

Augusta Santos: Decisão de saneamento e ativismo judicial

O ativismo judicial é uma questão que ainda hoje desperta diversas discussões na doutrina jurídica. Ignorando certos impasses doutrinários sobre a valoração do ativismo judicial (se ele tem sempre uma carga negativa, como defende Lênio Streck [\[1\]](#), ou se tem um papel de "empurrar a história", conforme a compreensão do ministro Luís Alberto Barroso [\[2\]](#)), a verdade é que, independentemente do marco teórico adotado, parece haver consenso sobre uma coisa: o poder de julgar tem seus limites racionais, e cabe à doutrina compreender melhor quais são esses limites, a fim de evitar (ou, ao menos, identificar)



Recentemente, a psicologia cognitiva também trouxe a sua

contribuição ao estudo do ativismo judicial e da teoria da decisão. Percebeu-se que o processo cognitivo humano muitas vezes é feito a partir das heurísticas: processos cognitivos irracionais, baseados em crenças, experiências e instintos pessoais. Frequentemente, buscando sempre uma atividade cognitiva menos onerosa, utilizamos desses raciocínios generalistas para lidar com situações complexas, que necessitariam de um raciocínio mais aprofundado. Tais desvios cognitivos são denominados vieses cognitivos e acontecem em todo ato de escolha humana; portanto, inclusive nas decisões judiciais [\[3\]](#).

Frente a tal compreensão, qual o caminho a ser tomado? Afinal, se faz parte da racionalidade humana a tomada de decisões irracionais, baseadas em crenças, como evitar a discricionariedade judicial? É preciso reformar (de novo) o Código de Processo Civil, para que ele ofereça ferramentas que mitiguem as decisões enviesadas? É o que propõe Eduardo José Fonseca Costa, que defende algumas alterações sistemáticas para combater o chamado "enviesamento" das decisões. Para o autor, o ativismo judicial só poderia ser mitigado a partir de mudanças radicais no processo civil, que promovesse a desvinculação da identidade física do juiz, tais como que o juiz da instrução fosse impedido de proferir sentença, que o juiz que tem contato com prova ilícita fosse impedido de prosseguir no feito, que o juiz que julga tutela provisória não possa proferir sentença, entre outras proposições no sentido de mitigar a vinculação de um juiz específico com o processo [\[4\]](#).

Ocorre que, embora tais ideias sejam visionárias e detenham um papel progressista extremamente relevante, não se pode ignorar que são mudanças extremamente radicais (palavra aqui em pregada no sentido de raiz, frise-se), e, naturalmente, são mudanças que levam tempo. E enquanto isso, o que fazer? Simplesmente aceitar o que está posto?

Ocorre que não é essa a melhor compreensão. Perceber que as decisões judiciais são perpassadas por processo heurísticos, ou seja, raciocínios irracionais, advindos das crenças, experiência e instintos de cada um, a postura a ser adotada não é de aceitação, e, sim, de militância, de combate ativo a discricionariedade judicial e desenvolvimento de ideias que permitam a racionalização do processo de decisão. Ocorre que tal postura combativa não significa necessariamente (ou pelo menos não se restringe) a lutas por mudanças legislativas. É possível alterar o sistema sem alterar a lei: nesse sentido, é necessário divulgar uma nova cultura jurídica, uma nova compreensão de alguns institutos já postos, que possuem a potencialidade de democratizar o processo, racionalizar a tomada de decisões e combater o ativismo judicial.

Ocorre que uma dessas ferramentas é um instituto extremamente pouco explorado pela doutrina: a decisão de saneamento.

Ora, mas como a decisão de saneamento, essa renegada, relaciona-se com o ativismo judicial? A resposta é bastante simples. Conforme o artigo 357 do CPC/15, é na decisão de saneamento que se deve fixar os fatos incontroversos e controvertidos, os meios de prova e a distribuição do ônus de prova. *In verbis*:

"Artigo 357 — Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o artigo 373 ;

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento".

Ocorre que a decisão de saneamento proferida nos moldes do CPC/15 tem a potencialidade de racionalizar a tomada de decisão pela distribuição do ônus das provas, evitando julgamentos baseados em processos cognitivos irracionais, baseados em crenças, intuições e preconceitos, por exemplo [5]. Explica-se melhor. Se na decisão de saneamento já ficam bem definidos quais os fatos incontroversos e os fatos controvertidos, consequentemente se delineiam os fatos sobre os quais as provas devem versar. Evita-se que se demore para produzir provas que versem sobre fatos incontroversos, tonando a fase probatória mais eficiente. Ainda, o estabelecimento de quais são os meios de prova de necessários também tem função parecida. Evita-se, por exemplo, que se produza prova testemunhal para que se prove fato do qual se necessite prova técnica, e vice-versa. Mas, principalmente, a distribuição do ônus de prova traz racionalidade à decisão judicial. Se o juiz assiste à audiência já sabendo sobre quem recai o ônus da prova, a decisão é necessariamente um desdobramento do fato de as partes terem ou não se desincumbido dos ônus que lhe cabem. Reduz-se o espaço de discricionariedade do juiz, que fica impedido de apreciar as provas por juízos de preconceito, de intuição, de generalização (vieses cognitivos). O juiz deve decidir apenas com base no ônus de prova: se a parte não se desincumbe do ônus que lhe cabe, a decisão lhe será desfavorável. Se, por outro lado, desincumbe-se, a decisão lhe será favorável.

