoria Pública e os honorários de sucumbência: breves anotações sobre a Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça – <i>Alfredo Emanuel Farias de Oliveira, Jorge Bheron Rocha e Otávio Vilela Miranda Neves</i> .....	626
1. Introdução .....	626
2. Conceito e Análise Histórica dos Honorários de Sucumbência .....	627
3. A Formação da Súmula 421 do STJ.....	630
4. As Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013, 80/2014 e 93/2016 e as Leis Complementares nº 80/1994 e 132/2009.....	633
5. A Destinação dos Honorários Sucumbenciais nas Defensorias .....	636
6. O Novo Sentido Jurisprudencial e o <i>Signaling</i> .....	637
7. O <i>Overruling</i> e o Tema 1002 de Repercussão Geral.....	640
8. Conclusão.....	642
9. Referências Bibliográficas .....	643

## **PRÓLOGO** - *Carlos Miguel Herrera* \*

El libro que el lector tiene en sus manos, coordinado por Alfredo Emanuel Farias de Oliveira, Jorge Bheron Rocha, Mariella Pittari y Maurilio Casas Maia, presenta un gran interés en varios campos.

Por lo pronto, en derecho brasileño, se anuncia como una teoría general de la Defensoría pública, lo que favorece una visión extendida del organismo, no con la pretensión de ofrecer un todo axiomático, sino más bien de esclarecer algunos de sus más importantes aspectos. Ciertamente, resalta más su aspecto doctrinal que teórico, aunque más no sea porque sus autores integran el cuerpo de la Defensoría, pero su ambición es analizar su actuación desde perspectivas abstractas.

---

\* Profesor catedrático de la Université de Cergy Pontoise (Francia), desde el año 2003, donde ejerce también las funciones de director del *Centre de philosophie juridique et politique*, desde 2000. Fue miembro del Institut universitaire de France, entre 2001 y 2005. Ha sido profesor invitado en los programas de doctorado de universidades de Argentina (Universidad Nacional del Litoral, 2017, Universidad de Buenos Aires, 2012, 2007-2009), Colombia (Universidad Externado, 2005, 2007), Rusia (Universidad Federal del Noreste, 2014) y España (Universidad Internacional de Andalucía, Universidad de Valencia). Ha publicado 27 libros, 12 como autor, 15 como editor o co-editor, en Francia, Colombia, Brasil, Canadá y Argentina. Ha dirigido 9 dossiers de revistas científicas, en Francia, Alemania, Argentina. Es autor además, de 85 capítulos en libros colectivos de Francia, España, Alemania, Italia, Grecia, Austria, Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú y de 70 artículos en revistas científicas de América, Asia y Europa. Ha sido invitado a dictar conferencias y contribuciones en universidades, congresos e instituciones de Asia (Corea del Sur, India, China), América (México, Estados Unidos, Canadá, Brasil, Colombia, Perú, Chile, Argentina), Oriente medio (Israel) y Europa (España, Italia, Francia, Alemania, Austria, Grecia, Rusia, Bélgica, Suiza).



Además, en el plano del derecho comparado, el conocimiento se ve enriquecida por el estudio de una institución que presenta rasgos originales, propios, que se inscriben en el marco del nuevo constitucionalismo que se genera tras el giro expansivo de 1989, y que, en su más estrecha vinculación con la democracia, alcanza en los países del Sur Global sus rasgos más netos. Aunque en los diferentes capítulos las comparaciones sean más recurrentes con los Estados Unidos, encontramos también vías abiertas hacia otras realidades (Argentina, Colombia), y en un juego de escalas muy productivo, también permite extender la comparación entre diferentes estados brasileños.

Finalmente, y esta es el enfoque que privilegiamos en este prólogo, la obra ofrece la posibilidad de examinar la institución bajo el prisma del derecho constitucional de los contrapoderes sociales<sup>1</sup>. Como lo hemos señalado en una serie de ensayos<sup>2</sup>, el concepto de contrapoderes sociales ha sido (re)introducido en la perspectiva de ensanchar el derecho constitucional tal como se practica al menos en Europa, un proyecto que pasa por una crítica de la razón constitucional<sup>3</sup>. Al mismo tiempo, conviene siempre tener en cuenta que la lógica del contrapoder social, en su especificidad, no es la de la emancipación social, aunque pueda integrarse en ella como un momento.

Desde esa óptica, los contrapoderes sociales no son ubicados en un afuera, que sería exterior a la práctica propiamente jurídica del texto constitucional (y que se expresaría en protestas, manifestaciones, movimientos sociales, etc.) pero tampoco en un adentro, que lo confinaría a las instituciones dadas. Se trata más bien de un recorrido por las fronteras entre las normas y la sociedad. Esto explica que, paradójicamente, el derecho constitucional no siempre se encuentre cómodo con la noción, que presenta siempre una dimensión política irreductible a lo normativo, ya que la significación de los contrapoderes sólo puede determinarse en función de una situación histórica dada. Partiendo, no del poder, como lo hacen habitualmente los juristas, sino de las resistencias al poder.

Con todo, las prácticas institucionales pueden representar una posible encarnación de contrapoder social, sobre todo en un contexto, desde los años 1980, en que las fronteras del derecho constitucional se han expandido: baste referirse a la ampliación de las jurisprudencias en materias consideradas durante mucho tiempo como “no judiciales”, un fenómeno

---

<sup>1</sup> Ya en ese sentido, ver Alfredo Emanuel Farias de Oliveira, “O que é defensoria pública? Qual é sua identidade? Concepções tangenciaias da hermenêutica fenomenológica”, R. Albuquerque Lima, Juan Olivier Gómez Meza (eds.), *VI Encontro Internacional do CONPEDI-Costa Rica, Teoria, filosofia, antropologia e história do direito*, Florianópolis, Conpedi, 2017.

<sup>2</sup> En portugués, ver una primera presentación en Carlos M. Herrera, « Algumas considerações sobre a noção de contrapoderes sociais », *Revista Brasileira de Estudos Políticos - RBEP*, vol. 105, 2012, pp. 79-99.

<sup>3</sup> Cf. C. M. Herrera, *Confines del constitucionalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 11-17.

observable con mayor claridad en aquellos Estados cuyas políticas públicas pueden ser inestables, o en todo caso muy condicionadas por cuestiones presupuestarias. De hecho, unas de las peculiaridades de estos contrapoderes sociales es que no se definen únicamente por su actuación ante el poder político, como en la tradición liberal, sino también contra el arbitrario y la dominación del mercado, que se ejerce incluso sobre el poder de decisión del propio Estado democrático (sin hablar de la prensa, que fuera concebida por el constitucionalismo liberal como uno de los contrapoderes por antonomasia a partir del siglo XIX).

Cabe insistir en que se trata de la posibilidad material, no de la “naturaleza jurídica” de una institución, que vería por ejemplo en el juez una forma *per se* de protección de los ciudadanos, en su confrontación con otros poderes. Al mismo tiempo, esta visión significa no ignorar la institucionalidad como posible contra-poder, descartándola de antemano. Este elemento merece ser particularmente destacado, porque la forma apareció a menudo como lo impensado de la teoría crítica del derecho.

Pero justamente, ¿Cómo identificar entonces el potencial carácter de contra-poder de una institución jurídica? Este interrogante exige una serie de precisiones. La primera es de algún modo meta-teórica: no se trata de proponer una definición, como en la tradición positivista, sino de determinar criterios para identificar el carácter de contra-poder.

Este pasaría por la cercanía que aquella puede presentar con las prácticas, incluso no estatales, de la ciudadanía –entendida en su dimensión colectiva, social y no de simple individuos–, en pos de una mayor efectividad de sus derechos. Una vez más esto nos reenvía a la posibilidad, fáctica, que puede tener una institución de convertirse en vector de ciertas demandas sociales, lo que implica, en un nivel más técnico, la existencia de vías (procesales) que puedan ser movilizadas por los dominados con relativa facilidad, relativizando, por ejemplo, la presencia de abogados o el cumplimiento de procedimientos formales estrictos.

Una segunda precisión, y quizás más importante, tiene que ver con la relación que la institución establece con esos derechos, y que no se reducen a una mera garantía pasiva, propia a los “sujetos de derecho”. Se trata más bien de una interrelación de prácticas, que no tienen un mismo carácter homólogo, sino que conservan su heteronomía. Para decirlo de otro modo, pueden existir entre ambas no sólo tensiones, sino también oposiciones y conflictos.

Esto, por cierto, no le permite encaramarse como un nuevo poder, muchos menos encarnar una legitimidad substancial, superior a aquella basada en la decisión democrática. La institución debe conservar su carácter disruptivo de contra-poder, un mecanismo que como tal emerge al interior del dispositivo constitucional, limitando obstáculos, consolidando resultados o potenciando procesos en la lucha por los derechos.

Finalmente, tampoco el concepto de “derechos” cabe integralmente en una definición jurídica. Se trata más bien de una gramática, que debe ser entendida, como escribimos en otro lugar, como la estructura lingüística de las reivindicaciones políticas de los individuos iguales. No se trata tan sólo, como lo expresara John Finnis, desde una posición iusnaturalista tomista de un lenguaje, a una manera de hablar de lo que es justo; adquiere para nosotros el sentido de una estructura gramatical propia de las reivindicaciones en los sistemas modernos y como forma del lenguaje político, implica, al contrario, la reducción de la aureola de trascendencia de los derechos humanos.

En ese plano, no existiría una oposición entre derechos y reivindicaciones, tal como lo ha planteado la teoría reciente del populismo, aunque no podemos desarrollar aquí este problema<sup>4</sup>. Esto implica analizarla como un hecho, el hecho de que, con la aparición de lo que Etienne Balibar ha llamado la igual-libertad en las revoluciones de finales del siglo XVIII, las reivindicaciones y reclamos de individuos y grupos que afectan su autonomía toman la forma de un derecho. Los derechos no serían tanto estándares, cuya legitimidad provendría de un contenido (liberal o al menos subjetivo) que de su adopción por un legislador democrático. Dicho de otra manera, los derechos son la forma legal específica de un orden creado democráticamente<sup>5</sup>.

Estos “derechos” no deben, por lo tanto, reducirse a derechos subjetivos, como en el siglo XIX, si entendemos por ello una dimensión puramente negativa y limitante. En ese sentido, no se oponen necesariamente a la autoridad estatal, como lo entendía el liberalismo decimonónico, y fuera aun proyectado en el siglo XX por autores como Carl Schmitt.

Una institución como la defensoría pública en el derecho brasileño, definida como institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, es una expresión de la transformación de la vieja concepción liberal de los derechos. Y en esa óptica, nos habilita a explorar algunos aspectos de la teoría constitucional de los contrapoderes sociales, es decir un tipo de contrapoder que se ubica dentro de la institución estatal.

La propia Constitución brasileña asocia la defensoría pública al régimen democrático (art. 134). Incluso, al otorgarle el carácter de “expresión” y más aún de “instrumento” podría pensarse que subordina la institución a las prácticas democráticas. Esto supone encarar la interpretación de la defensoría pública en una serie de extremos. Antes que nada, su accionar

---

<sup>4</sup> Ver C. M. Herrera, « Populismo y derechos », en J. L. Villacañas Berlanga, C. Ruiz Sanjuan (eds.), *Populismo versus republicanismo. Genealogía, historia, crítica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2018, p. 295-311.

<sup>5</sup> Ya Michel Foucault había afirmado, sin desarrollarlo que las luchas políticas se formulan a través de afirmaciones de derecho, dejando entrever incluso una dimensión mayor como “réplica”. Cf. C. M. Herrera, « De l'Etat à l'étatisation? Penser le droit public avec Michel Foucault », *Revue Interdisciplinaires d'Etudes Juridiques*, n° 79, 2017, p. 39-54.

no se limitaría sólo al “acceso a la justicia”, sino a la “promoción” de los derechos humanos, como el propio articulado lo especifica, dándole a su actividad un sentido más activo. Tampoco se trataría de la vieja institución de la ayuda judicial a los “necesitados”, en la tradición pasiva que se le daba al término en el derecho procesal del siglo XIX, y que iba de par con un modelo asistencialista de las políticas públicas: el vínculo estructural con la democracia, que supone siempre ciudadanos activos en la perspectiva del autogobierno, asocia la institución a los sectores dominados de la sociedad, que en su pluralidad, conforman una lucha por el reconocimiento de su autonomía.

En más, la institución implica una ruptura con la mera “asistencia jurídica”, que, aunque evidente en el propio proceso de adopción de la norma constitucional positiva, merece ser subrayada en sus consecuencias teóricas. Ciertamente, ya Anton Menger, representante por antonomasia del socialismo jurídico, señalaba en uno de sus primeros libros que los derechos de las clases desposeídas llegaban a los tribunales para ser defendidos vía la ayuda jurídica en una situación de abandono similar a la que presentaban los cuerpos de los trabajadores cuando eran atendidos por la asistencia pública. Más aún, Menger entendía que la ayuda jurídica hacía poco para corregir esa desigualdad social, incluso la agravaba, porque, según entendía el profesor vienés, un servicio gratuito ofrecido a los pobres, en una sociedad donde cualquier beneficio se remuneraba monetariamente de acuerdo a su valor, sería, por definición, de menor calidad. En buen discípulo de Lorenz von Stein, confiaba en el valor social del derecho público, y promovía de manera general un derecho procesal que entraría en sus moldes<sup>6</sup>.

A diferencia de Menger, quizás nosotros ya no pensemos que el proceso judicial pueda aparecer como un remedio específico para la reducción de las desigualdades sociales por el derecho –Menger definía incluso a la administración de justicia como el “órgano de los gobernados”, confiando en la forma tribunal–. Sin embargo, la aparición en el derecho procesal de instrumentos como la *Public Interest Litigation*, los litigios estructurales, o las *Class Action* muestran una transformación importante del viejo derecho individualista, y que ponen de manifiesto la relación estrecha entre políticas públicas e instituciones jurisdiccionales.

Ya sabemos que la teoría de los contrapoderes sociales desconfía de la erección de una institución pública que se presentaría, por una supuesta cercanía ontológica con la ciudadanía o aún con la sociedad, como una instancia superior, aunque más no sea jurídicamente, a (otros) órganos políticos, que operarían con una lógica más cerrada o directamente más

---

<sup>6</sup> Para un análisis de su concepción, ver C. M. Herrera, « Socialisme juridique et droit de la procédure – La pensée d’Anton Menger », AA. VV., *Modèle français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de la procédure en Europe*, t. II, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2008, p. 231-249.

autoritaria. Sería erróneo, por ejemplo, en referencia a la Defensoría pública, sacar conclusiones en ese sentido de la insistencia en la promoción prioritaria de la solución extrajudicial de conflictos prevista por la Ley complementaria 80/94 (art. 4°), y ampliada por la Ley complementaria 132/09, donde se anotan la mediación, la conciliación, y el arbitraje entre otras técnicas.

Pese a la extensión de la categoría de derechos, toda conflictividad social implicando a los dominados no se agota, por definición, en la esfera de decisión de un órgano jurisdiccional. No debe perderse de vista, entonces, que los conflictos de intereses a los que hace referencia la norma citada, son entendidos en sentido interindividual, no colectivos en sentido propio. Estos últimos requieren sin duda otro tipo de intervención, donde las formas democráticas adquieren otro significado más directamente político. Por cierto, algunos de los autores de estos estudios promueven la idea de solidaridad como elemento característico de la defensoría pública e incluso como función, lo que dejaría al descubierto una ambición más vasta. Pero desde la perspectiva de los contrapoderes sociales, la institución apunta ante todo al empoderamiento de los ciudadanos en un marco jurisdiccional.

Como órgano especializado, la defensoría pública cumple un papel específico en relación a la promoción de los derechos humanos, el combate contra la corrupción, la concreción de la resolución extrajudicial de conflictos, la participación democrática de los interesados, el acceso a la justicia... Elementos que los diferentes capítulos de esta obra contribuyen a poner de manifiesto. Queda tal vez para otros estudios analizar la defensoría pública en su interrelación concreta con otras instancias, ya sean públicas como sociales, en un diagrama más amplio de la gubernamentalidad en el Brasil y sus resistencias.

*Carlos Miguel HERRERA*

Profesor catedrático de la Université de Cergy Pontoise (Francia), desde el año 2003, donde ejerce también las funciones de director del *Centre de philosophie juridique et politique*, desde 2000. Fue miembro del Institut universitaire de France, entre 2001 y 2005. Ha sido profesor invitado en los programas de doctorado de universidades de Argentina (Universidad Nacional del Litoral, 2017, Universidad de Buenos Aires, 2012, 2007-2009), Colombia (Universidad Externado, 2005, 2007), Rusia (Universidad Federal del Noreste, 2014) y España (Universidad Internacional de Andalucía, Universidad de Valencia). Ha publicado 27 libros, 12 como autor, 15 como editor o co-editor, en Francia, Colombia, Brasil, Canadá y Argentina. Ha dirigido 9 dossiers de revistas científicas, en Francia, Alemania, Argentina. Es autor además, de 85 capítulos en libros colectivos de Francia, España, Alemania, Italia, Grecia, Austria, Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú y de 70 artículos en revistas científicas de América, Asia y Europa. Ha sido invitado a dictar conferencias y contribuciones en universidades, congresos e instituciones de Asia (Corea del Sur, India, China), América (México, Estados Unidos, Canadá, Brasil, Colombia, Perú, Chile, Argentina), Oriente medio (Israel) y Europa (España, Italia, Francia, Alemania, Austria, Grecia, Rusia, Bélgica, Suiza).

**DEFENSORIA PÚBLICA, TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E DIREITO**

LOPES, Amanda., **Diferença entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em <<https://direitodiario.jusbrasil.com.br/noticias/426794577/diferenca-entre-direitos-difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>> Acesso em: 04 de junho de 2018.

MIRANDA, Melina Machado., CAVALCANTE, Paula Rosana., **I Congresso Brasileiro de Atuação Interdisciplinar nas Defensorias Públicas: Múltiplos Olhares Revisitando o Fazer Jurídico – História e Contexto.** Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos\\_defensoria/volume7.aspx](https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume7.aspx). Acessado em: 16/06/2018.

MORAES, Humberto Peña de. SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado.** Rio de Janeiro, Liber Juris, 1984.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos., ZVEIBIL, Daniel Guimarães., JUNQUEIRA, Gustavo. **Comentários à lei da Defensoria Pública –** São Paulo: Saraiva, 2013.

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ, V. 23. **Democratização do acesso à justiça: análise dos juizados especiais federais itinerantes na Amazônia Legal brasileira.** Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/viewFile/2154/2056>. Acessado em: 10 de junho de 2018.

SOUSA, José Augusto Garcia de., **Uma nova Defensoria Pública pede passagem.** Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

### **II Congresso Brasileiro de Atuação Interdisciplinar das Defensorias Públicas.**

Disponível em

<https://www.youtube.com/watch?v=V1NwCLs2504&index=10&list=PLCITLRQjmWsyY6I2xWdQF3H8rGko8N5v->. Acessado em: 16 de junho de 2018.

## **CAPÍTULO 3 – Americanização do Direito Brasileiro e o papel da Defensoria Pública – Mariella Pittari\***

**Sumário:** 1. Introdução; 2. De qual acesso à justiça falamos: o estreitamento das possibilidades de arguir em juízo individualmente; 3. Colapsando teoria política e jurídica para entender o Direito; 4. Alguns conceitos do Direito Comparado; 5. As tentativas de disseminar a *rule of law*: eficiência e previsibilidade; 6. *Critical legal studies* para interpretar o presente momento; 8. Conclusões: o papel da Defensoria Pública quanto à americanização do Direito Brasileiro; 9. Referências.

### **1. Introdução**

O tema aqui delineado, pertinente à americanização do Direito Brasileiro, propõe-se a suscitar alguns aspectos críticos acerca do fenômeno, sob a perspectiva de algumas definições provenientes do Direito Comparado. O intuito de tal abordagem consiste em oferecer uma

visão do fenômeno jurídico brasileiro enquanto um acontecer que se estende pela América Latina, propugnando-se pela resistência ao espraiamento do Direito norte-americano enquanto imposição hegemônica de um ideário não consentâneo aos aspectos constitucionais nacionais atinentes ao tema. A ideia de disseminar a *rule of law* e a democracia conforme parâmetros estabelecidos ao modo estadunidense, mostra-se uma maneira transversa em obter êxito no processo definido como *pillagem* (Mattei; Nader, 2008)<sup>28</sup>.

Ao incutir-se na mente do jurista a visão de que prosseguir pautado no modelo jurídico contido em nossos diplomas legislativos constitui atraso, transmite-se a equivocada noção que alhures são empregadas tecnologias mais arrojadas na acomodação do mundo supercomplexo em que vivemos. Para justificar a empreitada, vale-se da invocação dos tratados aos quais o Brasil se submete, bem como primados de Direito Internacional, a justificar o atropelo das bases formadoras do arcabouço nacional. Ao final, o resultado consiste na contrafação de institutos jurídicos provenientes de outros países, cujo sucesso no país de origem é tão controverso quanto àquele obtido em território nacional.

Métodos e tecnologias consistentes na suspensão da normalidade institucional, substituindo-se o respeito aos direitos fundamentais pela constante supressão de garantias básicas. No que tange aos instrumentos utilizados para tanto, ora ocorrerá através do esvaziamento do acesso à justiça particularizada no processo civil (Staszak, 2014), ora através do emprego de uma verdade comercializada perante a esfera penal. Suspende-se a normalidade institucional, erodindo o Estado de Direito, instaurando uma atmosfera de medo e suspensão da continuidade democrática. (Harcourt, 2018; Frankenberg, 2014; Serrano, 2016).

Para não insistir apenas na delação premiada (Langer, 2004),<sup>29</sup> instituto mal utilizado e cuja repercussão abalou os alicerces da república, vale trazer a título de exemplo o que virá a ser a “aplicação consensual da pena”, em caso de aprovação do projeto de lei 8045/2010 (projeto de Novo Código de Processo Penal).<sup>30</sup> A “aplicação consensual da pena” constitui um aprofundamento do processo penal de exceção, conhecido nos Estados Unidos como *plead guilty*. No processo penal *balcão de mercado*, penas são negociadas enquanto barganhas dos quais os acusados dispõem, como se a liberdade nada mais significasse. Em tal cenário,

---

\* Defensora Pública do Estado do Ceará. Admitida pelo International University College of Turin, Master of Laws em Cornell University. Alumni do Institute for U.S Law. Todos os textos e citações foram traduzidos pela própria autora.

<sup>28</sup> Mattei, U. & Nader, L. (2008). *Espoliação: quando o Estado de Direito é ilegal*. Malden, MA: Blackwell Pub.

<sup>29</sup> Langer, Maximo. De transplantes legais para traduções legais: a globalização da delação premiada e a tese da Americanização no processo penal. *Harv. Int'l LJ* 45 (2004): 1.

<sup>30</sup> <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263> (Acesso em 27 de junho de 2018).

ainda a título ilustrativo, os Estados Unidos contam com uma população carcerária que supera 2.2 milhões de pessoas. Em aplicando a mesma disciplina de imposição de pena dos Estados Unidos no Brasil, dotado de um aparato investigatório precário, facilmente superar-se-ia a alarmante marca de 726.712 mil pessoas presas.<sup>31</sup>

No que tange ao processo civil, a emergência dos precedentes no cenário brasileiro apenas aprofundou o debate acerca da viabilidade de assimilação de fenômenos provenientes de culturas jurídicas estrangeiras. A dificuldade não reside no emprego de terminologias concernentes à sistemas de decisão judicial distintos, tal qual o da *common law*. Difícil, sobretudo, é saber em qual medida o emprego de expressões tais quais *sinalização*, *distinguishing*, *overruling*, é distorcido e termina por esvaziado, quando aplicado no cenário nacional. Os conceitos transplantados (Watson, 1974)<sup>32</sup>, como bem ensinam os comparatistas desde o início do século XX, podem não resistir ao exotismo do novo ambiente para o qual foram transplantados. Além de considerar-se o que ocorrerá com o instituto acaso ele seja assimilado por outra jurisdição, é o caso de considerar também que a visão importada não considera todos os "formantes legais" (Sacco, 1991)<sup>33</sup> que resultam na presença de um determinado fenômeno jurídico. A compreensão de um determinado instituto exige que seja fixado o conteúdo legal, jurisprudencial, doutrinário, e tudo que seja fonte para criação de significado do instituto jurídico.

Não se ignora que há muito o Direito Brasileiro constitui-se de um apanhado de diversas influências. A depender do momento histórico, diferentes diplomas normativos incorporam diversas influências jurídicas, ora provenientes de tratados internacionais, ora por influência de exitosos diplomas normativos estrangeiros. Contudo, o problema não está em aplaudir-se institutos jurídicos provenientes de outros países, mas em realizar a justaposição ignorando as peculiaridades nacionais e os interesses disfarçados de bons intuitos legislativos.

Ao longo deste capítulo, voltado à elaboração de uma teoria geral para a Defensoria Pública, abordar-se-á temas caros à Instituição, para que coletivamente seja possível estabelecer um discurso orquestrado acerca do tema.

---

<sup>31</sup> Dados oficiais disponíveis em <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. (Acesso em 27 de junho de 2018).

<sup>32</sup> Watson, A. (1974). *Legal transplants: an approach to comparative law*. Charlottesville: University Press of Virginia.

<sup>33</sup> Sacco, Rodolfo. Formantes Legais: uma dinâmica de abordagem para o Direito Comparado (Installment I of II)." *The American Journal of Comparative Law* 39.1 (1991): 1-34. (installment II of II)." *The American Journal of Comparative Law* 39.2 (1991): 343-401.



## 2. De qual acesso à justiça falamos: o estreitamento das possibilidades de arguir em juízo individualmente

Exigir que a Lei perceba elementos extrínsecos a si mesmo se assemelha à tentativa dos astrônomos de compreender, através do efeito da radiação de fundo, o que está fora da bolha que chamamos de Universo.<sup>34</sup> É através de seus intérpretes que o conhecimento fora do campo é importado para a lei. O fracassado esforço positivista de eliminar a subjetividade da interpretação da Lei, ou pelo menos de esconder a subjetividade do edifício da Lei, não obteve êxito ainda (Agamben, 2009).<sup>35</sup> Isto porque, para cada decisão, para interpretação de qualquer signo ou palavra contida na Lei, é requerido do intérprete usar suas qualidades subjetivas para entender o que a Lei deveria dizer.<sup>36</sup> Como o gato de Schrodinger, para saber se o gato atômico está vivo ou morto, precisamos de um observador, e a mesma presença dele altera o experimento quântico.<sup>37</sup>

E não é por outra razão que as teorias processuais do Direito (como as enunciadas por Luhmann) encontram alta receptividade no ambiente legal. Luhmann, através da biologia da autopoiese de Maturana, desenvolveu um sistema binário através do qual o elemento externo à célula interage com o ambiente através da irritação das membranas e consequente fechamento do sistema.<sup>38</sup> De tal modo, Luhmann toma emprestado da diferenciação funcional biológica como um sistema complexo como a sociedade poderia operar para interceptar tantos campos de conhecimento e experiências humanas (Schauer, 2015).<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Para mais informações, ver Greene, Brian. *A realidade oculta: universos paralelos e as leis profundas do cosmos*. Vintage, 2011. Veja também Tegmark, Max. "Universos paralelos." *Scientific American* 288,5 (2003): 40-51. Capra, Fritjof e Pier Luigi Luisi. *A visão sistêmica da vida: uma visão unificadora*. Cambridge University Press, 2014. Júnior, Goffredo da Silva Telles. *Direito quântico: Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. Editora Max Limonad, 1985.

<sup>35</sup> O ponto de indecidibilidade de Feuerbach em Agamben, Giorgio. "O que é um apparatus?" e outros ensaios. Stanford University Press, 2009, p. 13.

<sup>36</sup> Então, é para dizer não é apenas uma questão de lógica. Veja Cohen, Morris R. "O Lugar da Lógica na Lei". *Harvard Law Review* 29.6 (1916): 622-639.

<sup>37</sup> Até agora, a ciência ainda não descobriu uma maneira de criar um experimento sem a presença do observador, seja uma câmera ou um microscópio. Também é desconhecido o fenômeno através do qual as partículas, por mais exóticas que sejam, sabem que estão sendo observadas.

<sup>38</sup> Luhmann, Niklas. "A autopoiese dos sistemas sociais". *AVANÇOS EM ESTUDOS DE ORGANIZAÇÃO* 14 (2005): 64.