Observe-se que, além de racionalizar a decisão judicial, diminuindo o campo das discricionariedades do julgador, a valorização do caráter ordinatória da decisão de saneamento traz outros benefícios: traz celeridade à fase decisória, à medida que se torna mais fácil para os julgados a prolação de sentença, inclusive na própria audiência de instrução. Além disso, estimula-se a auto composição dos conflitos, à medida que a parte, ao verificar que o ônus probatório que lhe cabe é de difícil desoneração, torna-se mais receptiva a formulação de acordos.

Parece, desse modo, que o CPC/15 já oferece ferramentas para a racionalização da decisão judicial. O grande desafio é a cultura processual que se instaurou. A prática jurídica dá pouca importância à decisão de saneamento. Muitas vezes, tal decisão se limita a um modelo pré-pronto, que é distribuído em vários processos sem qualquer discernimento, quase automática. É muito comum, inclusive, que as decisões de saneamento sequer cumpram todos os papéis elencados no artigo 357. É mais comum ver decisões de saneamento que não distribuem o ônus de prova do que as que o fazem. A decisão de saneamento é entendida, na prática, como uma fase de abertura da fase de produção de provas e de resolução (saneamento) de eventuais vícios, não se atentando para a função ordinatória que ela tem, no sentido de ordenar a própria produção de provas e de dar parâmetros racionais para a tomada de decisão.

Desse modo, parece não ser necessário que aguardemos uma transformação radical no sistema processual para que possamos tornar o processo civil mais democrático. O que é necessário é que haja o fomento de uma cultura jurídica democrática, que busque compreender como os instrumentos já postos possam ser úteis no combate das decisões discricionárias advindos de preconceitos, intuições e crenças pessoais dos julgadores.

Ainda é preciso duvidar de algumas ideias eficientistas que buscam soluções para insegurança jurídica e morosidade do Judiciário através do emprego indiscriminado de novas tecnologias, tais como inteligências artificiais e técnicas de gestão a serem empregadas no Judiciário. Ocorre, entretanto, que muitas vezes tal raciocínio vem ancorado num paradigma neoliberal, em que a celeridade e a segurança jurídica passam a ser a questão essencial do Judiciário, em detrimento, muitas vezes, da qualidade das decisões, do respeito a garantias processuais e da própria democratização do processo. Assim, é necessário que haja um certo cuidado com o emprego das novas tecnologias no processo civil. Não se trata, aqui, de evitá-las a todo custo, mas de verificar que seu emprego esteja, de fato, coadunado com práticas democráticas.

Por fim, é preciso reconhecer que as vezes o problema não está necessariamente no sistema, mas, sim, na forma como o sistema é manejado pelas pessoas. Ora, o CPC/15, ao dispor sobre a decisão de saneamento, coloca à disposição uma ferramenta que podem de fato trazer celeridade, e ao mesmo fomentar práticas democráticas do processo. O problema não está na lei, e sim na cultura jurídica de protagonismo judicial que se instaurou no Brasil. Eis aí um grande desafio: o convencimento dos magistrados a abrirem mão de alguns poderes, em detrimento do reforço do processo democrático.

Referências bibliográficas

SILVA, Natanael Lud Santos e. Os Vieses de Cognição e o Processo Jurisdicional Democrático: Um Estudo sobre a Mitigação de seus Efeitos e o Debiasing. 2018. 129 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 05, Número Especial, 2015. pg. 51-61.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 05, Número Especial, 2015. Pg. 23 — 50.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) — Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 141-14.

[1] STRECK, Lênio Luiz. TASSINARI, Clarissa. LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 05, Número Especial, 2015. pg. 51-61.

[2] BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 05, Número Especial, 2015. Pg. 23 — 50.

[3] SILVA, Natanael Lud Santos e. Os Vieses de Cognição e o Processo Jurisdicional Democrático: Um Estudo sobre a Mitigação de seus Efeitos e o Debiasing. 2018. 129 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

[4] COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) — Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 141-14

[5] SILVA, Natanael Lud Santos e. Os Vieses de Cognição e o Processo Jurisdicional Democrático: Um Estudo sobre a Mitigação de seus Efeitos e o Debiasing. 2018. 129 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

Date Created

14/10/2020