<sup>39</sup> Para um grande e recente relato da jurisprudência analítica, ver Frederick. *A força da lei*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. Em seu livro, ao realizar as diferenciações sociológicas, procedimentais e metodológicas do Direito, enfatiza as fontes de diferenciação, dedicando atenção especial à compreensão da regra de reconhecimento de Hart. A tentativa do autor é alocar o papel da coerção na diferenciação do direito: "As diferenças da lei se apresentam em muitas dimensões. Em alguns aspectos, as diferenças são sociológicas. A existência de escolas separadas, associações separadas, planos de carreira separados, um tanto de linguagem separada e algumas outras separações frouxas e sobrepostas, mas ainda assim reais entre o direito e outras instituições sociais e o agrupamento, indicam o que o teórico social Niklas Luhmann chamou de 'diferenciação social'. [...] Embora um litígio moderno ofereça inúmeras variações e

Talvez a grande virada hermenêutica da Lei advenha da inteligência artificial. Ao trabalhar com dados, os algoritmos carecem de subjetividade e podem, portanto, realizar uma interpretação vazia e sem sentido, puramente baseada no que a Lei prevê, sejam eles precedentes ou estatutos anteriores.<sup>40</sup> A lógica do direito seria suficiente para tais sistemas. No entanto, interpretações errôneas, conflitos e preconceitos embutidos na Lei se perpetuariam para sempre, assim como o mito de Sísifo.<sup>41</sup>

Assim, não é tarefa do jurista assimilar todo o conteúdo social e político que extrapola o Direito, porque compreendê-lo consiste por si tarefa demasiado árdua. Além disso, a própria razão para a existência de uma Constituição é permitir que o Direito opere de acordo com essa vontade coletiva (pelo menos no contexto de uma constituição semântica e não de “Constituições pedaços de papel”, como diz Lassalle).

Em face de situações excepcionais, como a promulgação de um ato legislativo substancialmente inovador, demanda-se um período de acomodação no qual as indagações acerca da compatibilidade com o sistema são suscitadas – na medida em que problemas inéditos surgem. Um exemplo disso, decorre da legitimidade do novo Código Processual Civil de 2015, bem como do desdobramento de um processo de impeachment malsucedido. Embora, à primeira vista, pareçam fenômenos isolados, são parte de um esquema de desestabilização das instituições democráticas. A incorporação de mecanismos da tradição do *common law* e a solução alternativa de conflitos, bem como institutos mais semelhantes à invenção nacional, resultaram em uma panaceia que obstará os cidadãos de reivindicarem seus direitos através do Judiciário. Enquanto alguns direitos, como os direitos trabalhistas, foram reduzidos no escopo – de modo escancarado – muitos outros que permanecem na constituição, dependentes de sua efetivação através do judiciário, serão suprimidos sem que a sociedade possa reivindicá-los. Envolvendo as emendas constitucionais obtenção de amplo consenso e debate para sua aprovação, melhor estratégia consiste em silenciar as vozes dos cidadãos através de um aparato mais sofisticado. Os direitos persistem, mas não sua capacidade de torná-los executáveis.

A questão que permanece, porém, é por que os precedentes e a resolução alternativa de disputas são os instrumentos ideais para a operacionalização do projeto de enfraquecimento

---

complicações do modelo básico do adversário, não devemos esquecer que o litígio é o dispositivo processual arquetípico da lei e no litígio o número típico de partidos é dois, o veredicto típico tem um vencedor e um perdedor, o juiz típico está em teoria desinteressado no resultado, a decisão típica requer aviso e audiência de todas as partes, [...]” p. 155-156.

<sup>40</sup> Para um estudo mais abrangente sobre a comoditização do serviço legal, ver Susskind, RE (2010). O fim dos advogados?: repensando a natureza dos serviços jurídicos. (Rev. ed.) Oxford: Oxford University Press.

<sup>41</sup> Camus, Albert. "Esperança e o absurdo na obra de Franz Kafka." O Mito de Sísifo e Outros Ensaios (1955): 92-102.

de direitos, especialmente de segunda dimensão. De fato, há o ponto nodal do debate que começa aqui: o de demonstrar por que os institutos jurídicos que propiciaram a conquista de tantos direitos nos países de onde se originam poderiam, em outro país, resultar na causa da deterioração desses mesmos direitos.

O que é entendido por precedentes<sup>42</sup> e doutrina do *stare decisis* na tradição do *common law* não corresponde à tradução (ou transplante) das instituições no Brasil.<sup>43</sup> As razões para decidir sobre a incorporação dos institutos não correspondem aos mesmos motivos históricos que culminaram no que hoje chamamos de *common law*. Os tribunais superiores brasileiros, ignorando os fatos (evidências) em torno dos casos submetidos a eles, passaram do exercício de jurisdição para o exercício legislativo. O intuito que redundou na incorporação de tais mecanismos não foi buscar a semente histórica que resultou na tradição do *common law*, mas sim buscar o sucesso do empreendimento americano em restringir os direitos de seus próprios nacionais através do exercício jurisdicional – o que corresponde em substituir a vontade dos representantes pelos tribunais, que se reservam de dizer o que é a lei para fazerem a lei por si mesmos, culminando na eliminação de várias etapas da deliberação democrática.

Sobretudo diante de uma democracia procedimentalizada, cada vez menos substancial pela própria ausência de consenso, mais razão ainda existe para dedicar atenção na efetivação dos direitos e sua sindicabilidade.<sup>44</sup> Muitos dos direitos de segunda geração serão aplicados pelo Executivo e dependem sobremaneira do Judiciário, que por sua vez não pode se eximir sob o argumento de que depende da ação dos outros poderes. Bem por isso, diante da proposição em substituir uma pauta de valores pela perseguição da melhor alocação de recursos, no amálgama entre Direito e Economia, muitas vezes sem a participação do Estado no processo de adjudicação<sup>45</sup>, o Judiciário assume uma função indispensável. Pois, é através

---

<sup>42</sup> Um livro recente que discute profundamente a questão é visto em Garner, BA, & Breyer, SG (2016). A lei do precedente judicial. St. Paul, MN: Thomson Reuters.

<sup>43</sup> Para uma explicação da globalização enquanto padrão de Americanização do Direito, realizando uma distinção entre “contexto de recepção” e “contexto de produção” conferir Ugo Mattei em “Uma teoria sobre Direito Imperial: um estudo da hegemonia norte-americana e a resistência latina” em *Global Jurist Frontiers* 3.2 (2003). Uma interessante abordagem no Direito Brasileiro é encontrada em LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

<sup>44</sup> Veja o ensaio introdutório de Willian N. Eskridge e Philip P. Frickey, Hart, HM, Sacks, AM, Eskridge, WN e Frickey, PP (1994). O processo legal: problemas básicos na elaboração e aplicação da lei. Westbury, NY: Fundação Press

<sup>45</sup> Uma queda, no entanto, aguarda o próximo colapso do mercado econômico-financeiro. Veja Mattei, Ugo. "A ascensão e queda da lei e da economia: um ensaio para o juiz Guido Calabresi". *Md. L. Rev.* 64 (2005): 220. Veja também de Moura, Marcelo Oliveira e José Luis Bolzan de Moraes. "O neoliberalismo" eficienteista "e como transformações da jurisdição / O neoliberalismo" eficienteista "e as transformações jurisdicionais." *Revista Brasileira de Direito* 13.1 (2017): 177-195.

do Judiciário que o Estado distribui riqueza entre os indivíduos, restringindo o exercício dos direitos contidos nos documentos legais. E nas lições imortais de Giuseppe Chiovenda:

O processo civil é a mais delicada de todas as instituições legais; como meio de distribuir os bens desta vida através da aplicação da lei, ocupa uma posição central entre o direito privado e o direito público; e por ser uma instituição tão complexa que inclui tanto um lado político e social quanto um legal, as menores mudanças no ambiente moral, político ou social são refletidas em sua operação. Por exemplo, na medida em que a honestidade e a boa fé são dominantes nas relações sociais, que há confiança mútua entre os cidadãos e o governo, e que as pessoas estão inclinadas a olhar para o cerne de uma questão, desconsiderando formalidades superficiais pode avançar rapidamente e dependerá menos de salvaguardas formais. Portanto, como as formas criadas para um determinado momento da história não são adaptadas a outros períodos, e a profissão jurídica é eminentemente conservadora no que diz respeito às formalidades processuais, é entre o estado de direito e os requisitos práticos. Existem regras de procedimento que não têm mais razão para existir. Isso não justifica que o intérprete se recuse a aplicá-los, mas deve levá-los à atenção do parlamento para as reformas necessárias. Existem outras regras de procedimento que, embora ainda úteis, têm uma função diferente da sua original, não o seu conteúdo (que seria equivalente a modificar então), mas em seus propósitos; e isso pode afetar os limites e a maneira de sua aplicação, e nos ensina a usar a antiga doutrina com cuidado.<sup>46</sup>

Portanto, restringir o acesso à justiça, mesmo que por meios oblíquos, implica em restringir o alcance da própria Constituição. O Novo Código de Processo Civil culmina muitas vezes por substituir as condições de ação pela precoce derrota no mérito, estreitando as possibilidades de que diversos direitos sejam vindicados judicialmente quando contra eles exista um precedente negativo. Significa dizer, tornaram-se letra morta diversos dispositivos da lei de ação civil pública, inclusive o que dispunha acerca da possibilidade de propositura da ação quando o processo fosse extinto por insuficiência de provas.

E por mais paradoxal que possa parecer, decidir o mérito sumariamente equivale em negar o conteúdo da lei e extirpar àquele que reclama o direito em definitivo do Judiciário, ainda que sequer tenha participado da ação que rendeu origem ao precedente. Pior, pois mais perverso, já que agora as ações podem ser rejeitadas de acordo com os mais diversos fundamentos: desde a invocação de um precedente contrário ao direito que é controvertido até exigências mínimas de deferimento da petição inicial – como o depósito prévio para ter o processo admitido para controverter um contrato.

O problema vai além dos precedentes vinculantes emanados dos Tribunais Superiores, pois os tribunais tornam-se ambientes oportunos para o lobby de grupos economicamente favorecidos, principalmente em relações contratuais e consumeristas assimétricas. Essa é a razão pela qual o fenômeno da redução de direitos ocorre nos Estados Unidos, e parece ser a razão pela qual isso ocorre no Brasil também. A peculiaridade, contudo, é a nossa tradição

---

<sup>46</sup> Chiovenda, Giuseppe, *Principi di diritto processuale civile* (3a ed; Napoli: Iovene), pág. 131, apud Calamandrei, *Procedure and Democracy*, p.13.

jurídica de desprezo pelos fatos e provas do processo, impedindo os Tribunais Superiores de superar o precedente sem antes esbarrar na súmula 07 do STJ.

Fosse o intuito alargar ou “avolumar” o acesso à justiça e garantir direitos fundamentais, dispositivos como a coisa julgada só funcionariam quando fossem favoráveis às ações coletivizadas, dando às partes envolvidas o direito de propô-las individualmente.<sup>47</sup> Como reforçado por diversos membros da comissão de juristas, melhor estratégia seria chamar alguns órgãos públicos para participar como *amicus curiae*, representando as partes envolvidas, suspendendo todas as ações cujo assunto está sendo discutido, e estabelecer um precedente a ser aplicado a todos (favorável ou não).

A opção legislativa seguida pelo Código de Processo Civil brasileiro é justamente americanizar o direito de normalizar o estado de negação maciça de direitos, como vem ocorrendo nos Estados Unidos hoje. Até porque, como foi debatido por estudiosos do Processo Civil daquele país, a *Burger Court* não é a *Warren Court* (Burbank, SB, e Farhang, S. 2017)<sup>48</sup>. A Suprema Corte dos EUA nunca foi tão favorável aos interesses corporativos quanto é hoje. Decisões paradigmáticas na esfera dos direitos civis da década de sessenta nos Estados Unidos pelo fim da discriminação racial, igualdade de gênero e emancipação do corpo feminino, foram substituídas por decisões que reduzem o escopo do que pode ser alcançado em juízo no que concerne à proteção de direitos.<sup>49</sup>

### 3. Colapsando teoria política e jurídica para entender o Direito

Observando-se mais atentamente as teorias políticas sobre a distribuição de poderes e como elas evoluíram para resolver nosso processo democrático, percebe-se que os autores dos séculos XIX e XX não poderiam fornecer a estrutura completa sobre como a sociedade chegou até aqui.<sup>50</sup> Além disso, a compreensão da teoria liberal e definição de um campo de

---

<sup>47</sup> Para um melhor relato da história e aplicação das ações coletivas no Brasil, ver Gidi, Antonio. "Ações de classe no Brasil - um modelo para os países de direito civil". No *American Journal of Comparative Law* 51.2 (2003): 311-408. Para um estudo global sobre o cenário brasileiro, ver Antonio Gidi e Hermes Zaneti Jr., "Processo Civil Brasileiro na 'Era da Austeridade'?", *Erasmus Law Review*, 4, (2015): 245-257

<sup>48</sup> Burbank, SB, e Farhang, S. (2017). *Direitos e contenção: a contra-revolução contra o contencioso federal*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press.

<sup>49</sup> “A razão imediata para sua aposentadoria foi menos abstrata”, disse ele. Ele ficou preocupado com a situação dos litigantes que se representavam em casos civis, muitas vezes apresentando recursos e petições precárias. Suas queixas eram reais, disse ele, mas o sistema legal estava tratando-os com impaciência, descartando seus casos por questões técnicas”. Entrevista dada por Richard Posner, “Uma entrevista de saída com Richard Posner, Provocador Judicial, disponível em <https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html> (acesso em setembro de 2017).

<sup>50</sup> Razão pela qual muitos estudiosos estão dedicando pesquisa a Hobbes e seu conceito de soberania que precede as justificativas dadas por positivistas como Hart e sua regra de reconhecimento. Veja Boyle, James. "Thomas Hobbes e a tradição inventada do positivismo: reflexões sobre a linguagem, o poder e o essencialismo". *Revisão*

conhecimento requer uma compreensão de como a linguagem que compartimenta cada campo evoluiu. Essa progressão requer o trabalho de tradutores, que definiriam pontos de semelhança do que os autores, em seus respectivos campos, estão falando quando definições como soberania, massas, maioria e democracia estão em debate. Talvez, a situação histórica em que esse diálogo ocorre seja a razão pela qual tomar apenas um autor e tentar expressar sua ideia através de uma linguagem que ainda estivesse em andamento não funcionaria corretamente.

Alexander Bickel, em seu *The Least Dangerous Branch*,<sup>51</sup> faz a seguinte pergunta: como poderia o judiciário, através de revisão judicial, substituir a intenção das maiorias políticas? Os teóricos jurídicos ainda debatem como a indeterminação da lei pode conduzir os juristas.<sup>52</sup> Qualquer que seja a terminologia utilizada para resolver o problema da indeterminação (para Hart: a textura aberta da lei; para Dworkin: os princípios para decidir casos difíceis), o ponto que não pode ser perdido é a impossibilidade de definir as fronteiras entre lei e moralidade. Quanto maior o progresso do conhecimento científico, mais teorias são difundidas não como herméticas e não suscetíveis à interferência, mas como plásticas e disseminadas por diversos ramos do saber.<sup>53</sup> Além disso, quanto mais campos diferentes de conhecimento dialogam para resolver seus problemas, mais laborioso se torna prover uma solução que encerra todas as disputas em torno dos significados fundamentais (isto é, quem tem a vontade de poder, quem resolve as disputas, etc.). O avanço da capacidade humana de abstração parece estar retrocedendo: em vez de sofisticar a linguagem a fim de isolar um campo de conhecimento, ela colapsa tudo na mesma realidade.

No entanto, dentro da teoria jurídica, há significados que devem ser resolvidos para avançar um compromisso verdadeiro com valores levantados pelos constituintes como fundamentais. Dentre esses valores, está a inafastabilidade jurisdicional e seu papel central como o último reduto para consecução da justiça. Razão pela qual, os juízes que estão legislando acabam se tornando maus juízes:

O ponto mencionado nas seções anteriores é que os juízes são obrigados a ser legisladores. Eles têm que interpretar, ou seja, integrar, esclarecer, 'moldar', transformar e, não raramente, criar a nova lei. Este fato, no entanto, não os torna legisladores. Resta, penso eu, uma diferença essencial entre os processos judiciário e legislativo. Certamente, do ponto de vista substantivo, tanto o processo judicial

---

da Lei da Universidade da Pensilvânia 135.2 (1987): 383-426. Também Downes, P. (2015). Hobbes, soberania e literatura americana primitiva. Nova York, NY: Cambridge University Press.

<sup>51</sup> (2ª ed., novo prefácio de Harry H. Wellington). New Haven: Yale University Press.

<sup>52</sup> Para um relato abrangente dessa tentativa, ver Michael C. Dorf. "Indeterminação jurídica e desenho institucional". NYUL Rev. 78 (2003) : 875.

<sup>53</sup> Para uma conta da globalização do legal embora veja Kennedy, Duncan. "Dois Globalização do Direito e (e) Pensamento Legal: 1850-1968." Suffolk UL Rev. 36 (2002): 631.

como o legislativo são processos legislativos. O modo ou procedimento, no entanto, é profundamente diferente nos dois. Eu acho que essa diferença merece ser enfatizada para evitar confusões perigosas. Bons juízes podem certamente ser, e podem parecer, legisladores criativos, dinâmicos e ativistas. Apenas maus juízes, no entanto, atuariam como legisladores. Na verdade, proponho que, se um tribunal age como um legislador, ele simplesmente deixa de ser um tribunal.<sup>54</sup>

#### 4. Alguns conceitos do Direito Comparado

As apostas no potencial que o direito comparado poderia trazer na criação de uma lei comum para a sociedade em processo de globalização eram bastante elevadas. Como descrito por Zweigert e Kotz, o Direito Comparado surgiu com grande otimismo durante a Exposição Universal de Paris em 1900.<sup>55</sup> A crença no progresso, guiando as aspirações de Lambert e Saleilles, desenredaria as diferenças acidentais na lei ocasionadas pelos vários estágios culturais. No entanto, como proposto por Zweigert e Kotz, tais aspirações dos anos 1900 renderam-se à guerra e à averiguação da luta de forças que cercaram a arena internacional. Nas palavras de Calamandrei:

Os mesmos advogados constitucionais que depois da Primeira Guerra Mundial começaram a mostrar interesse pelo problema da racionalização do poder estão começando hoje, no entanto, a questionar sua utilidade. Depois de ver a maneira como as instituições estabelecidas após a Primeira Guerra Mundial entrar em vigor, os expoentes mais respeitados desta escola agora parecem reconhecer que a crença de que a vida política de um país pode ser aprisionada dentro dos limites rígidos das normas racionais inscrito na constituição é uma ilusão utópica.<sup>56</sup>

Muito aconteceu desde a frustração dos pioneiros dos comparatistas após a Primeira Guerra até o período que se seguiu à Guerra Fria (Shklar, 1986).<sup>57</sup> A emergência dos Estados Unidos como hegemonia global permitiu não apenas que alguns institutos desfrutassem de grande prestígio mundial – como o conceito de constituição escrita, organização política estatal e o sistema federativo – mas outros modelos presentes na cultura legal americana

---

<sup>54</sup> Cappelletti, Mauro. "O poder legislativo do juiz e seus limites: uma análise comparativa." *Monash UL Rev.* 8 (1981): 15.

<sup>55</sup> Zweigert, K. e Kötz, H. (1977). *Uma introdução ao direito comparado*. Amsterdã: North-Holland Pub. Co. Volume 01, p.03-04

<sup>56</sup> Calamandrei, P. (1956). *Procedimento e democracia*. Nova York: New York University Press.

<sup>57</sup> "A concentração conspícua no 'Ocidente' hoje é claramente uma resposta à Guerra Fria e à organização política de sociedades ex-coloniais e não-europeias que agora desafiam o mundo europeu. Esses eventos nos tornaram todos culturalmente autoconscientes. O resultado é uma busca e identidade, por uma tradição positiva e singularmente ocidental. O núcleo dessa tradição, para aqueles que a descobriram, é essencialmente o legalismo, o estado de direito." Shklar, JN (1986). *Legalismo: direito, moral e julgamentos políticos*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. p. 20 a 21

poderiam se espalhar (Mattei, 2017)<sup>58</sup>. Da academia para as empresas, todos os países tomaram por empréstimo institutos do Direito norte-americano.

Agora, saber em que medida esse processo de empréstimo e incorporação é algo espontâneo consiste no objeto da controvérsia (Watson, 1974). Países que rejeitam uma certa maneira de se organizar, política e legalmente, são vistos como atrasados e anacrônicos (Grande, 2000).<sup>59</sup> Mostra-se imprescindível que outras nacionalidades naturalizem construções elaboradas por norte-americanos, restando evidente a simbiose imprescindível de sujeitos de outras nacionalidades para repetir e internalizar determinados discursos.

Acadêmicos que conceberam conceitos como transplantes legais para entender padrões de incorporação coercitivos ou consensuais,<sup>60</sup> apesar de seu grande prestígio e ainda aplicabilidade de suas teorias, não esgotaram a necessidade de explicar como as atuais formas sutis de empréstimo operam para difundir o ideal americano da lei e o conseqüente fenômeno da americanização do Direito:

Em outras palavras, ao invés de aceitar um livre mercado definido pelo Estado e mantido sob a supervisão do Estado - que era de certa forma a fórmula inicial do liberalismo: vamos estabelecer um espaço de liberdade econômica e circunscrevê-lo por um Estado que irá supervisioná-lo - os ordoliberalis dizem que iríamos mudar completamente a fórmula e adotar o livre mercado como princípio organizador e regulador do Estado, desde o início de sua existência até a última forma de suas intervenções. Em outras palavras: um estado sob a supervisão do mercado, em vez de um mercado supervisionado pelo Estado.<sup>61</sup>

Ugo Mattei, tomando emprestado o conceito de hegemonia de Gramsci e a biopolítica de Foucault desenvolve uma teoria de como o sucesso do trabalho vem ocorrendo no mundo desde o advento da Guerra Fria, e ainda mais fortemente desde o período do governo de Reagan-Thatcher. A dinâmica na qual múltiplas camadas pelas quais a hegemonia opera

---

<sup>58</sup> Reconhecendo a insuficiência de explicações jurídicas sobre aspectos do direito comparado, ver Ugo Mattei. "A Guerra Fria e o Direito Comparado: Uma Reflexão sobre a Política da Disciplina Intelectual". Em *American Journal of Comparative Law* 65.3 (2017): 567-607: "*A forte crença no 'estado de direito' como uma segregação indiscutível entre os domínios do direito e da política, juntamente com o preconceito do direito privado profundamente enraizado da disciplina são duas características que se reforçam mutuamente no direito comparado, relacionadas a questões da Guerra Fria.*"

<sup>59</sup> Elisabetta Grande; Imitação e direção: hipóteses sobre a circulação dos modelos. Giappichelli, 2000. A autora discute como a liderança do direito americano em países com tradição do direito civil atinge alguns ramos e nem todos, principalmente devido ao reconhecimento pelos próprios americanos da robustez teórica de algumas escolas de pensamento, como o alemão em Direito Penal. Além disso, a autora se preocupa em trazer um marco histórico que resultou no prestígio do Direito norte-americano em outras tradições jurídicas. No centro do debate, há a discussão sobre o processo de imitação, se a importação/exportação foi apenas devido à força econômica americana, ou o esforço dos pioneiros, como Langdell. Assim, coloca a academia como o principal difusor do prestígio de que a lei americana chegou para desfrutar. Finalmente, pondera as conseqüências positivas e negativas dessa fusão entre os sistemas inquisitorial e adversário, além de passar por vários outros ramos do direito para fortalecer o argumento da imitação).

<sup>60</sup> Conferir Monateri, Pier Giuseppe. "A lei fraca: contaminações e culturas legais." *Transnat'l L. & Contemp. Probs* 13 (2003): 575.

<sup>61</sup> Foucault, M. (2010). *O nascimento da biopolítica: palestras no Collège de France, 1978-1979.* (Palgrave Macmillan, Ed.). Nova York.116



requer a expansão do projeto para além do contexto político e econômico. Para o sucesso total do exercício segundo a noção de vida boa do projeto norte-americano, é imprescindível a presença do aparato legal, especialmente num momento em que o surgimento do Judiciário herdado da tradição norte-americana tem simpatia em outras partes do mundo. No entanto, como já é indicado pelo compromisso norte-americano em ratificar apenas a Convenção de Viena de direitos civis e políticos, o projeto americano exige um desprezo pela realização dos direitos sociais.

O mecanismo de reforço positivo seguindo o estado de Direito de acordo com os padrões dos Estados Unidos é o que permite avançar com este processo. Órgãos de arbitragem internacional, escritórios com múltiplos locais, professores viajando ao redor do mundo, estudantes frequentando universidades americanas: todos imbuídos do sentimento de disseminar a ideia de que os Estados Unidos são o país de vanguarda na compreensão de uma lei previsível e protetora das liberdades básicas. Como Garth e Dezalay apontam:

A nova ambição da elite cosmopolita - o Estado de Direito - é, a partir dessa perspectiva, também limitada a um sucesso limitado. A ambição de construir esse império da lei, além disso, não é tão clara e inequívoca nas elites cosmopolitas. A desvalorização ou desqualificação da justiça local e dos estados locais na América Latina (e em outros lugares) por causa de sua inserção no patronato e no clientelismo também fornece legitimidade e prestígio para aqueles que estão no topo do sistema de duas camadas. Eles ganham reconhecimento, em parte, pela sofisticação de suas críticas. Sua distância e suas conexões cosmopolitas e credibilidade, em outras palavras, permitem que eles apareçam como uma nobreza falando em nome dos novos e sofisticados remédios para o Estado e a economia.<sup>62</sup>

Desde o movimento desregulatório da administração do presidente Ronald Reagan, a visão de proteção social tem sido posta como fora do que diz respeito ao interesse público, pois prevalece no âmbito do Direito o legalismo adversário perante o Judiciário. Uma agenda progressista, de avanço dos direitos sociais é vista com desconfiança e ceticismo nos Estados Unidos pois, advogados envolvidos em assistência legal eram vistos como uma ameaça ao funcionamento do mercado. (Burbank e Farhang, 2017).<sup>63</sup>

Consequentemente, o sucesso de estabelecer uma agenda recrudescida em direitos em desfavor das massas surgiu antes nos Estados Unidos quando comparado ao Brasil, principalmente em razão do período de ditadura no Brasil, situação em que a concessão de direitos não passava de graciousidade legislativa. Enquanto se discutia no Brasil ativismo em favor do avanço das políticas públicas para atingir direitos fundamentais avindos da CF88, na

---

<sup>62</sup> Dezalay, Yves e Bryant G Garth. A Internacionalização das Guerras do Palácio: Advogados, Economistas e a disputa para transformar os Estados Latino-Americanos. Chicago: University of Chicago Press, 2002, p.250.

<sup>63</sup> Burbank e Farhang, S. (2017). Direitos e contenção: a contra-revolução contra o contencioso federal. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, p.28.

Suprema Corte norte-americana eram decididos os casos paradigma para conter o acesso ao Judiciário, estreitando o alcance das Normas Federais de Processo Civil. No caso brasileiro, ainda que os Tribunais Superiores sinalizassem novas posturas do Poder Judiciário, apenas uma Novo Código poderia propiciar o impacto de refrear o “avolumamento” de casos perante o Judiciário.

O tratamento isonômico que o Código Processual propugna, em oferecer a mesma solução jurídica para milhares – ou milhões— ignorando particularidades do caso concreto, traduz a ideia de que a mesma causa de pedir pode culminar em atingir aqueles que sequer conhecem a violação do seu direito. Tal desiderato viola a separação de poderes ou pelo menos requer uma nova compreensão da anterior conformação da separação de poderes.

Inegavelmente, buscar coesão e uniformidade pode ser uma forma de disseminar a igualdade, já que a mesma regra poderia afetar o maior número de pessoas possível, de uma maneira positiva, para todos os indivíduos na mesma posição. Litígios em massa por meio de ações coletivas constituíam uma maneira de afirmar os direitos surgidos do movimento dos direitos civis nos Estados Unidos. No entanto, o problema existe quando a similaridade de casos é artificialmente criada para negar o acesso à justiça sem ter que mudar a lei substantiva inscrita na Constituição como um direito fundamental de acesso à justiça. Em vez de negar o acesso à justiça, afirmando-se que processos precisam ser contidos nos tribunais, são criados instrumentos processuais para exigir um esforço argumentativo muito mais consistente para levar os mesmos processos aos tribunais.

Conectando os Estados Unidos ao recente episódio brasileiro, é possível trazer ao estudo *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S 544 (2007). Este caso estabeleceu um precedente trazendo exigências muito mais rigorosas para propor uma ação, conferindo um novo entendimento às Regras Federais de Processo Civil. Esse caso poderia ser explicado usando a noção de “contenção judicial” porque, embora as regras federais de processo civil não tenham sido modificadas, novas exigências foram criadas após a decisão.

Apesar das conexões profundas entre as instituições de direito brasileiras e americanas (incluindo, mas não se limitando ao precedente), a fissura permanece entre as tradições do direito civil e do *common law*. De fato, não há limites fixos para definir o que cada tradição representa. No caso brasileiro, a adoção de institutos da tradição do *common law* foi muito mais focada em resultados do que a identificação do país com uma nova tradição legal.

No entanto, os efeitos repercutem em todos os poderes, levantando a questão de saber se o Poder Judiciário tem ou não legitimidade para legislar.<sup>64</sup> Se o Poder Judiciário oferece uma solução abstrata que deve ser obedecida por todos os cidadãos, ele está efetivamente legislando, ainda que subsistam afirmações em contrário. Precedentes e *stare decisis* são características essenciais do sistema de *common law*. Apesar do fato da doutrina *stare decisis* ser relativamente recente na cultura legal americana, para muitos estudiosos é o que divide as tradições civis e do *common law* (Manlio, 1995).<sup>65</sup> Não é apenas um conceito jurídico, mas uma lógica de raciocínio diferente da silogística.

Até o presente momento, tais mecanismos processuais eram vistos como instrumentos para alcançar um objetivo maior. No entanto, quanto mais profundo o estado de excepcionalidade em excluir certos cidadãos do exercício dos direitos inerentes à tal condição, mais acentuada se torna o uso de ferramentas como aparatos de poder (Agamben, 2009)<sup>66</sup>. Dispositivos que se prestam a eliminar as estratégias processuais que permitem a reivindicação de direitos.

Obviamente, o processo é gradual, não abrupto. Pouco a pouco, sob a insígnia de promover estabilidade e previsibilidade, o Poder Judiciário culmina na eliminação de certa parcela da população do acesso aos tribunais.<sup>67</sup> Sem dúvida, a presença de instituições como a Defensoria Pública (ou o Ministério Público), transmite a impressão de que a democracia está sendo fortalecida pela presença constante de um órgão constitucionalmente criado para defender os vulneráveis e a sociedade.

No entanto, este não é o caso. No atual estado de exceção democrática, as instituições cuja semente encontram-se no abrigo popular acabam endossando uma performance para a qual não foram criadas, por vezes implicando na assunção de que abdicarão da razão mesma

---

<sup>64</sup> Conferir Mauro Cappelletti, O Poder Legislativo do Juiz e Seus Limites: Uma Análise Comparativa, 8 MONASH UL REV. 15 ( 1981 )

<sup>65</sup> Bellomo, Manlio. O passado legal comum da Europa: 1000-1800. Washington, DC: Catholic University of America Press, 1995.

<sup>66</sup> Agamben, Giorgio. "O que é apparatus?" e outros ensaios . Imprensa da Universidade de Stanford, 2009.

<sup>67</sup> "Esse tipo de círculo original de representação foi ocultado: foi substituído por centenas de perguntas, das quais a mais comum é a questão do 'despertar da consciência'. A questão do fetichismo político tem sido ocultada, como o processo pelo qual os indivíduos se constituem (ou são constituídos) como um grupo, mas ao mesmo tempo perdem o controle sobre o grupo no e através do qual eles são constituídos. Existe uma espécie de antinomia inerente à esfera política que decorre do fato de que os indivíduos - e isso é ainda mais verdadeiro quanto mais são privados - não podem constituir-se (ou ser constituídos) como um grupo, isto é, como uma força capaz de se fazer ouvir, de falar e de ser ouvido, a menos que se despojem a favor de um porta-voz, deve-se sempre arriscar a alienação política para escapar da alienação política. [...] É o processo de delegação que, por ser esquecido e ignorado, torna-se uma fonte de alienação política. Delegados e ministros, no sentido de ministros da religião ou ministros de Estado, são, segundo a fórmula de Marx sobre o fetichismo, entre aqueles 'produtos do cérebro humano [que] aparecem como figuras autônomas dotadas de vida própria'. "Bourdieu P. (1991). Linguagem e poder simbólico. (JB Thompson, Ed.). Cambridge, Mass .: Harvard University Press.p.204-206.

para qual foram criadas. A objeção com o sistema de delegação em questões processuais, criando uma outra camada de abstração e, portanto, de degradação do processo democrático, pode ser explicada pelas palavras de Pierre Bourdieu:

A delegação pela qual uma pessoa confere poder ao outro, a transferência de poder através da qual manda autorizar um mandatário para assinar em seu nome, para agir em seu nome, para falar em seu nome e lhe dá o poder de uma procuração, em outras palavras, a plena agenda potencial, poder total para agir para ele é um ato complexo que merece algum reflexo.<sup>68</sup>

O que é oferecido em troca do exercício constitucionalmente atribuído é um alargamento da importância política, porém sobre o constante risco de aniquilarem-se os interesses daqueles que são constitucionalmente defendidos, passando a posicionar nos Tribunais os vulneráveis como mero adorno processual. O núcleo da legitimidade democrática do judiciário brasileiro está no dever de justificar decisões judiciais, o juiz torna-se responsável pela sentença que ele emite através dos argumentos jurídicos que usa, e é por isso que o comando final vincula as partes ao caso específico. E é por isso que os juízes no Brasil não emitem esfinges, tampouco são oráculos. O dever de fundamentar elimina a arbitrariedade do tribunal e permite que as partes se certifiquem de que as razões da sua decisão se encontram na ordem jurídica e em razões outras que não sejam legais. Em qualquer caso, o despotismo judicial está sempre à espreita, pois a lei é composta de palavras e não de equações matemáticas ou postulados lógicos.

Externamente, o judiciário assente à violação em massa dos direitos fundamentais dos mais pobres, acatando atos de vigilância e enfrentamento da sociedade como se estivesse em guerra (Frankenberg, 2015),<sup>69</sup> a exemplo da operação de helicóptero que culminou na morte do estudante Marcos Vinícius ou os “mandados de busca gerais”, ou ainda a prisão em flagrante coletiva de 159 pessoas em bairro da periferia do Rio de Janeiro. Contudo, no plano do discurso, eleva-se ao ápice o acolhimento de liberdades básicas. Nesta senda, depara-se com a intromissão no corpo de Janaína para promover-lhe sua esterilização forçada, sob iniciativa do Ministério Público e respaldo do Judiciário. A fragilidade da sustentação do verniz de democracia culmina por ceder diante dos rostos eclipsados nos corredores dos fóruns e tribunais, pois, muitas das vezes, a presença física da parte sucumbe ao mero tombo do processo, fazendo prova que as razões invocadas como baluarte do respeito à democracia são nada mais que aporias.

---

<sup>68</sup> Ibidem nota 36, p.203

<sup>69</sup> Tecnologia política e a erosão do estado de direito: normalizando o estado de exceção. Gunter Frankenberg, professor de Direito Público, Filosofia Jurídica e Direito Comparado, Goethe University, Alemanha.

E como essa situação inconstitucional se aprofunda, a regra é encontrar decisões judiciais mais excepcionais, mais medidas executivas contrárias aos direitos fundamentais e leis mais restritivas do Direito do que o momento anterior:

Da perspectiva de Schmitt, o funcionamento da ordem jurídica depende, em última análise, de um aparato - o estado de exceção - cuja finalidade é manter a norma aplicável suspendendo temporariamente sua eficácia. Quando a exceção se torna a regra, a máquina não pode mais funcionar. [...] A decisão soberana não é mais capaz de executar a tarefa que a Teologia Política atribuiu a ela: a regra, que agora coincide com o que ela vive, devora-se. (Agamben, 2005).<sup>70</sup>

## 5. As tentativas de disseminar a *rule of law*: eficiência e previsibilidade

No âmbito das teorias jurídicas, não há árbitro que defina qual modelo adjudicatório merece prevalecer como vencedor da disputa global.<sup>71</sup> Se para a maior parte dos juristas norte-americanos, é certo que o público deve conhecer todas as etapas do raciocínio antes de a decisão ser tomada, submetendo-a ao público e operando os mais variados testes de consistência, em outras jurisdições, os juízes farão uso de métodos argumentativos previamente estabelecidos no Direito.

John P. Dawson, tomando emprestado do *Blackstone Commentaries* o título de seu livro, *Oracles of Law* sustenta:

Para pessoas que vivem em outros continentes, nossa concentração nos juízes parece mórbida. É claro que abandonamos o antigo cerimonial grego que marcou o tormento interior do oráculo de Delfos - a mastigação das folhas de louro, a inalação de vapores, os gritos e contorções selvagens e o frenesi crescente que precedeu a emissão da mensagem enigmática. Nos tempos antigos, as mensagens dos oráculos eram enigmáticas, de modo que os motivos do deus seriam um pouco disfarçados e os sacerdotes presentes teriam um trabalho útil como intérpretes. Depois que a função foi secularizada, os oráculos legais do passado raramente foram chamados para dar opiniões judiciais. Um tema principal que se repetirá ao longo deste estudo é que a opinião fundamentada, emitida pelo juiz em função de seu cargo, é um produto moderno.<sup>72</sup>

Em 28 de maio de 2014, o Senado brasileiro publicou os nomes da comissão brasileira de juristas que se dedicaria a realizar o trabalho final de elaboração do novo Código de Processo Civil Brasileiro.<sup>73</sup> Da leitura dos debates, percebe-se a preocupação primordial de

<sup>70</sup> Agamben, Giorgio. Estado de exceção. Vol. 2. University of Chicago Press, 2005, p.58.

<sup>71</sup> “A sociedade capitalista também tem forçado os indivíduos a um tipo de consumo de massa com as funções de padronização e normalização. Finalmente, essa economia burguesa e capitalista condenou os indivíduos a se comunicarem entre si apenas através do jogo de signos e espetáculos”. Foucault, M. (2010). O nascimento da biopolítica: palestras no Collège de France, 1978-1979. (Palgrave Macmillan, Ed.). Nova York. 113.

<sup>72</sup> Dawson, JP (1968). Os oráculos da lei. Ann Arbor: Escola de Direito da Universidade de Michigan, p.xi.xii.

<sup>73</sup> “Designa os membros da Comissão de Juristas criada pelo Ato do Presidente do Senado Federal Nº 379 de 2009, para acompanhar o trabalho final de redação do substituto da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Nº 166. de 2010.” Ato do Presidente do Senado Federal, Legis.senado.leg.br (2018),

racionalizar a demanda processual perante o poder judiciário, utilizando os precedentes como medida capaz de otimizar a resolução de casos para que eles não se acumulem diante dos juízes. A construção do mecanismo de precedentes, apesar de sua apresentação como instrumento de acesso à justiça, foi, de fato, uma tentativa de conter o crescente número de demandas, o "abarroamento" do Judiciário.

No entanto, a medida em que se expande o volume de precedentes e os Tribunais começam a dialogar uns com os outros, percebe-se que coerência e harmonia não advirá necessariamente do sistema de precedentes. Demonstração disso é a constante oscilação na decisão de temas perante o STF e o STJ no que concerne aos mais variados assuntos. Mesmo em se adotando a *doutrina stare decisis* para racionalizar a prevalência de algumas decisões sobre outras, a organização do sistema permanece extremamente complexa, considerando a existência não apenas de hierarquia entre os tribunais, mas ainda a presença da divisão federativa e das justiças especializada.

Basta tomar por exemplo o que ocorre na França. A “pasteurização” do Direito Francês (Lasser, 2008), resultado da justaposição do sistema jurídico francês diante da Corte Europeia de Direitos Humanos, resulta em má prática de Direito Comparado, pois culmina por desestabilizar a maneira republicana francesa de adjudicação. A importância de tal constatação, no que concerne ao Direito Francês, está em perceber os resultados da importação pouco refletida de aspectos no Direito Comparado que exigem profundo questionamento.<sup>74</sup>

Na medida em que as comparações requerem certas semelhanças, vale mencionar uma diferença essencial em relação à situação presente no novo Código de Processo Civil brasileiro. À semelhança do que aconteceu com o *Cour de Cassation*, uma nova técnica de julgar oriunda da conclusão de tratados internacionais não foi imposta ao Brasil. A edição do código foi objeto de longos anos de debate pela comissão de juristas. No entanto, subjazem outras razões para a edição do diploma legislativo instituindo novos mecanismos processuais.

Sem dúvida, há uma suspeita de que a busca da eficiência e previsibilidade visa facilitar a circulação do capital intelectual (escritórios de advocacia internacionais, organizações internacionais de interesse público e árbitros transnacionais) por meio de rotas transversais. O Brasil, ao mesmo tempo, satisfaz o objetivo do mercado, aqui também transposta no

---

<http://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3475104&disposition=inline> (última visita em 23/03/2018).

<sup>74</sup> de S.-O.-l'E. Lasser, Mitchel. "A pasteurização européia da lei francesa". *Cornell L. Rev.* 90 (2004): 995

movimento Direito e Economia, e vangloria-se de perseguir o ideal de mais democracia e justiça.<sup>75</sup>

Mas também foi o caminho encontrado para impor metas de "boa governança" do Banco Mundial ao país,<sup>76</sup> salientando a importância de reafirmar o Estado de Direito e até o acesso à justiça. O mecanismo empregado pelo Banco Mundial e outras instituições internacionais (como o Fundo Monetário Internacional) foi o uso de dados empíricos para chegar a conclusões sobre como diferentes sistemas processuais em todo o mundo devem operar.<sup>77</sup> Os comparatistas empíricos, inspirados pela econometria, argumentam que, para reduzir os custos transacionais, as regras processuais devem ser simplificadas. O projeto *Lex Mundi* é talvez o exemplo mais comumente dessa abordagem (Djankov, 2001):

Além disso, usamos medidas de eficiência judicial de outras fontes de dados, como o Guia de Risco Internacional do País e a Liberdade Econômica do Mundo. Estes nos dão pontuações do país em 'eficiência do sistema judicial', 'acesso igual ao judiciário não discriminatório', 'aplicabilidade dos contratos' e 'corrupção'. [...] De acordo com a segunda visão, muitos países em desenvolvimento aceitaram os regulamentos de adjudicação que agora têm como parte da adoção de seu sistema legal por meio de colonização ou imitação. Embora muitos desses regulamentos tenham razões teoricamente plausíveis para sua existência, a realidade da regulamentação pesada é os custos e atrasos extremos, a falta de vontade de usar o sistema judiciário e, em última instância, a injustiça. Pelo menos alguns dos encargos de tal regulamentação pesada da adjudicação podem ser desnecessários, e poderiam ser aliviados através de reforma.

Estudiosos criticaram a aplicabilidade da econometria ao direito. Como Christoph Kern aponta para avaliar o Projeto Lex Mundi:

O estudo sugere uma forte relação entre o formalismo e a 'qualidade da resolução de disputas' e conclui com uma recomendação de reforma. É essa tendência messiânica, apoiada por uma quantidade de dados que parece ser uma garantia para a validade universal do Estudo, em conjunto com o apoio do Banco Mundial, que torna o Estudo Lex Mundi tão importante.<sup>78</sup>

Destarte, seguindo a tendência global de simplificar casos complexos para o método dedutível estatístico, o Conselho Nacional de Justiça faz uso de metas standardizadas de

---

<sup>75</sup> Em relação ao efeito de transplante, ver Berkowitz, Daniel, Katharina Pistor e Jean-François Richard. "Desenvolvimento econômico, legalidade e o efeito do transplante". *Revisão econômica europeia* 47.1 (2003): 165-195. (Entram na discussão se a realização do transplante legal de instituições legais estrangeiras realmente implica melhoria na eficiência e previsibilidade. Até mesmo a hipótese contrária é levantada, de que o transplante pode resultar em fracasso e colapso econômico.)

<sup>76</sup> Dakolias, Maria. 1996. O setor judicial na América Latina e no Caribe: elementos de reforma (inglês). Documento técnico do Banco Mundial; não. WTP 319. Washington DC; Banco Mundial. <http://documents.worldbank.org/curated/en/427921468226755170/The-judicial-sector-in-Latin-America-and-the-Caribbean-elements-of-reform>

<sup>77</sup> O Projeto Lex Mundi foi patrocinado pelo Banco Mundial. Para um melhor entendimento sobre como a metodologia foi desenvolvida, ver Djankov, Simeon et al. "Estrutura legal e eficiência judicial: o projeto Lex Mundi." Universidade de Harvard (2001).

<sup>78</sup> Kern, Christoph, "Justiça entre simplificação e formalismo, 2007, p. 06.

rotina judicial. O intuito final, não consiste no compromisso com a justiça, mas em elevar a produtividade a valor de maior importância, através da criação de metas de produtividade para os juizes, pouco importando se o conteúdo decisão satisfaz as expectativas do jurisdicionado em conteúdo. Apesar da priorização da decisão de mérito, uma sentença que não satisfaz o que dispõe o artigo 489, §1º do CPC culmina por violar o art. 93, IX, ainda que o STJ diga o contrário.

É indubitável que o Judiciário sofreu uma profunda mudança em seus métodos, afetando a relação entre os poderes Executivo e Legislativo. Como consequência, o Judiciário tem sido às vezes cúmplice e, em outros, protagonista na ressignificação de instituições e do proceder da decisão judicial. Impõe-se, portanto, uma reinterpretação completa acerca de como aplicar o Direito. Além do funcionamento legal, o papel abertamente político do Judiciário também contribuiu para redefinir a separação de poderes.

A adoção do Código de Processo em 2015 e do sistema brasileiro de precedentes, significativamente diferente do americano, afetou dramaticamente a alocação de poderes entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Como consequência, os mais altos tribunais do Judiciário estão monopolizando questões políticas em vez de fornecer justiça individualizada. Precedentes vinculantes no Brasil são muitas vezes inteiramente desvinculados dos fatos que criaram o *holding* da decisão. Isso significa que, em vez de aplicar o rigor do sistema norte-americano, os tribunais mais altos do Brasil estão efetivamente legislando, violando a alocação de poderes da Constituição.<sup>79</sup> Outro aspecto relevante consiste na existência do Superior Tribunal de Justiça no Brasil, corte esta não existente no sistema norte-americano, tendo sua possível criação recebido maciça crítica à época da proposição.<sup>80</sup> Em Dahl (1957):

Se a Corte fosse considerada uma instituição “ política ”, não surgiriam problemas particulares, pois seria dado como certo que os membros da Corte resolveriam questões de fato e valor ao introduzirem suposições derivadas de suas próprias predisposições ou daquelas de clientelas e constituintes influentes. Mas, como grande parte da legitimidade das decisões do Tribunal repousa na ficção de que não é uma instituição política, mas exclusivamente legal, aceitar o Tribunal como uma instituição política resolveria um conjunto de problemas ao preço de criar outro.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Para uma melhor compreensão sobre o processo de tomada de decisões em diferentes tradições, especialmente a francesa, a americana e a Corte Européia de Direitos Humanos, ver Mitchel de S.-O.-L'E Lasser, *Deliberações Judiciais, Uma Análise Comparativa da Transparência Judicial e Legitimidade* (Oxford, Oxford University Press, 2004).

<sup>80</sup> A tentativa de instituir um Tribunal Nacional de Apelações foi altamente criticada quando o debate ocorreu nos EUA. Para uma melhor explicação dos debates, ver Black, Charles L. "O Tribunal Nacional de Apelações: Uma Proposta Imprudente". *The Yale Law Journal* 83.5 (1974): 883-899.

<sup>81</sup> Robert A. Dahl, *Tomada de Decisão em uma Democracia: O Supremo Tribunal Federal como Criador de Políticas Nacionais*, 6 *J. Pub. L.* 279, 295 (1957)



Desenvolvendo esse argumento, a onipotência dos mais altos tribunais do Judiciário afeta diretamente a democracia brasileira. Prescindindo do voto popular, o Judiciário continua a se expandir em partes do governo que eram tradicionalmente - e constitucionalmente – reservadas ao Executivo e Legislativo.

## 6. *Critical legal studies* para interpretar o presente momento

Diante da ausência de uma resposta legalista a ser fornecida acerca da expansão da interpretação constitucional como papel do Poder Judiciário na política remanesce a indagação de como as disputas são resolvidas na sociedade. Já se sabe que ao interpretar a lei o resultado é criativo e inventivo, não meros achados ocultos na textura aberta da lei. Mesmo para os positivistas, supunha-se que em algum momento os juízes introduzem sua subjetividade no ato de decidir, consistindo como cerne da questão como controlar a subjetividade e evitar o arbítrio.

No entanto, os precedentes foram apenas uma das inovações que possibilitaram ao tribunal disseminar as decisões em um caso para todos os outros casos em todo o país. Se uma apelação estiver pendente nos tribunais superiores, é possível suspender todas as ações relacionadas ao assunto, mesmo se os demandantes alegarem que seu caso deve ser distinguido. Tal proceder não parece tão distante do arbítrio, fazendo a justiça tardar tanto quanto um processo lento.

Dentre os principais expoentes da escola de estudos críticos, cuja principal inspiração está em contestar às ideologias sistematizadoras e idealizadoras do Direito, está Mangabeira Unger, que ao realizar um belíssimo discurso acerca da tarefa do pensamento jurídico, assim se pronunciou:

Há agora no mundo uma onda do pensamento jurídico supostamente avançado, que se apresenta como a seqüela providencial ao formalismo doutrinário do século XIX, é uma principiologia idealizadora e sistemática do Direito que expõe o Direito como um conjunto sistemático de princípios e ideais e políticas públicas. É como se fosse a aureola no pensamento jurídico, do compromisso socialdemocrata, que se estabeleceu no Atlântico Norte em meados do século passado e que abandonou a ambição de transformação institucional. Essa visão do pensamento jurídico é exportada para o mundo, exportada sobretudo a partir das escolas de Direito de elite nos Estados Unidos e na Alemanha. E foi essa onda recebida com entusiasmo no Brasil, já que continuamos em todos os departamentos da nossa vida nacional vergados sob o jugo de um colonialismo mental, não é um avanço, é um regresso. É um regresso calamitoso para os próprios países do Atlântico Norte, mas, ainda mais, para um país como um nosso, que precisa repensar e refazer suas estruturas. É uma onda que impõe três grandes custos. O primeiro custo é a mistificação do Direito, apresentado falsamente como um sistema, quando na realidade toda a parte do Direito tem umas soluções dominantes e um conjunto de anomalias e contradições, de vestígios que podem ser o ponto de partida de profecias e alternativas, este é o Direito real. O segundo custo é o que consiste na usurpação de poder, do poder

democrático pelos juristas que, fingem interpretar o Direito e supostamente o melhoram – e assim expropriam o poder legislativo para eles, exercido em nome desta idealização mentirosa. O terceiro e mais grave custo desta idealização sistemática do Direito é inibir, paralisar a dialética vital entre a reconstrução das instituições e a reconstrução dos interesses e dos ideais. É como se fosse um narcótico, um soporífero.<sup>82</sup>

Persuadidos pelo colonialismo mental e ignorando os paradoxos que advém em fundir os sistemas jurídicos (Grande, 2002), ignorou-se aspectos fundamentais concernentes ao funcionamento do sistema norte-americano: a presença do *forum shopping* existente naquela jurisdição nacional; a existência de um corpo legislativo de *common law* estadual e federal e o crescente recrudescimento do acesso à justiça.

À medida que esta agenda anti-demandante (e anti-réu em questões criminais) avança no Judiciário, aqui e alhures, até mesmo os acadêmicos mais ligados ao movimento de Direito e Economia nos Estados Unidos estão iniciando uma reflexão sobre as consequências desse conservadorismo pró-negócios (Posner; Epstein, 2017).<sup>83</sup>

Os discursos jurídicos empregados durante a elaboração do Código de Processo Civil repetiram um vocabulário que se tornou corrente nos Estados Unidos sob a presidência na Suprema Corte de Justice Burger, pois lá também se propugnava por “menos acesso aos tribunais”, tendo sido pensadas soluções bem similares para o que lá se chamou de “inundação” das Cortes. Nos anos 80 nos EUA, após um período em que dispositivos processuais como a Regra 23 das Regras Federais de Procedimento Civil foram usados como um “efeito de rodovia” em favor do litígio, a *Burger Court* começou a defender uma agenda menos litigiosa:

O presidente do Supremo Tribunal dos Estados Unidos pediu hoje aos advogados que usem os esforços de arbitragem e mediação como forma de reduzir a acumulação de casos nos sistemas de tribunais federais e estaduais. “Uma série de novos tipos de casos inundaram os tribunais: estudantes que tentam entrar em litígio, professores alegando negação de posse acadêmica e outra grande carga nos tribunais, beneficiários do seguro social” disse o chefe da justiça Warren E. Burger a uma reunião aqui na Associação Americana de Arbitragem.<sup>84</sup>

A disseminação do proceder libertário presente no âmago dos Estados Unidos para os países da América Latina foi percebida por Ugo Mattei e Laura Nader:

Os atores do mercado corporativo e seus camaradas políticos estão ocupados modificando os aspectos do estado de direito americano que podem desencorajar a pilhagem. Eles buscam a extensão para o centro do Estado de Direito imperial, concedendo imunidade aos réus corporativos. Esse desejo de criar um sistema legal favorável à pilhagem explica muitas mudanças recentes na legislação dos EUA,

<sup>82</sup> Palestra proferida no Simpósio Lega de Direito Brasileiro em Harvard, em 16 de abril de 2018.

<sup>83</sup> Epstein, Lee, William M. Landes e Richard A. Posner. “Quando se trata de negócios, os lados direito e esquerdo da corte concordam.” *Lavagem UJL & Pol’y* 54 (2017): 33.

<sup>84</sup> “O presidente do tribunal pede maior uso de arbitragem”, *NY Times*, 22 de agosto de 1985, na A21.

desde a reforma do delito, à indústria alternativa de resolução de disputas (ADR), até tampões aos danos punitivos, que ideólogos bem pagos da lei imperial anunciam como avançar em direção a uma “lei mais favorável ao mercado.”<sup>85</sup>

Contudo, as reformas no Brasil foram não confinadas apenas em como os casos seriam julgados pelos juízes através da introdução de precedentes e da doutrina *stare decisis*. Arbitragem e resolução alternativa de litígios foram incentivados como forma de alcançar os resultados mais rápidos e eficazes. Além disso, durante o processo, facultava-se às partes celebrar acordos processuais, nos quais as partes podem criar regras específicas entre elas, nem sempre conforme previsto no código. A figura do juiz que instrui o processo é substituída por um juiz que permite a cooperação entre as partes. Supõe-se que os advogados se empenharão em uma respeitosa troca de provas em benefício da solução do caso. Nesse cenário, partes e advogados convergem ideias em benefício de suas partes. Todos esses argumentos a favor dessas “alternativas” se desfazem quando confrontados com as consequências alcançadas nos EUA:

No início da década de 1970, começaram a ser construídas nos Estados Unidos ideologias de harmonia, inspiradas por uma miríade de objetivos: eficiência, harmonia, reforma da lei: a saber, o controle. A década de 1960 foi uma época em que muitos movimentos de direitos foram formados nos Estados Unidos: direitos civis, direitos do consumidor, direitos ambientais, direitos das minorias e das mulheres e muito mais. O estilo era de confronto. Os tribunais estavam sendo usados para conquistar novos direitos. Aqueles ameaçados pelo poder da coletividade sentiram pressionados a fazer algo sobre o que eles chamaram os 'casos de lixo.' Eles queriam remover esses casos dos tribunais. Num período de três décadas, os esforços para controlar os movimentos de direitos transferiram a preocupação com direitos e justiça para uma preocupação com harmonia e eficiência, e a mudança concomitante do acesso aos tribunais para a ADR. Esse movimento de oposição foi planejado e como um movimento em si foi publicamente articulado pelo presidente do Supremo Tribunal dos EUA, Warren Burger. (Nader, 1999)<sup>86</sup>

Conforme apresentado no documento 319/1996, preparado pelo Banco Mundial para criticar o Judiciário na América Latina e Caribe, foram levantados problemas relativos à eficiência e à previsibilidade. Este documento é a semente de várias mudanças que ocorreram no judiciário brasileiro. O Congresso adotou diversas providências na linha das críticas realizadas ao sistema jurídico brasileiro, tal documento coincide temporalmente com a lei dos juizados especiais, a lei de arbitragem e a expansão da Defensoria Pública. A maior

---

<sup>85</sup> Plunder: quando o estado de direito é ilegal. Malden, MA: Blackwell Pub, 2008, p. 168. Também Ugo Mattei em “A Guerra Fria e o Direito Comparado: Uma Reflexão sobre a Política da Disciplina Intelectual”. O American Journal of Comparative Law 65.3 (2017): 567-607, artigo em que ele levanta a necessidade de contextualizar o papel do comparativista após a Guerra Fria.

<sup>86</sup> Nader, Laura. "A globalização da lei: ADR como tecnologia" suave ". Proceedings of the Annual Meeting (Sociedade Americana de Direito Internacional). A Sociedade Americana de Direito Internacional, 1999. Veja também Nader, Laura. "A explosão de ADR - As implicações da retórica na reforma legal." Windsor YB Access Apenas. 8 (1988): 269.

demonstração do impacto do documento foi a Reforma do Judiciário, trazendo ao cenário o CNJ, bem como disposições para trazer a previsibilidade desejada nas decisões judiciais através das súmulas vinculantes e da repercussão geral.

Como previsto por Dezalay e Garth (2002), a ambição dos advogados norte-americanos em espalhar um novo estado de direito na América Latina tem sido exitosa. O CPC nada mais consiste do que o ápice desse processo. E através das predições dos estudiosos do assunto disseminação da “*American rule of law*” outras podem ser antecipadas acaso o processo não seja refreado: a tomada de mercado por conglomerados internacionais de advocacia altamente tecnológica; os programas de austeridade contra o apoio aos defensores públicos em favorecimento ao sistema *pro bono*; a presença de advogados como captadores de negócios em substituição aos juristas<sup>87</sup>. Assim:

Nos Estados Unidos, a legitimidade da lei vem em parte pela posição esquizofrênica daqueles que servem aos interesses corporativos. Desde o final do século XIX, os advogados corporativos combinavam o serviço aos negócios com o investimento no serviço público e na reforma da lei. Um advogado de negócios nos Estados Unidos, por exemplo, que espera seguir uma carreira de elite, deve investir na promoção de serviços jurídicos para pessoas desfavorecidas. Esse padrão foi reforçado ao longo do tempo e incorporado em escolas de direito e carreiras de elite. As faculdades de direito proclamam seu compromisso com o direito de interesse público, bem como com o direito societário - mesmo que o mercado conduza a maioria dos graduados a procurar emprego no setor corporativo - e a profissão como um todo reconhece e recompensa aqueles que atuam em nome dos desfavorecidos e dos seus direitos legais.<sup>88</sup>

A maneira orientada para o mercado de ver o sistema criminal adversário nos EUA está levando o país a distorções absurdas no número de pessoas encarceradas (Harcourt, 2018). E, como o mercado é impulsionado pela eficiência nas transações (Brown, 2016),<sup>89</sup> também a situação de um sistema criminoso que cria acordos como um meio de operacionalizar o processo criminal. Isso se deve ao uso excessivo de mecanismos processuais, como *plead guilty* e *plead bargaining*, em que o acusado é visto como sujeito livre para abdicar da sua liberdade em troca de redução de pena. Ademais, a longa tradição do júri, embora persistindo como um direito fundamental na emenda seis da Constituição norte-americana cede diante dos elevados custos e riscos para os necessitados. O contingente de defensores públicos é

---

<sup>87</sup> Atkinson, Rob. "Uma crítica social-democrata de Pro Bono na representação dos pobres: o bem como o inimigo dos melhores." *Sou. UJ Gender Soc. Pol'y & L.* 9 (2001): 129. (Criticando o uso do *pro bono* como instrumento de avanço das causas sociais em favor dos mais necessitados, justificando seu raciocínio na inclinação libertária dos grandes advogados das empresas de advocacia).

<sup>88</sup> Dezalay, Y., & Garth, BG (2002). *A internacionalização das guerras palacianas: advogados, economistas e a disputa pela transformação dos estados latino-americanos*. Chicago: University of Chicago Press, p.5.

<sup>89</sup> Conferir ainda Brown, Darryl K. "Os efeitos perversos da eficiência no processo criminal". *Virginia Law Review* (2014): 183-223. O autor discute se permitir que o sistema criminal seja guiado pelas regras do mercado e pela eficiência não estaria realmente aumentando o volume de casos.

insuficiente para as necessidades crescentes da população que transita pelo ambiente prisional. Por outro lado, existem prisões privadas que dependem da provisão do Judiciário para gerar dividendos. Assim, o exercício da democracia passa a ser reproduzido no ambiente do espetáculo (Debord, 1994), em que os júris são transmitidos ao entretenimento público. Lamentavelmente, o país que também inventou avançado de persecução penal se contenta em impor prisão perpétua mesmo para um forjador de cheque<sup>90</sup>:

Seguindo o modelo do mercado, a lei americana mal reconhece os riscos de coerção e não contém noções significativas de vantagem partidária desleal. A Suprema Corte se preocupa muito mais com não barganhar. Mais especificamente, ele se preocupa com as regras de procedimentos penais que regulam excessivamente as negociações partidárias e os termos do acordo de maneiras que impediriam a eficiência que o processo criminal alcança ao substituir os julgamentos pelos acordamentos.<sup>91</sup>

Não obstante o sucesso do empreendimento nos Estados Unidos, especialmente para o mercado, as consequências dessa disciplina corporativa no campo do Direito são inevitavelmente suportadas pela população como um fardo. Um sistema no qual apenas 3% dos casos são julgados pelo júri, atualmente 2,2 milhões de pessoas são encarceradas (muitas porque são obrigadas a declarar-se culpadas de evitar cumprir penas de prisão perpétua porque não têm condições de pagar um advogado) e um incontável contingente de pessoas têm seus direitos negados por sua falta de poder para obter acesso aos tribunais:

A lei em si é suspensa ou considerada como um instrumento que o Estado pode usar a serviço de restringir e monitorar uma dada população; o Estado não está sujeito ao estado de direito, mas a lei pode ser suspensa ou desdobrada taticamente e parcialmente para atender às exigências de um Estado que busca cada vez mais alocar poder soberano a seus poderes executivo e administrativo. A lei é suspensa em nome da "soberania" da nação, onde "soberania" denota a tarefa de qualquer estado de preservar e proteger sua própria territorialidade. Por esse ato de suspender a lei, o Estado é desarticulado em um conjunto de poderes administrativos que estão, em certa medida, fora do aparato do próprio estado.<sup>92</sup>

De fato, nos Estados Unidos, as agências administrativas estão funcionando como o último recurso de uma grande maioria da população que precisa de programas de assistência social ou questões relacionadas, espaço que outrora pertencia ao Judiciário (Lens, 2016).<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> A decisão do caso *Bordenkircher v. Hayes*, 434 US 357, 98 S. Ct. 663, 54 L. Ed. 2d 604 (1978) ainda é considerado boa lei.

<sup>91</sup> Brown, *Justiça Criminal do Mercado Livre: Como a Democracia e o Laissez Faire minam o Estado de Direito*, Oxford University Press, 2016, em que o autor se concentra mais de perto na correlação entre democracia, justiça e lei, p. 91.

<sup>92</sup> Butler, Judith. *Vida precária: Os poderes do luto e da violência*. Verso, 2006, p.55.

<sup>93</sup> Lens, V. (2016). *Justiça pobre: como os pobres se comportam nos tribunais*. Nova York: Oxford University Press. A autora faz uso de sua formação jurídica para navegar pelos corredores da justiça como um espectador. Entre os cortes e agências, o autor retrata a imensa pobreza de proteção legal da qual uma grande parte da

Um sistema tão influenciado pelo movimento de Direito e Economia que lida com peças de evidência como uma mercadoria regulada pelo mercado. Deve-se admitir que a maioria dos sistemas jurídicos confere ao privilegiado dos recursos mais mecanismos para ter direito aos direitos, o que é um paradoxo por si só. No entanto, o alicerce das modernas constituições vocacionadas à consagração de direitos fundamentais vai se revelando uma epifania, sobretudo diante do momento pós-humanista que agora se inicia.<sup>94</sup>

Se, à primeira vista, a relação entre a adoção brasileira de instituições de *common law* parece desconectada da intenção americana de transplantar para países latino-americanos o império norte-americano, quando começamos a remover as camadas de incertezas que cercam o tema, esse projeto se torna mais consistente, como nos faz crer as recomendações de organizações internacionais tais quais o Banco Mundial.

Inclusive, é fundamental enfatizar a adoção de precedentes, não como forma de fazer valer direitos substantivos em favor dos jurisdicionados, mas como uma ferramenta para prever os resultados que podem ser fornecidos pelos juízes do julgamento. Se o problema é o aumento de casos, a solução é sair se uma resposta rápida para as reivindicações das pessoas. Compele-se o juiz a exarar sentenças no padrão da produção industrial. Contudo, a arbitrariedade do juiz ainda está lá, porque ainda é necessário demonstrar como a decisão vinculante adotada pelos tribunais superiores está relacionada ao caso recém-decidido. A esse respeito, ainda é importante comparar os fatos, buscar evidências e, se esse processo for feito corretamente, vai exigir tanto tempo quanto o tempo necessário para interpretar os códigos.

De fato, mudanças recentes no código processual civil e adoção de instituições legais de outros países (Gidi; Zaneti, 2015)<sup>95</sup>, especialmente os EUA, efetivamente reduziram o acesso aos tribunais para um segmento significativo da população. Sarah Staszak chamou esse processo de “recrudescimento da justiça”, processo pelo qual as regras processuais impedem cada vez mais certos casos de irem a julgamento.<sup>96</sup>

As mudanças nas regras processuais têm implicações substanciais para questões civis e criminais. As últimas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tempo de prisão antes da

---

população foi negligenciada. Às vezes, as narrativas são tão desconfortáveis que exigem que o leitor faça uma pausa e reflita.

<sup>94</sup> Para Zizek diante da expectativa de substituição de 80% da mão-de-obra por inteligência artificial, muitos dos conceitos fulcradas na premissa humana irão erodir. ZIZEK, Slavoj. *Like a Thief in Broad Daylight: Power in the Era of Post-Human Capitalism*. Penguin Books, 2018.

<sup>95</sup> Para um estudo geral sobre o cenário brasileiro, ver Antonio Gidi e Hermes Zaneti Jr., "Processo Civil Brasileiro na 'Era da Austeridade'?", *Erasmus Law Review*, 4, (2015): 245-257.

<sup>96</sup> Veja Staszak S. *No Day in Court : Acesso à Justiça e à Política de Retração Judicial*. Nova Iorque: Oxford University Press; 2015. Ver também van Dijk, Frans e Dumbrava, Horatius, *Judiciário em Tempos de Escassez: Contenção e Reforma* (fevereiro de 2013). *Jornal Internacional para a Administração do Tribunal*, vol. 5, No. 1, 2013. Disponível na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2894396>

condenação final afetam a própria ideia de alocação de poderes concedida pela Constituição brasileira (Brooks, 2005)<sup>97</sup>. Como *Twombly*<sup>98</sup> e *Iqbal*<sup>99</sup> indicam, casos nos quais a Suprema Corte norte-americana reduziu o escopo de sindicabilidade de certos direitos acaso não preenchidos um suporte probatório robusto, resta nítido que a contenção de direitos substantivos nem sempre ocorre através de nova legislação proveniente do Congresso na forma de projetos de lei. Em vez disso, novas questões processuais nos tribunais em relação à implementação dessa legislação tornam-se o instrumento pelo qual os direitos substantivos são ressignificados e muitas vezes diminuídos (Burbank; Farhang, 2017)<sup>100</sup>.

Por todas essas razões, quando o slogan que impõe o estado de direito é disseminado, ele deve ser observado com ceticismo, como uma expressão vazia, uma vez que deve ser preenchido para saber qual regra da lei está sendo discutida. O fenômeno de contenção não se manifesta apenas através de dificuldades no acesso aos tribunais, a destabilização na participação da sociedade nos processos políticos é o mais grave enfraquecimento da democracia. O desequilíbrio de poderes entre as agências está lançando o Judiciário para um empreendimento perigoso, sem ganhos. Todos os distúrbios ocorridos no processo democrático brasileiro são um sinal de que o judiciário deve cumprir os direitos fundamentais inscritos na Constituição, realocar a ação legal e política ao caso concreto e seu papel na revisão judicial.

Como decorrência da erosão do exercício jurisdicional, muitos juízes começaram a se perceber como os principais atores das atividades políticas, ao invés de decidir casos, aí residindo o perigo:

A opinião pública foi recentemente movida pela ação de alguns pequenos juízes que puseram à prova políticos nacionais. A reaproximação com a operação *mani pulite* na Itália está se mantendo; no entanto, ela resiste a um longo exame. Lá, o ativismo é o resultado da ação conjunta de alguns membros caducos do Parquet de Milão contra um alvo determinado, a corrupção política.<sup>101</sup>

Se o Brasil seguir os mesmos passos que levam os americanos ao realismo, a consequência será uma espécie de “despotismo judicial”<sup>102</sup> institucionalizado.

---

<sup>97</sup> “O que permanece sujeito a um debate sério, no entanto, é a questão sobre a combinação adequada de lei e política necessária para alcançar a justiça em um determinado caso. Muita política mata a lei; muita lei mata a justiça”. Brooks, RL (2005). Estruturas da tomada de decisões judiciais, desde o formalismo legal até a teoria crítica. (2a ed.) Durham, NC: Carolina Academic Press. p. 04

<sup>98</sup> Bell Atlantic Corp v. Twombly, 550 EUA 544 (2007)

<sup>99</sup> Ashcroft v. Iqbal, 556 EUA 662 (2009)

<sup>100</sup> Burbank, Stephen B. e Sean Farhang. Direitos e contenção: a contra-revolução contra o litígio federal. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2017 .

<sup>101</sup> Garapon, A. (1996). *Le gardi en des promesses: le juge et la démocratie*. Paris: O. Jacob.p.31.

<sup>102</sup> “Morris Cohen, e uma série de outros críticos do realismo. Esses estudiosos conheciam as severas limitações da lógica dedutiva e estavam comprometidos com alguma forma de empirismo legal. Ao mesmo tempo, contudo,

Apesar dos entusiastas, a privatização da justiça não é unanimemente encarada como a melhor alternativa para a sociedade, especialmente uma sociedade muito desequilibrada em recursos. A desproporção de recursos financeiros, transportados para o processo, causa uma erosão irreparável aos direitos concernentes aos que não dispõem de recursos financeiros. Fora da autoridade judiciária, o poder de persuasão dos necessitados é especialmente esterilizado.

Sob a batuta da eficiência, as pessoas são deixadas para acabar por si mesmas. Acaso os objetivos desta elite intelectual instalem-se em definitivo no Brasil, os serviços advocatícios à população se tornarão escassos. Passarão à dependência das plataformas de pesquisa jurídica e do patrocínio de grandes escritórios, além da constante ameaça de multas e dificuldade em contornar um mau precedente. No mundo jurídico americano, a complexidade de argumentar um caso torna o litígio no tribunal um empreendimento ousado, o que não implica em dizer que menos direitos são violados no cotidiano.

Os membros da comunidade jurídica não devem identificar-se apenas com o ideário do empresariado, percebendo os mais pobres como um contingente ávido pelo gasto de recursos públicos, impedindo que a máquina de estado funcione de forma otimizada.<sup>103</sup> A indiferença ao outro e a mimetização de comportamentos sem maior reflexão resultaram em anos de retrocesso ao Direito.

## 8. Conclusões: o papel da Defensoria Pública quanto à americanização do Direito Brasileiro

Subjacente à incorporação dos mais diversos institutos no Direito Brasileiro no intuito de conferir maior previsibilidade e eficiência ao sistema, encontra-se também o de recrudescer o exercício dos direitos substantivos, prescindindo da revogação formal de direitos, ante o

---

*eles viram muitos dos problemas teóricos criados pelo realismo e concordaram, quando confrontados com o desafio da ideologia e prática totalitárias, que algum padrão moral supralegal era necessário como base para os julgamentos éticos. Divididos entre duas atitudes conflitantes, eles tentaram desesperadamente reconciliá-los ou desenvolver uma posição ética coerente que suportasse as críticas de ambos os lados.*" Purcell, Edward A. "Jurisprudência Americana entre as Guerras: o Realismo Jurídico e a Crise da Teoria Democrática." *The American Historical Review* 75.2 (1969): 424-446.

<sup>103</sup> "Na minha opinião, no entanto, essa maneira de adjudicação e celebração de acordos se baseiam em premissas questionáveis. Não creio que o acordo como prática genérica seja preferível ao julgamento ou seja institucionalizado por atacado e indiscriminadamente. Ele deve ser tratado como uma técnica altamente problemática para agilizar as demandas. O acordo é para mim o análogo civil do *plea bargaining*: o consentimento é muitas vezes coagido; a barganha pode ser atingida por alguém sem autoridade; a ausência de julgamento e julgamento torna problemático o envolvimento judicial subsequente; e, embora os processos sejam aparados, a justiça pode não ser feita. Como o *plea bargaining*, o acordo é uma capitulação às condições da sociedade de massa e não deve ser encorajado nem elogiado. Fiss, Owen M. "Contra liquidação". *Yale Lj* 93 (1983): 1073.



êxito dos processos – da burocracia kafkiana reinventada, de obstar que a parte tenha seu caso concreto efetivamente apreciado.

O aspecto de dificultar o exercício do ônus argumentativo<sup>104</sup> em detrimento do jurisdicionado diz intrínseco respeito à Defensoria Pública, ainda que diversos institutos pareçam ampliar a legitimidade de atuação da Instituição<sup>105</sup>. A partir do momento em que o jurista se desprende da rotina do fórum e dos procedimentos judiciais e passa a orbitar em outras esferas que antes lhes eram estranhas, surge uma colossal responsabilidade do profissional guardar consigo uma visão holística e compreensiva do fenômeno jurídico. O defensor que ajuíza petições iniciais e acompanha o andamento dos processos não desempenha as mesmas atividades do defensor que apresenta sua figura ao público na defesa de movimentos sociais, mediando conflitos extrajudiciais ou ainda se articulando-se ao nível político.

As fronteiras que delimitavam Direito e Política ruem, deslocando em definitivo o “elo conteudístico que liga a política e o direito” (Streck, 2007, p.7). A postura do Defensor Público consistirá em objetar as eventuais tentativas de desmantelar o modelo implantado com o advento da Constituição de 88 e seguir em construção perante os novos desafios que despontam no horizonte institucional. Transpor para o cenário nacional o espraiamento da *rule of law* é ponto da partida descolonizadora, pois diante da miscelânea que é o Direito ausentes aqueles que detenham “monopólio da razão” (Bourdieu, 1998, p. 19).

## 9. Referências

AGAMBEN, Giorgio. **"O que é um apparatus?"** e outros ensaios. Stanford University Press, 2009, p. 13.

\_\_\_\_\_. Estado de exceção. Vol. 2. University of Chicago Press, 2005, p.58

ATKINSON, Rob. **"Uma crítica social-democrata de Pro Bono na representação dos pobres: o bem como o inimigo dos melhores."** Sou. UJ Gender Soc. Pol'y & L. 9 (2001): 129.

BELLOMO, Manlio. **O passado legal comum da Europa: 1000-1800.** Washington, DC: Catholic University of America Press, 1995.

---

<sup>104</sup> Conferir Viana, Antônio Aurélio de Souza e Dierle Nunes. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo.** – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>105</sup> Para uma obra de amplo alcance no que diz respeito à aplicação do CPC/2015 para a Defensoria Pública destaca-se **CPC/2015: Perspectivas da Defensoria Pública**, obra coletiva tendo por organizador Franklyn Roger Alves Silva, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*, (2ª ed., novo prefácio de Harry H. Wellington). New Haven: Yale University Press, 1957.

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina e RICHARD Jean-François. **"Desenvolvimento econômico, legalidade e o efeito do transplante"**. *Revisão econômica europeia* 47.1 (2003): 165-195.

BLACK, Charles L. **"O Tribunal Nacional de Apelações: Uma Proposta Imprudente"**. *The Yale Law Journal* 83.5 (1974): 883-899.

BOYLE, James. **"Thomas Hobbes e a tradição inventada do positivismo: reflexões sobre a linguagem, o poder e o essencialismo"**. *Revisão da Lei da Universidade da Pensilvânia* 135.2 (1987): 383-426.

BOURDIEU, Pierre. *Acts of resistance: Against the tyranny of the market*. New York: New Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Linguagem e poder simbólico**. (JB Thompson, Ed.). Cambridge, Mass .: Harvard University Press, 1991, p.204-206.

BROOKS, RL (2005). **Estruturas da tomada de decisões judiciais, desde o formalismo legal até a teoria crítica**. (2a ed.) Durham, NC: Carolina Academic Press. p. 04

BROWN, Darryl K. **"Os efeitos perversos da eficiência no processo criminal"**. *Virginia Law Review* (2014): 183-223.

\_\_\_\_\_. **Justiça Criminal do Mercado Livre: Como a Democracia e o *Laissez Faire* minam o Estado de Direito**, Oxford University Press, 2016, em que o autor se concentra mais de perto na correlação entre democracia, justiça e lei, p. 91.

BUTLER, Judith. **Vida precária: Os poderes do luto e da violência**. Verso, 2006, p.55.

CALAMANDREI, P. **Procedimento e democracia**. Nova York: New York University Press, 1956.

CAMUS, Albert. **"Esperança e o absurdo na obra de Franz Kafka"**. *O Mito de Sísifo e Outros Ensaios*, 1995, p. 92-102.

CAPPELLETTI, Mauro. **"O poder legislativo do juiz e seus limites: uma análise comparativa"**. *Monash UL Rev.* 8 (1981): 15.

CAPRA, Fritjof. LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida: uma visão unificadora**. Cambridge University Press, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe, **Principi di diritto processuale civile** (3a ed; Napoli: Iovene), pág. 131, apud Calamandrei, *Procedure and Democracy*, p.13.

COHEN, Morris R. **"O Lugar da Lógica na Lei"**. *Harvard Law Review* 29.6 (1916): 622-639.

DAHL, Robert A. **Tomada de Decisão em uma Democracia: O Supremo Tribunal Federal como Criador de Políticas Nacionais**, 6 J. Pub. L. 279, 295 (1957)

DAKOLIAS, Maria. 1996. **O setor judicial na América Latina e no Caribe: elementos de reforma**, Washington DC; Banco Mundial. Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/427921468226755170/The-judicial-sector-in-Latin-America-and-the-Caribbean-elements-of-reform>

DAWSON, JP. **Os oráculos da lei**. Ann Arbor: Escola de Direito da Universidade de Michigan, 1968, p.xi.xii.

DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **A internacionalização das guerras do palácio: advogados, economistas e a disputa para transformar os Estados Latino-Americanos**. Chicago: University of Chicago Press, 2002, p.250.

DORF, Michael C. "**Indeterminação jurídica e desenho institucional**". NYUL Rev. 78 (2003) : 875.

DOWNES, Paul. **Hobbes, soberania e literatura americana primitiva**. Nova York, NY: Cambridge University Press, 2015.

EPSTEIN, Lee, William M. Landes e Richard A. Posner. "**Quando se trata de negócios, os lados direito e esquerdo da corte concordam.**" Lavagem UJL & Pol'y 54 (2017): 33.

ESKRIDGE, Willian N.; FRICKEY, Philip P.; HART, HM; SACKS, AM. O processo legal: problemas básicos na elaboração e aplicação da lei. Westbury, NY: Fundação Press, 1994.

FOUCAULT, M. **O nascimento da biopolítica: palestras no Collège de France, 1978-1979**. (Palgrave Macmillan, Ed.). Nova York, 2010, p.116

FRANKENBERG, Günter e BAUER, Harry. **Tecnologia política e a erosão do estado de direito: normalizando o estado de exceção**. Cheltenham: Edward Elgar Pub. Ltd., 2014

GARAPON, A. (1996). **Le gardian des promesses: le juge et la démocratie**. Paris: O. Jacob.p.31.

GARNER, BA, & BREYER, SG. **A lei do precedente judicial**. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2016.

GIDI, Antonio. "**Class actions no Brasil - um modelo para os países de direito civil**". American Journal of Comparative Law 51.2 (2003): 311-408.

\_\_\_\_\_. ZANETI Jr., Hermes, "**Processo Civil Brasileiro na 'Era da Austeridade'?**", Erasmus Law Review, 4, (2015): 245-257

BURBANK, SB, e FARHANG, S. **Direitos e contenção: a contra-revolução contra o contencioso federal**. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2017.

GRANDE, Elisabetta. **Imitação e Direito**: hipóteses sobre a circulação dos modelos. Giappichelli, 2000.

GREENE, Brian. **A realidade oculta**: universos paralelos e as leis profundas do cosmos. Vintage, 2011.

KENNEDY, Duncan. "**Dois Globalização do Direito e (e) Pensamento Legal: 1850-1968**." Suffolk UL Rev. 36 (2002): 631.

KERN, Christoph, "**Justiça entre simplificação e formalismo**", Mohr Siebeck: Tübingen (2007). 2007, p. 06

LANGER, Maximo. **De transplantes legais para traduções legais**: a globalização da delação premiada e a tese da Americanização no processo penal. Harv. Int'l LJ 45 (2004): 1.

LENS, V. **Justiça pobre**: como os pobres se comportam nos tribunais. Nova York: Oxford University Press, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. – 2. Ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

LUHMANN, Niklas. "**A autopoiese dos sistemas sociais**". AVANÇOS EM ESTUDOS DE ORGANIZAÇÃO 14 (2005): 64.

MATTEI, U. & NADER, L. **Espoliação**: quando o Estado de Direito é ilegal. Malden, MA: Blackwell Pub, 2008.

MATTEI, Ugo. "**Uma teoria sobre Direito Imperial**: um estudo da hegemonia norte-americana e a resistência latina" em Global Jurist Frontiers 3.2 (2003).

\_\_\_\_\_. "**A ascensão e queda da lei e da economia: um ensaio para o juiz Guido Calabresi**". Md. L. Rev. 64 (2005): 220.

\_\_\_\_\_. "**A Guerra Fria e o Direito Comparado**: Uma Reflexão sobre a Política da Disciplina Intelectual". Em American Journal of Comparative Law 65.3 (2017): 567-607.

MONATERI, Pier Giuseppe. "**A lei fraca**: contaminações e culturas legais." Transnat'l L. & Contemp. Probs 13 (2003): 575.

MOURA, Marcelo Oliveira e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. "**O neoliberalismo eficiente e como transformações da jurisdição / O neoliberalismo eficiente e as transformações jurisdicionais**." Revista Brasileira de Direito 13.1 (2017): 177-195.

NADER, Laura. "**A globalização da lei: ADR como tecnologia 'suave'**". Proceedings of the Annual Meeting (Sociedade Americana de Direito Internacional). A Sociedade Americana de Direito Internacional, 1999.

\_\_\_\_\_. "A explosão de ADR - As implicações da retórica na reforma legal". Windsor YB Access Apenas. 8 (1988): 269.

PURCELL, Edward A. "Jurisprudência Americana entre as Guerras: o Realismo Jurídico e a Crise da Teoria Democrática." The American Historical Review 75.2 (1969): 424-446.

SACCO, Rodolfo. **Formantes Legais: uma dinâmica de abordagem para o Direito Comparado** (Installment I of II)." The American Journal of Comparative Law 39.1 (1991): 1-34. (installment II of II)." The American Journal of Comparative Law 39.2 (1991): 343-401.

SCHAUER, Frederick. **A força da lei**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015, p. 155-156.

SHKLAR, JN (1986). **Legalismo: direito, moral e julgamentos políticos**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. p. 20 a 21

SILVA, Franklyn Roger Alves Silva org, **CPC/2015: Perspectivas da Defensoria Pública**, Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

S.-O.-l'E. Lasser, Mitchel De. "A pasteurização européia da lei francesa". Cornell L. Rev. 90 (2004): 995

\_\_\_\_\_. **Deliberações Judiciais, Uma Análise Comparativa da Transparência Judicial e Legitimidade**, Oxford, Oxford University Press, 2004.

STASZAK S. **No Day in Court: Acesso à Justiça e à Política de Retração Judicial**. Nova Iorque: Oxford University Press; 2015.

STRECK, Lenio Luiz Rocha. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito**, 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009.

SUSSKIND, RE. **O fim dos advogados?: repensando a natureza dos serviços jurídicos**. (Rev. ed.) Oxford: Oxford University Press, 2010.

TEGMARK, Max. "Universos paralelos." Scientific American 288,5 (2003): 40-51.

TELLES, Goffredo da Silva Júnior. **Direito quântico: Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. Editora Max Limonad, 1985.

VAN DIJK, Frans e DUMBRAVA, Horatius, **Judiciário em Tempos de Escassez: Contenção e Reforma** (fevereiro de 2013). *Jornal Internacional para a Administração do Tribunal*, vol. 5, No. 1, 2013. Disponível na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2894396>

WATSON, A. **Legal transplants: an approach to comparative law**. Charlottesville: University Press of Virginia, 1974.

ZIZEK, Slavoj. **Like a Thief in Broad Daylight: Power in the Era of Post-Human Capitalism**. Penguin Books, 2018.

ZWEIGERT, K. e KÖTZ, H. **Uma introdução ao direito comparado**. Amsterdã: North-Holland Pub. Co. Volume 01, p.03-04, 1977.

## DEFENSORIA PÚBLICA E DIREITO CONSTITUCIONAL

**CAPÍTULO 4** - Parecer: Dimensões Constitucionais da Defensoria Pública da União – *Daniel Sarmento*\*

*“A quem interessa enfraquecer a Defensoria Pública?”<sup>106</sup>*

### 1. A Consulta

A Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF, por meio de seu Presidente, Dr. Dinarte da Páscoa Freitas, honrou-me com consulta acerca de diversas questões atinentes ao regime jurídico da Defensoria Pública da União, especialmente em razão da aprovação das Emendas Constitucionais 74/2013 e 80/2014.

A Consulente formulou os seguintes quesitos:

- a) Com a promulgação das Emendas Constitucionais nº 74/2013 e 80/2014, a Defensoria Pública da União ainda permanece como órgão vinculado ao Poder Executivo? Qual é a sua atual natureza jurídica?
- b) As Emendas Constitucionais nº 74/2013 e 80/2014 permitem que os Defensores Públicos Federais exerçam a função de *Ombudsman*?
- c) Diante do novo perfil constitucional da Defensoria Pública implantado a partir de junho de 2014, é possível afirmar que os Defensores Públicos Federais exercem, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia? A inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil deve ser cancelada após a posse no cargo? O artigo 26 e respectivos parágrafos da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, foram recepcionados pela Emenda Constitucional nº 80/2014?
- d) As prerrogativas e os instrumentos de atuação para o exercício das funções institucionais previstos na Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, violam o princípio da igualdade, por não serem totalmente franqueadas à advocacia privada e pública?
- e) Além da autonomia funcional e administrativa, a Defensoria Pública da União possui autonomia financeira? O Poder Executivo pode efetuar cortes

---

\* Professor de Direito Constitucional da UERJ. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Pós-doutor na Yale Law School.

<sup>106</sup> Indagação feita pelos Ministros Celso de Mello e Carmen Lúcia durante o julgamento da ADI 3.943, Rel. Min. Carmen Lúcia, ocorrido em 07/05/2015, em que a Corte, por unanimidade, afirmou a constitucionalidade dos preceitos que asseguram à instituição a legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública.