

HEITOR SICA
ANTONIO CABRAL
FEDERICO SEDLACEK
HERMES ZANETI JR.
(ORGANIZADORES)



MILFONTES

TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO



VOLUME II

TEMAS DE
DIREITO PROCESSUAL
CONTEMPORÂNEO

VOLUME II

HEITOR SICA
ANTONIO CABRAL
FEDERICO SEDLACEK
HERMES ZANETI JR.
(ORGANIZADORES)

TEMAS DE
DIREITO PROCESSUAL
CONTEMPORÂNEO

III CONGRESSO BRASIL-ARGENTINA
DE DIREITO PROCESSUAL

VOLUME II



EDITORA MILFONTES



Editora Milfontes
Rua Santa Catarina, 282, Serra - ES, 29160-104
Compra direta e fale conosco: <https://editoramilfontes.com.br>
Distribuição nacional em: www.amazon.com.br
editor@editoramilfontes.com.br
Brasil

Editor Chefe
Bruno César Nascimento

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alexandre de Sá Avelar (UFU)
Prof. Dr. Arnaldo Pinto Júnior (UNICAMP)
Prof. Dr. Arthur Lima de Ávila (UFRGS)
Prof. Dr. Cristiano P. Alencar Arrais (UFG)
Prof. Dr. Diogo da Silva Roiz (UEMS)
Prof. Dr. Eurico José Gomes Dias (Universidade do Porto)
Prof. Dr. Hans Ulrich Gumbrecht (Stanford University)
Prof^a. Dr^a. Helena Miranda Mollo (UFOP)
Prof. Dr. Josemar Machado de Oliveira (UFES)
Prof. Dr. Júlio Bentivoglio (UFES)
Prof. Dr. Jurandir Malerba (UFRGS)
Prof^a. Dr^a. Karina Anhezini (UNESP - Franca)
Prof^a. Dr^a. Maria Beatriz Nader (UFES)
Prof. Dr. Marcelo de Mello Rangel (UFOP)
Prof^a. Dr^a. Rebeca Gontijo (UFRRJ)
Prof. Dr. Ricardo Marques de Mello (UNESPAR)
Prof. Dr. Thiago Lima Nicodemo (UERJ)
Prof. Dr. Valdeci Lopes de Araújo (UFOP)
Prof^a. Dr^a Verónica Tozzi (Universidad de Buenos Aires)

Realização e apoio



Copyright © 2019, Heitor Sica, Antonio Cabral, Federico Sedlacek e
Hermes Zaneti Jr. (Org.)
Copyright © 2019, Editora Milfontes

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida ou transmitida por qualquer forma e/ou quaisquer meios (eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia e gravação digital) sem a permissão prévia da editora.

Revisão e normas

De responsabilidade exclusiva dos autores

Projeto gráfico, capa e editoração

João Carlos Furlani

Imagem da capa

Foto do Convento da Penha, Vila Velha, Espírito Santo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S565 Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual (Volume II) / Heitor Sica, Antonio Cabral, Federico Sedlacek e Hermes Zaneti Jr. (organizadores)
Serra: Editora Milfontes, 2019.
802 p. : 20 cm.: il.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-94353-40-5

1. Direito Processual 2. Direito 3. Brasil 4. Argentina I. Heitor Sica II. Antonio Cabral III. Federico Sedlacek IV. Hermes Zaneti Jr. V. Título.

CDD 341.4

SUMÁRIO

| | |
|--------------------|----|
| APRESENTAÇÃO | 16 |
|--------------------|----|

JUSTIÇA MULTIPORTAS E TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS PELA UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

| | |
|--|----|
| <i>Aline Simonelli Moreira e Danilo Ribeiro Silva dos Santos</i> | 21 |
|--|----|

A NECESSÁRIA MUDANÇA NA POSTURA DOS ATORES PROCESSUAIS NA LÓGICA DA JUSTIÇA MULTIPORTAS

| | |
|--|----|
| <i>Helio Antunes Carlos e Renan Sena Silva</i> | 20 |
|--|----|

HIPÓTESES DE CONCILIAÇÃO ENTRE PARADIGMAS DO SISTEMA MULTIPORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA E A LEI Nº 11.340/06 – LEI MARIA DA PENHA

| | |
|--|----|
| <i>Betânia Teodora Andrade da Silva e Caroline Bolsoni Ribeiro</i> | 48 |
|--|----|

AUTOCOMPOSIÇÃO, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO REGIME DO CPC-2015: ESFORÇO TEÓRICO DE SISTEMATIZAÇÃO DOS CONCEITOS

| | |
|--|----|
| <i>Claudio Penedo Madureira, Aline Simonelli Moreira e Aline de Magalhães Grafanassi Moreira</i> | 63 |
|--|----|

PROPOSTA DE DESJUDICIALIZAÇÃO DO CPC/2015: A (IM) POSSIBILIDADE DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL DIANTE DA EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO

| | |
|---|----|
| <i>Rodrigo Maia Bachour, Bárbara Altoé Puppim e Leily Vanea Medeiros Dornelas</i> | 80 |
|---|----|

A GRATUIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA NAS DEMANDAS
TRABALHISTAS E CONSUMERISTAS NO ÂMBITO BRASIL-
ARGENTINA
Pedro Emanuel Tauceda Branco 88

A ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO MEDIADOR NO BRASIL E
NA ARGENTINA
*Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filho e Thais Borzino
Cordeiro Nunes* 100

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NA PRÁTICA
JURÍDICA: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA NO CENTRO
DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA
UNIVERSIDADE VILA VELHA
Livia Heringer Pevidor Bernardes e Karime Silva Siviero 115

MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS ESCOLARES
NA ARGENTINA: REFLEXÕES PARA O INCREMENTO DE
SOLUÇÕES ADEQUADAS NO BRASIL, EM CONTRASTE
COM A EXPERIÊNCIA PORTENHA
*Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filho e Thais Borzino
Cordeiro Nunes* 130

MEDIAÇÃO FAMILIAR: DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À APLICAÇÃO DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Livia Heringer Pevidor Bernardes 143

DIREITO PROCESSUAL INTERNACIONAL

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE
NO NOVO CPC SOB A LUZ DO RÉFÉRÉ FRANCÊS
Vitor Amm Teixeira e Paula Soares Campeão 160

ACORDOS DO BRASIL E ARGENTINA COM A SANTA SÉ:
RECONHECIMENTO E HOMOLOGAÇÃO DAS DECISÕES
ECLESIASTICAS MATRIMONIAIS?

Danilo Ribeiro Silva dos Santos 174

O AUXÍLIO DIRETO NO CPC/2015: UM REEXAME DO
ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NO JULGAMENTO DO
HC Nº 105.905

Gabriela Galimberti de Souza Pimenta e Paula Soares Campeão 182

TUTELA DE DIREITOS E NOVAS TÉCNICAS PROCESSUAIS

O RETARDAMENTO FORÇADO DO JULGAMENTO DO
RECURSO DE AGRAVO INTERNO

Tiago Figueiredo Gonçalves e Emmanuel Domingues 192

A APLICAÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NO ÂMBITO
DAS EXECUÇÕES FISCAIS

Roberto Sartório Junior 207

A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC/15 E A
EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Carolina Biazatti Borges, Larissa de Almeida Silva e Nauani Schades Benevides .. 217

A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS
NO CPC/15: O ROL DO ART. 1.015 E A POSSIBILIDADE DE
INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

*Carolina Biazatti Borges, Larissa de Almeida Silva e Nauani Schades
Benevides* 230

| | |
|---|-----|
| TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O SEU PROCEDIMENTO ESPECIAL: AS EXPERIÊNCIAS LEGISLATIVAS BRASILEIRA E ARGENTINA | |
| <i>Gabriela Azeredo Gusella, Bruna Figueira Marchiori e Gilberto Fachetti Silvestre</i> | 240 |
| COMO DISTINGUIR A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE FIGURAS AFINS? PANORAMA DO PROBLEMA E REPERCUSSÕES (POSSÍVEIS E ATUAIS) NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO | |
| <i>Hector Cavalcanti Chamberlain, Patrícia de Arruda Pereira e Filipe Ramos Oliveira</i> | 260 |
| DA NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DO CPC/15 E DA CRFB/88 | |
| <i>Aline Maria Quarto Silva e André Silva Martinelli</i> | 275 |
| O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL COLETIVO ÀS ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i> | |
| <i>Maria Luiza Arminio Machado</i> | 294 |
| A TECNOLOGIA A FAVOR DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO USO DO “QR CODE” EM PETIÇÕES E DE DECISÕES FUNDAMENTADAS NO CONTEÚDO VIRTUAL | |
| <i>João Victor Augusto Caetano De Carvalho, Fernanda Franklin Seixas Arakaki e Ludmila Breder Furtado Campos</i> | 311 |
| A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EM JULGAMENTO DE <i>HABEAS CORPUS</i> | |
| <i>João Guilherme Gualberto Torres e Thaila Fernandes da Silva</i> | 327 |

| | |
|--|-----|
| O RECURSO DE AGRAVO INTERNO E A NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA | |
| <i>Tiago Figueiredo Gonçalves e Emmanuel Domingues</i> | 340 |
| EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA: UMA COMPARAÇÃO DO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (CPCC) ARGENTINA E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (CPC) | |
| <i>Gabriel Zoboli de Assis, Vladimir Cunha Bezerra e Débora Frolich Ferreira</i> | 357 |
| TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA SOB A PERSPECTIVA DO JUIZ: ALGUNS APONTAMENTOS | |
| <i>Kelly Kiefer</i> | 372 |
| TRÊS IMPORTANTES PONTOS DE CONGRUÊNCIA (OU NÃO) ENTRE REGRAS DO NCPC E A LEI NÚME-RO 12.016/2009 (LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA). A NOVA CODIFICAÇÃO E ESSE ESPECÍFICO PROCEDIMENTO ESPECIAL | |
| <i>Leonardo Duarte Bertuloso e André Luiz Figueiredo Rosa</i> | 387 |
| SEGURANÇA JURÍDICA E OS NOVOS PARADIGMAS TRAZIDOS PELO IRDR | |
| <i>Natália Lorenzutti Pereira Pinto e Valquíria da Silva Messias</i> | 396 |
| BREVES REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE IMPORTAÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS PARA OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS, À LUZ DO ARTIGO 327, §2º, DO CPC/2015 | |
| <i>Bárbara Altoé Puppín e Rodrigo Maia Bachour</i> | 406 |
| A NOVA CURATELA DE INTERDITOS | |
| <i>Carlos André Cassani Siqueira</i> | 417 |

TUTELA DE DIREITOS E TÉCNICAS EXECUTIVAS

| | |
|--|-----|
| O RECONHECIMENTO <i>EX OFFICIO</i> DA PRESCRIÇÃO NA LEI PROCESSUAL BRASILEIRA E NA LEI CIVIL ARGENTINA: UMA COMPARAÇÃO LEGISLATIVA <i>Gilberto Fachetti Silvestre, Felipe Sardenberg Guimarães Três e Tiago Loss Ferreira</i> | 429 |
| A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE ALTO VALOR <i>Vitor Carvalho Barbosa e Rafaella Boone Schmidt</i> | 440 |
| BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TUTELA EXECUTIVA DOS ALIMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: MEDIDAS COERCITIVAS E CUMULAÇÃO DE RITOS <i>Michelle Ivair Cavalcanti De Oliveira</i> | 451 |
| DESJUDICIALIZAÇÃO DE ATOS DE PERSECUÇÃO PATRIMONIAL COMO FORMA DE DAR MAIOR EFETIVIDADE AO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL <i>Ronald Kruger Rodor e Fernando Ribeiro da Silva Carvalho</i> | 468 |
| O PROBLEMA DO VALOR DO OBJETO A ADJUDICAR <i>Cíntia Saldanha Lacerda Cunha e Fabiane Sena Freitas</i> | 486 |
| INTERDITO PROIBITÓRIO: UMA ANÁLISE PORMENORIZADA DO INSTITUTO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO <i>Gabriel Pereira Garcia</i> | 498 |
| A NOVA CURATELA DE INTERDITOS <i>Carlos André Cassani Siqueira</i> | 515 |

RECONFIGURAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS A PARTIR
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

André Luiz Figueiredo Rosa, André Silva Martineli e Leonardo Duarte Bertuloso 526

DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS HUMANOS

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DAS AÇÕES PENAIS QUE
APURAM ATOS DE CORRUPÇÃO NA SEARA PÚBLICA, O
REFLEXO DE TAIS ATOS NOS DIREITOS HUMANOS E O
INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Letícia Lemgruber Francischetto 546

A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR: “DECRETO A PRISÃO
PREVENTIVA PARA GARANTIR A SEGURANÇA VIRTUAL DOS
CIDADÃOS QUE UTILIZAM O APLICATIVO “WHATSAPP”

Lucas Francisco Neto e Roberta Fernandes Goronsio 558

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A (IM)
POSSIBILIDADE DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM
JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Walméa Elyze Carvalho Pepe de Moraes 575

A (I)LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONDUÇÃO
COERCITIVA

Diego Crevelin de Sousa, Iago Abdalla Fantin e Fabiane Sena Freitas 590

PROCESSO E DEMOCRACIA

OS IMPACTOS DA LEI 13.256/2016 SOBRE A DINÂMICA
DO MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS
FORMALMENTE VINCULANTES DO CPC/2015

Ricardo Chamon Ribeiro II e Talles Fundão Marchito 608

EFICÁCIA VINCULANTE E JURISPRUDÊNCIA PERSUASIVA
Claudio Madureira e Gabriel Sardenberg Cunha 627

ANÁLISE DE MEIOS E INSTRUMENTOS PROCESSUAIS
LEGITIMADORES DO PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA
DEMOCRÁTICA
Pedro Machado Tavares e Pedro Lube Sperandio 645

O PAPEL DA COMPREENSÃO E DA INTERPRETAÇÃO NA
APLICAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES
Maria Clara Queiroz Araujo 657

NOTAS SOBRE O MODELO DE PRECEDENTES DO CPC/2015
E AS DECISÕES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
Alexandre dos Santos Lopes 667

O DEVER DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA DA
JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTES E O SEGREDO DE JUSTIÇA
*Caio de Sá Dal'Col, João Roberto de Sá Dal'Col e Livia Dalla Bernardina
Abreu* 687

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E ACESSO À JUSTIÇA

A DEFENSORIA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DO ACESSO
À JUSTIÇA DE CAPPELLETTI E GARTH: BREVE ENSAIO
ANALÍTICO
Tiago Figueiredo Gonçalves e Patrick José Souto 698

O DESENVOLVIMENTO DO MODELO DE
RESPONSABILIDADE DOS JUÍZES A PARTIR DA IDADE
MODERNA
João Vitor Sias Franco 715

| | |
|--|-----|
| ASPECTOS PROCEDIMENTAIS RELEVANTES CONCERNENTES AO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 <i>Lucas Rodrigues Lima</i> | 728 |
|--|-----|

PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

| | |
|---|-----|
| MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 <i>Brigida Roldi Passamani, Caio de Sá Dal'Col e Livia Dalla Bernardina Abreu</i> | 747 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| PROBLEMAS DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO RITO SUMÁRIO EM JULGAMENTOS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE <i>Tiago Figueiredo Gonçalves, Vladimir Cunha Bezerra e Gabriel Zoboli de Assis</i> | 761 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DA HERMENÊUTICA E ANALÍTICA ADEQUADA DAS DECISÕES JUDICIAIS <i>Camila Farias Martins e Isabela Tonon da Costa Dondone</i> | 771 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| UMA ANÁLISE SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO <i>Ricardo Ribeiro Dos Santos</i> | 788 |
|--|-----|

APRESENTAÇÃO

Apresentar este livro, composto por uma coletânea de ensaios, é uma oportunidade de dar retorno ao público acadêmico daquilo que já a três edições vem sendo a integração entre Brasil e Argentina em matéria processual.

A Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), nas datas de 12 a 14 de abril de 2018, sediou o evento “Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual”. A proposta deste conclave foi dar continuidade às atividades acadêmicas de aprofundamento de matrizes jurídicas da ciência processual, abordando, os problemas mais atuais relacionados aos desafios do processo contemporâneo, como os precedentes judiciais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as tutelas processuais especiais e diferenciadas e, finalmente, os processos e decisões estruturais.

Importa ressaltar que as seções deste segundo volume têm como base os próprios Grupos de Trabalho do III Congresso Brasil-Argentina e suas respectivas contribuições apresentadas e defendidas no decorrer do evento. Cada grupo de trabalho teve de dois a três coordenadores, a critério da Comissão Organizadora, os quais foram responsáveis pela ordem de apresentação e moderação das discussões. Para que fique registrado o trabalho desenvolvido é bom um pequeno sumário dos diversos grupos e temas debatidos.

O GT 1, “Justiça Multiportas e Tratamento Adequado dos Conflitos”, foi coordenado pela Profa. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral. Seu objetivo foi promover debates e reflexões acerca da emergência da Justiça Multiportas, especialmente a busca por soluções dialogadas e não impositivas de resolução de conflitos, por meio da composição consensual por meio da mediação, da conciliação e da justiça restaurativa e outras formas de tratamento adequado mediante autocomposição.

O GT 2, “Direito Processual Internacional”, foi coordenado pela Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen. Nesse Grupo de Trabalho

foram abordados e discutidos temas de processo internacional, incluindo-se os conflitos internacionais de jurisdição (competência internacional e imunidade de jurisdição), a cooperação jurídica internacional (reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras e comunicação de atos processuais) e os princípios do processo civil internacional.

O GT 3, “Tutela de Direitos e Novas Técnicas Processuais”, foi coordenado pelos Profs. Dr. Tiago Gonçalves e Dr. Rodrigo Ávila Guedes Klippel e pelo Ms. Gustavo Mattedi Reggiani. O objetivo deste Grupo foi refletir sobre os instrumentos processuais e as suas funções, com vistas à finalidade do direito processual de propiciar a tutela das pessoas e dos direitos forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante o processo justo. As reflexões desse GT foram, principalmente, sobre aspectos teóricos e práticos advindos do sistema implantado a partir do Código de Processo Civil de 2015, especialmente, mas não somente, no tocante às técnicas correlatadas ao processo coletivo (ações coletivas e casos repetitivos), ao sistema recursal, às tutelas de urgência e evidência e aos procedimentos especiais.

O GT 4, “Tutela de Direitos e Técnicas Executivas”, foi coordenado pelo Prof. Pedro Henrique de Menezes. Esse Grupo de Trabalho discutiu sobre mecanismos processuais especialmente relacionados à atividade satisfativa, com a efetivação do provimento jurisdicional em todas as suas possíveis etapas executivas ou de cumprimento, definitivo ou provisório, a incluir tutela de urgência, de evidência, cumprimento de sentença, execução de título executivo extrajudicial como técnicas executivas.

O GT 5, “Direito Processual Penal e Direitos Humanos”, foi coordenado pelo Prof. Dr. Américo Bedê. O objetivo do GT foi refletir sobre os âmbitos de tutela nacionais e internacionais dos direitos humanos, bem como o processo de internacionalização desses direitos. Investigar os sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos, com ênfase no sistema interamericano a partir das questões ligadas ao processo e à jurisdição. Foram abordados temas como: a) a dignidade humana e os direitos humanos como aspectos materiais do direito fundamental ao processo; b) a atuação dos princípios constitucionais do direito, do

processo e da execução penal na prática dos tribunais nacionais; b) a teoria constitucional do processo e da persecução penal, dialogando com as condições e possibilidades dos bens jurídicos penais coletivos e difusos e seus fundamentos constitucionais e infraconstitucionais; e c) aspectos voltados para sua proteção, como instrumentos e mecanismos dogmáticos, o comportamento da jurisprudência e dos precedentes nas Cortes nacionais e internacionais.

O GT 6, “Processo e Democracia”, foi coordenado pelo Ms. Marcel Vitor Magalhães e Guerra. Nesse grupo foi analisado o direito processual sob o ângulo democrático, refletindo sobre a legitimidade do processo como método de produção de normas jurídicas. Os temas debatidos se referem, principalmente, à forma em que ocorre e se desenvolve o exercício da jurisdição, trazendo à tona os meios processuais pelos quais se permite a participação de pessoas e entes não estatais na atividade jurisdicional, de modo a buscar revelar o necessário iter que o processo deve primar para alcançar a efetiva aceitabilidade na sociedade em que atua.

O GT 7, “Organização Judiciária e Acesso à Justiça”, foi coordenado pelo Prof. Dr. Marcelo Pacheco Machado. O Grupo de Trabalho tratou dos aspectos essenciais concernentes a conceituação e concretização do acesso à justiça a partir da compreensão da importância da organização judiciária como instrumento de garantia deste acesso qualificado, de modo a compreender os problemas referentes ao acesso material e formal à justiça, abordando, sobretudo, os impactos processuais relacionados ao Código de Processo Civil de 2015 e às novas perspectivas alçadas pelo direito comparado. Temas como a impugnação das decisões interlocutórias, a técnica de ampliação dos julgamentos colegiados (art. 942, CPC/2015), composição dos tribunais superiores e estilos de deliberação e decisão, entre outros, foram discutidos nesse Grupo de Trabalho.

Por fim, o GT 8, “Processo e Constituição”, foi coordenado pelo Prof. Dalton Santos Moraes e Prof. Ricardo Gueiros Bernardes Dias. O objetivo do GT foi analisar os problemas relacionados às ações constitucionais e aos aspectos processuais do controle de constitucionalidade. Além de refletir acerca do processo constitucional, quais são e como funcionam

os instrumentos previstos para a defesa dos direitos constitucionalmente previstos, os efeitos das decisões tomadas nas referidas ações e os dilemas democráticos da jurisdição constitucional.

A experiência foi muito exitosa, como se pode comprovar dos trabalhos aqui recolhidos. Além da produção científica escrita, devemos registrar a alegria do encontro, a convivência, o aprofundamento dos laços entre os professores, os alunos de graduação e pós-graduação, que tornou o evento um estímulo a continuarmos a aprofundar os vínculos entre estas duas grandes nações.

Importa ressaltar que este livro é resultado das atividades do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq.¹ Atualmente, o FPCC/UFES possui financiamento de pesquisa para o estudo do Caso do Desastre do Rio Doce concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa e à Inovação do Estado do Espírito Santo (FAPES). O grupo de pesquisa é membro fundador da ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo.²

A Universidade Federal do Espírito Santo e seu Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDIR) acreditam que mediante experiências como esta será possível dar concretude à norma constitucional que determina como princípio da República Federativa do Brasil a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Profa. Dra. Adriana Campos
Coordenadora do PPGDIR/UFES

Prof. Dr. Dr. Hermes Zaneti Jr.
Organizador

¹ Cf.: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429>.

² Cf.: <http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa-0>.

JUSTIÇA MULTIPORTAS E
TRATAMENTO ADEQUADO
DOS CONFLITOS

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS PELA UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Aline Simonelli Moreira¹

Danilo Ribeiro Silva dos Santos²

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PASSAGEM DA CULTURA DO LITÍGIO PARA A CULTURA DO DIÁLOGO

O CPC/73 surgiu no contexto do golpe de 1964, em período de ditadura, o que contribuiu para que fosse deixado de lado suas características sociais, de acesso à justiça, de preservação de direitos e garantias fundamentais, de contraditório e participação das partes, sendo mais preocupado com o formalismo do processo, do que com a efetividade de uma decisão jurisdicional. “Observa-se, por exemplo, que o Código de 1973 não mostra preocupação de calibre com o acesso à justiça e, muito pelo contrário, com raras exceções, opta por uma trilha em que o formalismo é colocado como farol de iluminação” (MAZZEI, 2014, p. 195).

Com a instauração do Estado Democrático de Direito com a CR/88, a perspectiva de proteção vai além dos direitos civis e políticos, ampliando-se também para o reconhecimento, em especial, de direitos sociais, econômicos e culturais. O devido processo legal passou a ser visto como direito fundamental, ampliou-se o contraditório aos demais ramos do Direito, assim como foi dada importância ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV e LIV da CR/88). Como consequência da previsão de um amplo

¹ Mestranda em Direito Processual na UFES. E-mail: alinesimonelli@gmail.com.

² Mestrando em Direito Processual na UFES. E-mail: daniloribeiro19905.adv@gmail.com.

conjunto de direitos positivados, expandiu-se o leque para uma maior busca por sua efetivação.

O Código de Processo Civil de 2015 surgiu, principalmente, em decorrência do CPC/73 não estar adequado às regras estabelecidas no Texto Maior, sendo a Lei 13.105 de 2015 mais alinhada com os parâmetros constitucionais. O art. 1º do CPC de 2015 já deixa clara essa premissa ao mencionar que o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado em consonância com os valores e normas fundamentais da Carta Magna.³

Contudo, apesar do novo diploma processual civil estabelecer de um modo inovador diversas regras visando conferir uma decisão em prazo razoável, justa e efetiva (art. 4º e 6º do CPC/15), o que na prática ainda se verifica é a limitação do acesso à justiça, por diversas razões, tais como: tempo prolongado dos processos, falta de estrutura do Judiciário, ausência de decisões satisfatórias, pouca contribuição das partes com o processo, falta de cooperação processual, escassas tentativas de resolução consensual de conflitos.

Ainda, outro dado interessante disponível no site do Conselho Nacional de Justiça (2012, p. 19/21), se refere ao “Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional”, em que se constata que o Brasil é o segundo país analisado a ter mais processos por juiz, fato que contribui para a demora na solução dos processos judicializados.

Ao se analisar a taxa de congestionamento do ano de 2008, que afere os processos em trâmite ainda sem julgamento de países da Europa e Brasil, este é o país que apresenta a maior taxa de congestionamento dentre todos os analisados, possuindo o maior número de advogados em relação a magistrados (CNJ, 2012, p. 23/26), estatísticas essas que indicam que o Brasil é um país com uma cultura de litigância ainda muito arraigada.

³ Art. 1º do CPC/15. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Araujo (2008, p. 1) corrobora tal ideia nas seguintes palavras:

Ocorre que, paralelamente ao entendimento de que cabe ao Judiciário a responsabilidade pela resolução das querelas da sociedade, criou-se também a compreensão de que somente cabe ao Estado o poder de dirimir os problemas da população, não tendo esta a capacidade natural de solucionar sem traumas parte de seus problemas comuns.

Fernando Gonzaga Jayme (2008, p. 239) destaca a excessiva litigiosidade apontando para a crise da jurisdição como a solucionadora dos conflitos, vejamos:

Os números evidenciam que a excessiva litigiosidade demonstra encontrar-se a sociedade brasileira doente, por causa da carência de efetividade do Direito inexistindo, até o momento, remédios que possam preveni-la, sendo que para a cura dispomos de um processo oneroso, lento e ineficiente. A desordem social decorrente da crise de Direito face à incapacidade da jurisdição de preservar a coesão da sociedade e de fazer as normas jurídicas serem cumpridas, além de comprometer a imagem do Poder Judiciário, ocasiona insegurança jurídica. O astronômico número de processos julgados anualmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça não representa nenhum alento, mas, ao contrário, deve constituir motivo para sérias preocupações [...].

Essa cultura de litigância ocorre, inclusive, no âmbito empresarial. A existência de diversificados pontos de vista no meio empresarial nem sempre é prejudicial, tendo em vista que pode contribuir para a evolução e soluções criativas no ambiente corporativo. No entanto, se a desavença não for solucionada pode colocar em risco a coexistência pacífica no ambiente empresarial.

CONFLITOS EMPRESARIAIS

O conflito no âmbito empresarial pode ocorrer intradepartamental (entre gestores de um mesmo departamento), interdepartamental (entre

gestores de departamentos diversos de uma mesma empresa); intersocial (entre sócios), interempresarial (entre empresas parceiras), e inter-relacional (entre empresa e cliente).

Como exemplos comuns, podemos citar: disputas societárias, repactuação de contratos, pendências entre empresas parceiras, etc.

Diante de um conflito, não é raro indivíduos adotarem posições divergentes, no entanto, os seus interesses, muitas vezes ocultos, são possíveis de serem compatibilizados

Devido à oralidade que permeia os métodos autocompositivos, com a capacitação do profissional habilitado apto a facilitar o diálogo, muitas vezes as partes se sentem mais acolhidas e “ouvidas” ao participar dessa tentativa de restauração do diálogo, se comparada à via judicial. Nesse sentido:

Por envolver, sem rígida delimitação de seu escopo, conversações e negociações facilitadas por uma pessoa imparcial, a mediação permite que os envolvidos tratem oralmente de muitos assuntos que o Poder Judiciário provavelmente não alcançaria; como o propósito da negociação facilitada é satisfazer, de forma ampla, os interesses subjacentes à atividade comercial, muitos temas podem ser tratados pelos interessados (MARCATO; TARTUCE, 2018, p. 1).

O Código de Processo Civil de 2015 contribuiu para reformar e conferir maior efetividade aos métodos adequados de resolução de conflitos, como a conciliação, mediação e arbitragem.

O caminho apesar de lento aparenta ser recompensador ao propiciar a resolução de conflitos sociais. Nesse sentido ressalta Humberto Theodoro Júnior (2013, p. 6):

Aos poucos vai-se caminhando para processos e procedimentos em que o objetivo maior é a solução justa e adequada para os conflitos jurídicos, e que, de fato, possa reduzir as tensões sociais, valorizando a pacificação e harmonização dos litigantes, em lugar de propiciar a guerra judicial [...]

A justiça multiportas se apresenta como uma passagem de superação dessa crise, já que oferta uma gama de formas de resolução de controvérsias, em detrimento da judicialização de conflitos, buscando-se um consenso entre as partes, seja por meio de um método de autocomposição de conflito, como a negociação, conciliação e mediação ou heterocomposição, como a arbitragem.

Essa justiça multiportas se encontra positivada em diversos enunciados do CPC/15, como, por exemplo, a previsão do art. 334 do CPC,⁴ que dispõe sobre a audiência obrigatória de conciliação e mediação; art. 165 do CPC⁵, que estabelece que os tribunais criem centros judiciários e solução consensual de conflitos para estimular a autocomposição; artigo 784, inciso IV do CPC/15, que considera como títulos executivos extrajudiciais o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

Com isso, o maior desafio é a ruptura de paradigmas para modificar a cultura de litigância judicial, tornando-a método menos procurado. Inclusive, se mostra interessante no âmbito empresarial desenvolver estratégias de solução consensual dos conflitos, tendo em vista a importância da manutenção do bom relacionamento entre os envolvidos, seja do ponto de vista comercial, consumerista ou até mesmo trabalhista.

Em prefácio, Zaneti **Júnior e Cabral** (2016, p. 8) destacam sobre as benesses da justiça multiportas:

A potencialidade de se resolver um conflito por outras formas que não à judicial estatal traz muito mais benefícios que problemas. E o mais importante deles consiste na adequação que os mecanismos não adversariais e extraestatais podem proporcionar à solução da

⁴ Art. 334. CPC/15. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

⁵ Art. 165. CPC/15. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

controvérsia, resultando, acima de tudo, na satisfação do jurisdicionado e na restauração da convivência social entre os envolvidos no conflito, tendo ainda, como efeitos reflexos, entre outros, a diminuição dos recursos, a facilitação da execução, muitas vezes com adimplemento espontâneo, e execução imediata das medidas adotadas, e a possibilidade de diminuição de demandas judiciais com o advento de uma cultura de pacificação a ser fomentada na sociedade, atingindo empresas, o Estado e o cidadão.

Ao abandonar a opção político-legislativa do Instrumentalismo, a atividade jurisdicional deixa de ser muito mais do que uma mera subsunção do fato à norma. Já não mais se admite a legitimidade do provimento jurisdicional consubstanciada no argumento de que o magistrado detém um conhecimento maior do que as partes e por isso a sua decisão é a mais justa.

Logo, passa-se a considerar, de modo profundo, outros aspectos, como a participação das partes, seja dentro ou fora da via judicial, bem como se dá um grande destaque à justiça multiportas, em especial aos métodos não adversariais, contribuindo para a criação de uma norma efetiva para os casos concretos.

O CPC/15 consolida a opção político-legislativa do formalismo-valorativo, em que concentra o Processo no centro da Teoria, orientado pela garantia do diálogo entre as partes, visto como direito fundamental do Estado Democrático de Direito Participativo.

Desse modo as partes convencionam a melhor resposta às demandas, prática que reforça a legitimidade da decisão por estar amparada no debate democrático “como garantia de influência e de não surpresa” (THEODORO JÚNIOR, NUNES E BAHIA, 2013, p. 131).

Para a descoberta do interesse real das partes, a figura de um terceiro imparcial, seja mediador ou conciliador, pode contribuir para a restauração do diálogo entre as partes envolvidas na relação empresarial.

IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

O advogado, costumeiramente, chamado de “primeiro juiz da causa”, no ambiente empresarial pode atuar como um profissional facilitador dos conflitos empresariais, por meio do incentivo à busca de soluções consensuais e a propiciar o diálogo entre os empresários.

Neste íterim, pertinente o ensino de Tartuce (2015, p. 103), no sentido de advertir que o advogado detém papel fundamental no contexto de controvérsia, haja vista que quando acionado pelas partes, deve o profissional assumir a postura de evidenciar os riscos do processo judicial, inclusive da derrota, bem como estimular o cliente à adoção dos meios consensuais para solução dos conflitos.

Desta feita, revela-se necessária a participação do advogado na mediação empresarial, seja como mediador, seja prestando assessoria jurídica, pois este detém os conhecimentos técnico-jurídicos, que facilitarão na reflexão e orientação às partes (empresários), para que estas saiam da zona de penumbra e do pensamento de litigância desenfreada e consigam, assim, enxergar soluções criativas e pacíficas necessárias ao convívio salutar no ambiente empresarial.

Prova disso é a lição de Cabral, Hale e Pinho (2016, p. 81-82), que orienta o uso da mediação até mesmo no momento posterior à decisão judicial no processo de falência, sendo útil para permitir a venda de ativos e viabilizar soluções para os envolvidos. Na hipótese de pleito baseado em inadimplência, a mediação se revela importante para propiciar o acordo no intuito de evitar a falência.

De igual modo, os autores supracitados aduzem sobre a relevância da mediação nos casos, que envolvem a recuperação judicial, para fins de auxiliar as empresas com critérios objetivos, informações e com alternativas aptas ao acordo.

Desse modo, nas relações empresarias, é de suma importância a criação de estratégias para a contenção de litigiosidade, em especial, através dos métodos autocompositivos, tendo em vista a importância de se manter um diálogo entre os envolvidos, permitindo a reconstrução da

norma visando à pretensão de correção e reforçando a legitimidade da decisão trazida pelo debate.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luis Alberto Gomes apud SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos – mudança de paradigmas. Disponível em: < <http://www.cbmae.org.br/index.php?urlop=dsartigo&idnot=NjA=> >. Publicado em: 28 ago. 2008. Acesso em: 20 maio 2015.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; ANDRADE, Juliana Loss de; PANTOJA, Fernanda Medina. Fundamentos. In: CABRAL, Tricia Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 100 maiores litigantes. 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 02 de dezembro de 2016.
- JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MARCATO, Ana Cândido Menezes. TARTUCE, Fernanda. Mediação no Direito Empresarial: possibilidade interessantes em Conflitos Securitários. Revista de Processo eletrônica. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Media%C3%A7%C3%A3o-dir-empresarial-conflitos-securitarios-Ana-Marcato-e-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez. 2014, p. 195.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução compartilhada de políticas públicas. (Coord) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo: RePro*, v. 38, n. 224, p. 121-152, out.2013. *Revista dos Tribunais*, 2013.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem, e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

A NECESSÁRIA MUDANÇA NA POSTURA DOS ATORES PROCESSUAIS NA LÓGICA DA JUSTIÇA MULTIPORTAS

Helio Antunes Carlos¹

Renan Sena Silva²

INTRODUÇÃO

O conflito é inerente à vida humana, e além dos de caráter individual, identificados como subjetivos, na sociedade ocorrem frequentemente os conflitos interpessoais, intersubjetivos, os quais envolvem dois ou mais indivíduos.³ Nesse cenário, na busca da pacificação social, verifica-se como imprescindível o tratamento adequado das disputas.

Para o adequado tratamento dos conflitos, a nova sistemática legal, sobretudo a inaugurada com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), prescreveu importantes mudanças que requerem dos atores processuais uma nova mentalidade e postura. Sendo tais mudanças o objeto de análise deste estudo. Destarte, investiga-se as modificações implementadas pelo CPC/2015 no procedimento

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI). Defensor Público do Estado do Espírito Santo. E-mail: helio.antunes@dp.es.gov.br.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI). E-mail: rensenasilva@gmail.com.

³ Tal afirmação pode ser considerada um fato notório, mas para conferir maior robustez à afirmação, é interessante perceber que, segundo consta no relatório do Conselho Nacional de Justiça, “Justiça em Números”, “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 67).

comum e nos procedimentos especiais com o escopo de estimular a autocomposição e a consequente modificação do papel desempenhado pelos atores processuais durante os atos e mecanismos consensuais de tratamento das divergências.

O objeto de estudo em apreço, entretanto, não pode ser analisado de modo isolado, posto que, ao se investigar a mudança de postura dos agentes, depara-se com temas indispensáveis ao necessário entendimento do panorama atual em que estamos inseridos, sobretudo no contexto brasileiro. Dentre esses, identifica-se: (i) as fases metodológicas do Direito Processual; (ii) os três modelos processuais; (iii) as novas compreensões acerca do conflito; e (iv) o sistema de justiça multiportas. Tais temas serão brevemente analisados a seguir.

CONSTRUINDO AS BASES PARA O DESENVOLVIMENTO DO OBJETO DE ANÁLISE

Como mencionado, alguns temas constituem-se como premissas indispensáveis para analisar-se o objeto do presente trabalho. Desse modo, seguindo-se a sequência já mencionada, apresentar-se-á, em breve síntese, o desenvolvimento das fases metodológicas processuais até a fase presente.

Fases metodológicas do processo

Na esteira de diversos autores, como Daniel Mitidiero (2011, p. 32) e Claudio Penedo Madureira (2015, p. 278), segue-se, no presente estudo, o entendimento de que no Direito Processual podem ser identificadas quatro fases metodológicas. A primeira fase corresponde ao *praxismo*.⁴ A segunda corresponde ao *processualismo*, também denominada de fase

⁴ Em apertada síntese, pode-se dizer que tal fase “corresponde à pré-história do direito processual civil” (MITIDIERO, 2011, p. 32), na qual o Direito Processual não tinha autonomia em relação ao Direito Material, não existindo distinção entre eles (JOBIM, 2011, p. 80). Ademais, segundo Moussallem e Andrade (2008, p. 80) “Baseava-se num conhecimento empírico e numa racionalidade prática”.

autonomista.⁵ Como terceira fase apresenta-se o *instrumentalismo*.⁶ Por fim, a quarta e atual fase metodológica do Direito Processual Civil corresponde ao *formalismo-valorativo*,⁷ sendo evidente a adoção de suas premissas no sistema processual brasileiro, sobretudo observados os postulados gerais do CPC/2015.⁸

No entanto, cumpre se salientar que a inauguração de uma fase não representa uma ruptura com a fase seguinte, haja vista que muitos dos elementos que se vê em determinada fase também se encontram presentes na fase antecedente. No formalismo-valorativo, o processo é formalismo, porque “[...] A forma serve como garantia, e não amarra da justiça” (ZANETI JR, 2014, p. 47). A forma assume a função de proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores. O processo também é valorativo, pois se destina à construção do direito positivo pelos

⁵ Nesta fase ocorre a desvinculação do Direito Processual em relação ao Direito Material. Importante mencionar que seu nascimento é aludido à conceituação da relação jurídica processual (MITIDIERO, 2011, p. 35).

⁶ Em tal fase o processo é visto como um instrumento a alcançar determinados objetivos, tendo escopos jurídico, social e político (MADUREIRA, 2015, p. 257). A jurisdição é posta como conceito central do Direito Processual. Com relação a crítica ao instrumentalismo, cabe destacar a afirmativa de Mitidiero (2011, p. 41), “O que se pode hoje, todavia, colocar em xeque é a maneira como se articulam as soluções dos problemas atinentes às relações entre o direito material e o direito processual, entre o processo civil e a Constituição, e a colocação da jurisdição no centro da teoria do direito processual civil”.

⁷ Segundo Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 42, 43), “O processo conforma-se hoje pelo que corretamente começamos a denominar de paradigma do ‘*formalismo-valorativo*’. Trata-se do resgate da dimensão tópico-problemática para o direito e da compreensão do processo como direito fundamental, ou seja, *ver na forma sua capacidade emancipatória e sua vinculação aos valores constitucionais como garantia da liberdade*”.

⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 22), responsável por cunhar as bases do formalismo-valorativo, afirma que tal fase, “Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores [...], base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação”. O art. 1º, do CPC/2015, ao seu turno, prevê que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Inegável adoção das premissas da quarta fase metodológica.

intérpretes, o que lhe confere a natureza de direito fundamental e de ambiente de criação do direito (MADUREIRA, 2015, p. 256-274).

Modelos processuais

O segundo tema, a ser brevemente abordado, diz respeito aos três modelos de direito processual. Seguindo-se o entendimento de Fredie Didier Jr., é possível identificar três modelos: (i) o dispositivo, também chamado de adversarial, no qual “a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes” (DIDIER JR, 2011, p. 2); (ii) o inquisitivo, no qual o protagonismo da condução e desenvolvimento do processo é conferido ao julgador (DIDIER JR, 2011, p. 2); e (iii) o cooperativo, modelo pelo qual “Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaque a algum dos sujeitos processuais” (DIDIER JR, 2011, p. 4). Sendo este último, adotado pela sistemática do CPC/2015,⁹ e identificado, pelo citado autor, como o modelo “mais adequado para uma democracia” (DIDIER JR, 2011, p. 4); o qual deverá confluir a uma mudança de mentalidade e postura dos agentes processuais, que deverão atuar em uma atitude de cooperação processual.

Daniel Mitidiero (2011, p. 2), identifica que a colaboração é tanto um modelo, como um princípio. Enquanto modelo objetiva uma organização do papel das partes e do magistrado “na conformação do processo”. Enquanto princípio, “impõe um *estado de coisas* que tem de ser promovido”. Por fim, quadra salientar que do processo cooperativo decorrem deveres às partes e aos magistrados, os quais se classificam em “deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção” (DIDIER JR, 2011, p. 5).

⁹ Notadamente, entre outros dispositivos, pelo disposto no art. 6º do CPC/2015, “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Um novo olhar para os conflitos e o sistema de justiça multiportas

As modernas teorias sobre o conflito, tem o observado por uma perspectiva positiva. É por este fundamento que se pode compreender a afirmação de Antônio Hélio Silva (2008, p. 20) ao enunciar que “O conflito em si não é o problema. O problema é a forma de lidar com o conflito”.

É cediço que num estágio inicial da sociedade humana imperava, como modo de lidar com as controvérsias, a autotutela, num contexto em que o mais forte prevalecia. Com o desenvolvimento da sociedade surgiram novos mecanismos de pacificação social para tutelar os conflitos de forma mais justa. Nesse contexto, o Estado intentou o monopólio da tutela às divergências sociais, pelo processo judicial adjudicatório, autoritário e impositivo.¹⁰

Na atualidade, porém, impõe-se que seja repensada a tutela dos direitos e das pessoas quando estão em disputa, tendo em vista a necessidade dos conflitos serem adequadamente tratados.¹¹ É preciso pensar-se, na esteira de Morton Deutsch (2004), em processos e mecanismos construtivos, visando a pacificação social. E, nesse contexto, observa-se que o processo judicial pode servir como um meio de perpetuação e até mesmo acentuação do conflito,¹² uma vez que, nas palavras de Deutsch (2004), “O conflito destrutivo é caracterizado por uma tendência à expansão e à intensificação”. Além disso, Helio Antunes

¹⁰ Sobre tal acontecimento Antônio Hélio Silva (2008, p. 17, 18), revela que: “Com o advento da organização social corporificada no Estado, passou-se da justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes, de maneira autoritária, a sua solução para os conflitos de interesses”.

¹¹ É válido citar o entendimento disposto no Manual de Mediação Judicial, “Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser resolvido por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao examinar quais fatos encontram-se presentes para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito não pode mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano (BRASIL, p. 57, 2016)”.

¹² Abelha Rodrigues (2017, p. 137) diz que “A solução consensual deveria ser o pensamento imediato, quase que involuntário, numa sociedade que pretende ser ‘civilizada’, afinal de contas, uma sentença imposta pelo Estado, que aponta um vencedor e um vencido jamais conseguirá trazer a ‘Paz social’, que seguramente é obtida quando a solução de conflito é alcançada mediante um diálogo democrático, sincero e respeitoso entre os contestadores”.

Carlos (2017, p. 56), identificando diferentes manifestações e fases do conflito, aduz que:

[...] os conflitos não podem ser enxergados de forma única. A natureza e o estágio do conflito repercutem diretamente no tratamento que lhe deve ser conferido. Assim, o tratamento adequado do conflito deve, simultaneamente: (1) evitar “matar uma formiga com balão de canhão”, desperdiçando recursos e energia; e (2) apresentar-se como profilaxia a uma crescente escalada do conflito, tratando esse o quanto antes.

Diante disso, a lógica do sistema de justiça multiportas, muito além de ser uma via à ampla judicialização, tem por escopo oportunizar às partes mecanismos adequados para a pacificação dos conflitos oriundo das relações sociais.¹³ Prelecionam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 36) que “A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado dessa justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça de multiportas”. Assim, para além do processo judicial heterocompositivo, os mecanismos autocompositivos devem ser evidenciados. Observa-se, ainda, que segundo Helio Antunes Carlos (2017, p. 52):

Um modelo de Justiça Multiportas deve considerar a multiplicidade de portas para a solução do conflito, de sorte que o ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário se apresenta apenas como uma das portas disponíveis. A noção de Justiça Multiportas deve considerar o papel de todos os atores envolvidos na solução de conflitos – seja no âmbito judicial ou no extrajudicial –, de modo a considerar as variadas portas de entrada e de saída para o tratamento do conflito.

Assim, uma nova compreensão do conflito enseja, necessariamente, na necessidade do adequado mecanismo de tratamento da divergência,

¹³ Sobre o sistema de Justiça Multiportas, Frank Sanders, conforme narrado por Hernandez Crespo, enuncia “[...] seja qual for o nome dado. A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e “med-arb” (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos” (CRESPO, 2012, p. 32).

a porta adequada, tendo como finalidade a pacificação social. Ao tratar sobre essa questão De Lorenci, Silva e Dutra (2017, p. 553) afirmam, observando o tratamento de conflitos segundo os ditames do CPC/15, que

Ao entrar por uma porta (por meio da petição inicial), são oferecidas às partes mais de uma opção de saída. Destarte, pode-se dizer, que na evolução do tratamento de conflitos a sociedade partiu da autotutela e chegou ao sistema multiportas.

Em síntese, o acesso ao judiciário não oferece ao jurisdicionado apenas a sentença de natureza heterocompositiva para “pôr fim à lide”, mas oportuniza diversas portas, tratamentos autocompositivos e arbitrais, no curso do processo judicial.

É nesse contexto que o CPC/2015, dentre outros diplomas normativos,¹⁴ trata de mecanismos outros que não somente o adjudicatório jurisdicional estatal, para tutelar adequadamente as pessoas e os direitos, quando em contenda. E, inserido na lógica da justiça multiportas, o Código Processual, prescreve a primazia dos meios consensuais em face da impositiva decisão do Estado-juiz.¹⁵ A lógica do CPC/2015, nesse sentido, é a “[...] direção da substituição da ‘cultura da sentença’ pela ‘cultura da pacificação’, como forma de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, humanizando-a” (MENDES E HARTMANN, 2016, p. 111).

Nota conclusiva

Ante o exposto, (i) resta evidente que os postulados do *formalismo-valorativo*, pelo qual o processo é visto como um direito fundamental, conformado aos valores e princípios constitucionais, para a obtenção

¹⁴ Cita-se a Lei de Arbitragem (Lei Nº 9.307/1990), a Resolução Nº 125/2010 do CNJ e a Lei de Mediação (Lei Nº 13.140/2015).

¹⁵ Tal afirmação pode ser depreendida do enunciado do art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC, os quais prescrevem: “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

de uma tutela jurisdicional justa, adequada, tempestiva e efetiva. (ii) O qual deve ser realizado em um *ambiente cooperativo*, no qual se identifica (a) que o contraditório é o valor-fonte do processo,¹⁶ (b) a necessidade de um equilíbrio entre as posições dos agentes processuais na condução do processo e (c) a observância aos deveres impostos pelo princípio da cooperação. (iii) Conjuntamente com *uma nova forma de olhar para o conflito*, pelo qual se observa à necessidade de *tratamento adequado das divergências*, seguindo-se a lógica da busca de processos e mecanismos construtivos. (iv) E, por fim, com o imperioso reconhecimento de que *a lógica da justiça multiportas foi incorporado no sistema processual brasileiro*, tendo em vista, ademais, que o CPC/2015 dispõe em diversos dispositivos, tanto na parte geral como na parte especial, seja no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, elementos que demonstram tal afirmativa: *a mudança de postura dos atores é desejada e inevitável para que seja de acordo com os postulados da sistemática processual atual.*¹⁷

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E A POSTURA DOS ATORES PROCESSUAIS

Além da observância aos princípios gerais do CPC/2015 no curso dos procedimentos comum e especial,¹⁸ os atores processuais devem se atentar para a incidência de princípios específicos nos atos processuais voltados a viabilizar a autocomposição, dentre os quais calha destacar: (a) a confidencialidade, (b) a decisão informada, (c) a imparcialidade,

¹⁶ Na esteira de Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 180, 182), compreende-se que “O contraditório surge então renovado, não mais como garantia do direito de resposta, mas como direito de influência e dever de debate”, e que “o contraditório surge como ‘valor-fonte’ do processo constitucional”.

¹⁷ Rodrigo Mazzei (2015, p. 61) compreende que “[...] não é simplesmente o (novo) corpo legal codificado que mudará as posturas em relação ao direito processual civil”, é necessária a mudança de mentalidade de todos os atores processuais nos termos apontados.

¹⁸ A título exemplificativo, não se tendo a intenção de se esgotar o tema, cita-se: o princípio da boa-fé (art. 5º, CPC/2015) e o princípio da cooperação (art. 6º, CPC/2015).

(d) a independência, (e) a autonomia da vontade, (f) a oralidade e (g) a informalidade.

A observância de tais princípios é cogente e impõe uma adaptabilidade do postura do profissionais, sob pena de reduzir ou tornar ineficaz ato processual que poderia – ao menos em tese – buscar uma solução mais adequada para o conflito, com um menor dispêndio de tempo e energia.¹⁹

MECANISMOS E ATOS AUTOCOMPOSITIVOS NO CURSO DO ARCO PROCEDIMENTAL E A POSTURA DOS ATORES PROCESSUAIS

Todo o exposto constitui-se como essencial para a detida análise da postura dos agentes processuais nesta nova configuração, especialmente no que tange às possibilidades de autocomposição no curso do processo judicial, previstas no CPC/2015.

Os mecanismos autocompositivos podem ser classificados, conforme entendimento de Fernanda Tartuce (2015, p. 35-55), como: (a) *unilaterais*, no qual se incluem a renúncia, a desistência e o reconhecimento do pedido; e (b) *bilaterais*, nos quais se incluem a negociação, a mediação e a conciliação.

A partir da classificação apresentada, percebe-se que o CPC/2015 prevê, em diversos dispositivos, normas que visam estimular a autocomposição, identificadas tanto no procedimento comum, como em procedimentos especiais, as quais serão identificadas e analisadas a seguir.

¹⁹ Um dos profissionais é o advogado/Defensor Público, e sobre a participação dos advogados na mediação, observando-se essa necessidade da adaptabilidade mencionada, Tânia Lobo Muniz (2008, p. 346, 347), esclarece que “Enquanto no sistema judicial, de natureza não adversarial, ele é mandatário, representante de seu constituinte e, portanto, autorizado a falar em seu nome, no sistema de mediação, de natureza não adversarial, cooperativa, em que as partes são chamadas a conduzir e decidir o processo, ele é, basicamente, assistente e consultor, avaliando as questões e condições técnicas para as quais está preparado, devendo assumir uma postura cooperativa no sentido de auxiliar no alcance dos objetivos das partes e da mediação”.

Atos autocompositivos unilaterais

Como já referido, os atos autocompositivos unilaterais, previstos no CPC/2015, são os de (i) renúncia, (ii) desistência e (iii) reconhecimento do pedido.

O art. 90 do CPC/2015 prevê, no *caput*, que como regra “as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu”. Quando ocorrer de forma parcial “a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu”, nos termos do §1º do citado dispositivo.

Como regra da Parte Geral do CPC/2015, quando ocorre o *reconhecimento do pedido* pelo réu, se cumprido de modo simultâneo a prestação reconhecida, é devido a diminuição pela metade dos valores à título de honorários advocatícios (§ 4º, at. 90 do CPC/2015). Na ação de execução, o adimplemento voluntário em três dias tem essa mesma consequência, nos termos do art. 827, §1º, do CPC/2015.

Na *ação monitoria*, procedimento especial previsto no Diploma Processual Cível, verifica-se que o estímulo à autocomposição dar-se pela isenção de custas processuais se a parte requerida cumprir o mandado no prazo.

Em processos de jurisdição voluntária, como o de *restauração dos autos*, também nota-se o incentivo à autocomposição, uma vez que o procedimento torna-se mais célere quando, nos termos do art. 714, §1º, os autos restaurados a partir das cópias fornecidas pelas partes serão lavrados, firmado pelas partes e ao juiz caberá sua homologação. Desta feita, é suprido os autos que foram perdidos.²⁰

²⁰ É válido destacar a importância da cooperação para tal procedimento, uma vez que caberá às partes e aos seus procuradores e representantes, fornecer às cópias que possuam para reconstituir os autos do processo, tratando-se de um procedimento eminentemente cooperativo.

Mecanismos autocompositivos bilaterais

Os mecanismos autocompositivos bilaterais que serão neste trabalho abordados são (a) a mediação, (b) a conciliação e (c) a negociação. A Lei n.º 13.140/2015 e o Código de Processo Civil de 2015 adotaram técnicas distintas para identificar o conteúdo da mediação, pois, enquanto a Lei de Mediação buscou defini-la no parágrafo único do art. 1º, o CPC/2015 descreveu o papel do mediador no §3º do art. 165, distinguindo-o do conciliador, descrito no §2º do mesmo dispositivo. Tais modalidades de autocomposição se distinguem da negociação, pois essa, ao contrário daquelas, não tem a presença de um terceiro neutro atuando na composição do conflito.

Antes de adentrar-se nos mecanismos e atos, quadra salientar-se que o art. 90, do CPC/2015, no § 2º, dispõe que “Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente”. E ainda, caso as partes transacionem em momento anterior à prolação da sentença, dispensa-se o pagamento das eventuais custas remanescentes. Verifica-se mais uma norma de incentivo à autocomposição entre as partes.

A primeira mudança a ser destacada, relativa aos mecanismos bilaterais, prevista no procedimento comum e subsidiariamente aplicada aos procedimentos especiais, é a previsão da audiência de mediação ou conciliação²¹ do art. 334 do CPC/2015. O legislador, responsável por estabelecer as normas gerais para o rito processual, estabeleceu a obrigatoriedade, como regra de marcar-se uma audiência de conciliação ou de mediação, preliminar à contestação. E ainda, previu que a ausência injustificada das partes, na audiência conciliatória, deve ser sancionada

²¹ Sendo imperioso conceituar tais mecanismos, na esteira de Abelha Rodrigues (2017, 138) a mediação pode ser conceituada como um tratamento autocompositivos de conflitos pela qual um terceiro imparcial “[...] se coloca no meio dos contendores, como forma de facilitar o diálogo e permitir que as soluções e composições ditadas pelas partes sejam compreendidas e aceitas”; a conciliação, a seu turno, é conceituada como “técnica onde o mediador atua de forma mais ativa, não apenas facilitando o entrosamento das partes, mas intervindo e atuando no sentido de apresentar soluções para composição do conflito”.

com aplicação de multa, constituindo ato atentatório à dignidade da justiça (Art. 334, §8º).

De tal modo, como as partes não podem preterir sua presença na audiência,²² o magistrado tampouco dispõe da possibilidade de deixar de designá-la, salvo quando expressamente autorizado para tanto, nos casos previstos pelo §4º, do art. 334. A designação da audiência não é uma faculdade do magistrado, de modo que se impõe a sua designação.

No presente estudo, entende-se, que “*a busca por processos e mecanismos construtivos*” (conforme citado no tópico 2.3) é a perspectiva, na qual se ancora a previsão do art. 334 do CPC/15. Pois se pretende que audiência preambular possibilite a pacificação social pela via autocompositiva, antes da apresentação da contestação, tendo em vista que a contestação poderia acentuar o conflito, potencializando-se a chamada espiral do conflito.

Por isso, mesmo sendo possível a celebração de um acordo a qualquer momento do processo, a audiência prevista para essa finalidade deve ser designada, pois, pela perspectiva teórica adotada, ela potencializa a autocomposição, por prevenir a escalada do conflito.

Note-se que há duas importantes diferenças entre a audiência do procedimento comum e do procedimento de família, uma que a adequada exegese dos artigos 693 a 699 do CPC/2015, impõe a conclusão que a audiência de mediação é obrigatória, não comportando as exceções do §4 do art. 334. Ademais, no procedimento de família, a contrafé não acompanha a petição inicial, nos termos do art. 695, *caput* e §1º, com o escopo de evitar que a leitura da peça vestibular, pela parte requerida, provoque uma maior indisposição para a resolução consensual do conflito. Um dos fatores dos quais se pode perceber o sentido da norma, é em razão da conduta dos advogados, impregnados pela cultura heterocompositiva, que ao expressar os fatos e direitos, na busca da satisfação dos interesses de seu cliente, utilizam uma linguagem que pode transtornar a outra parte.

²² É válido ressaltarmos, neste ponto, que não há qualquer violação à autonomia da vontade (um dos princípios fundamentais dos mecanismos consensuais de conflitos) a obrigatoriedade de comparecimento na audiência, tendo em vista que a lei obriga o comparecimento ao ato procedimental e não a celebração do acordo.

Assim, a postura dos advogados e defensores, ao seu turno, deve se adequar ao mecanismo, não agindo de modo a prejudicar a composição do conflito pelas partes, mas desenvolver uma postura de cooperação para a autocomposição do conflito.²³

Tanto nas ações envolvendo conflitos de família, quanto nas ações que são dirigidas pelo procedimento comum, a audiência preambular à contestação poderá ser dividida em diversas sessões (art. 334, §2º e art. 696, ambos do CPC/2015). Prevê-se, ainda, expressamente nas ações de família, que “a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar” (art. 694, parágrafo único). Entretanto, nada impede que no procedimento comum, ou em outros procedimentos especiais, as partes convençam a suspensão do processo, nos termos do art. 313, inc. II do CPC/2015, a fim de que o conflito seja submetido aos mecanismos extrajudiciais mencionados.

Também é importante destacar o papel do oficial de justiça, ao qual, nos termos do art. 154, VI, incumbe “certificar, em mandado, proposta de autocomposição apresentada por qualquer das partes, na ocasião de realização de ato de comunicação que lhe couber”. Trata-se de uma inovação em matéria do Diploma Processual Civil, que não encontra correspondente no CPC/73.

O termo “partes”, neste dispositivo, deve ser interpretado não somente as pessoas em litígio, mas também seus representantes conferidos de poder para transigir. Outra observação importante é que o oficial de justiça deveria comunicar essa possibilidade às partes, no momento da realização do ato de comunicação, tendo em vista que a população em geral desconhece tal possibilidade, assim, importante a informação por

²³ Gabriela Assmar e Débora Pinho (2016, p. 601), afirmam que “quando advogados chegam adequadamente preparados e colaborativos para a sessão de mediação, esse trabalho tem mais chances de evoluir e chegar a um desfecho esperado por todos: o acordo. Mesmo se não houver acordo, a mediação terá cumprido seu papel se a tensão entre as partes for ao menos reduzida, na ocasião ou futuramente, e a compreensão sobre os elementos negociáveis for ampliada”.

parte do oficial de justiça àquele que está sendo comunicado, de modo a evitar que o desconhecimento dessa regra a faça cair em desuso.²⁴

O parágrafo único, do mencionado artigo, prescreve, ainda, que “Certificada a proposta de autocomposição prevista no inciso VI, o juiz ordenará a intimação da parte contrária para manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sem prejuízo do andamento regular do processo, entendendo-se o silêncio como recusa”.

No que tange ao inventário e partilha também há que se observar a possibilidade de autocomposição. A principal referência a ser feita, no curso de um processo judicial de inventário e partilha, é a previsão do art. 655, “O inventário processar-se-á também na forma do art. 664, ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público”. O art. 664, diz respeito ao inventário por arrolamento, procedimento menos complexo que o procedimento geral de inventário e partilha.

Ainda que não se insere no curso judicial, como vêm sendo o objeto de análise deste trabalho, é válido destacar a possibilidade de inventário e partilha extrajudicial, nos termos do art. 610, § 1º. Desse modo, imperioso o papel do advogado no estímulo à autocomposição em ações de direito sucessório, visto que a complexidade do procedimento de inventário e partilha, frente a realidade do mundo social contemporâneo, torna eminentemente difícil que o processo heterocompositivo culmine com uma tutela adequada, efetiva e tempestiva.

²⁴ Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas (2016, p. 79), em entendimento semelhante, apontam que: “Não resta dúvida que no cumprimento do mister, o oficial de justiça deverá ter postura ativa, para que proativamente provoque a parte a *voluntariamente* oferecer a proposta, a qual muito dificilmente seria feita de maneira *espontânea*. Na verdade, estará o oficial de justiça esclarecendo um direito que é conferido à parte pela legislação, sendo oportuno, inclusive, que tal possibilidade conste no mandado, otimizando o labor do dito auxiliar da justiça”.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que o CPC/2015 apresenta diferenças substanciais em relação ao diploma que lhe antecedeu, pois esse previa a tentativa de autocomposição após os litigantes já se terem se utilizado de seus principais instrumentos de ataque, ou seja, apenas em momento posterior ao próprio processo agravar o conflito.

O CPC/2015, de maneira diversa, antecipou a tentativa de autocomposição e criou diversos outros mecanismos de estímulo à solução consensual do conflito, os quais somente poderão atingir as suas máximas efetividades se os atores processuais compreenderem a lógica distinta que ilumina esses mecanismos.

REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ASSMAR, Gabriela; PINHO, Débora. Mediação Privada: um mercado em formação. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.9 - JUSTIÇA MULTIPORTAS Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1.ed.Salvador: JusPodivm, 2016, v. 9, p. 589-606.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 6. ed. Brasília. DF:CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- CARLOS, Helio Antunes. A atuação da defensoria no tratamento extrajudicial de conflitos de família: estudo de campo realizado na Defensoria Pública do estado do Espírito Santo no Núcleo de

- Serra/ES. In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2017. p. 530-544. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. (Org.). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- DEUTSCH, Morton. The resolution of conflict: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973. Pp. 1-32; 349-400. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes. “A Resolução do Conflito” In Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol 3 / André Gomma de Azevedo (Org.) – Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>>. Acesso em: 25 mar. 2018.
- DE LORENCI, Matheus Belei Silva; SILVA, Renan Sena; DUTRA, Vinícius Belo. “Justiça multiportas”: a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2017. p. 530-544. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In.: Revista de Processo. V. 198, p. 213, ago./ 2011.
- DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos.

In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.9 - JUSTIÇA MULTIPORTAS: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1.ed.Salvador: JusPodivm, 2016, v. 9, p. 35-66.

JOBIM, Marco Félix. Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. Justiça em números 2017. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros)>. Acesso em 30 abr. 2018.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS, v. 10, n. 3, 2015. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58879/36261>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.9 - JUSTIÇA MULTIPORTAS: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 9, p. 67-90.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória' do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In.: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Doutrina Seleccionada: parte geral. Salvador: Juspodivm, v. 1, p. 35-63, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A Audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.9 - JUSTIÇA MULTIPORTAS: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 9, p. 109-140.

- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In.: Revista de Processo. V. 194, p. 55, abr./ 2011.
- MOUSSALLEM, Tárek Moyses; ANDRADE, Osvaldo Lucas. A modernidade e a evolução do conceito de ação: do praxismo ao formalismo valorativo - uma visão histórico-ideológica. In. Hermes Zaneti Jr. (Org.). Cadernos de Direito Processual, v. 2. Teoria Geral do Processo Civil Constitucionalizado. Vitória: PPGDIR-UFES, 2008.
- MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de medição. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7, p. 339-361.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7 p. 17-38.
- ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

HIPÓTESES DE CONCILIAÇÃO ENTRE PARADIGMAS DO SISTEMA MULTIPORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA E A LEI Nº 11.340/06 – LEI MARIA DA PENHA

Betânia Teodora Andrade da Silva¹

Caroline Bolsoni Ribeiro²

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 deu novo fôlego às discussões sobre autocomposição e métodos não adjudicatórios de resolução de conflitos. Observa-se ampla discussão sobre a busca de um novo paradigma para a garantia de direitos, que carecem de efetividade no modelo atual.

Nesse cenário, encontra-se o desenvolvimento do formalismo-valorativo, com a proposição que o processo seja ambiente de construção do direito. Nessa perspectiva, a mediação, a conciliação e a arbitragem, antes consideradas métodos alternativos de contenção da litigiosidade, ganharam o relevo de mecanismos garantidores de acesso à justiça, consolidados pela importação do Sistema Multiportas para o direito pátrio.

De fato, no ambiente proposto pelo Código de Processo Civil de 2015, a solução consensual de litígios deve ser a preferida, já que seu resultado se mostra, *a priori*, mais satisfatório às partes envolvidas.

Contudo, a investigação proposta é sobre os limites da utilização desses institutos. A doutrina ventila a hipótese de aplicação do Tribunal

¹ Aluna regular do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) a nível de mestrado acadêmico. Contato: betteodora@gmail.com.

² Aluna regular do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) a nível de mestrado acadêmico. Contato: c.bolsoniribeiro@gmail.com.

Multiportas na resolução de conflitos de natureza cível relacionados aos crimes de violência contra a mulher, que encontram como instrumento repressor a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

Essas ofensas, que são originadas na construção cultural de gêneros na sociedade, revelam um caráter de falta de reconhecimento do agressor pela vítima, no sentido utilizado pela Teoria Crítica de Axel Honneth, evidenciando a fragilidade das possibilidades de diálogo.

A tese de Honneth trará embasamento teórico para a compreensão da relação entre vítima e agressor e os elementos que devem ser observados na exposição dessas partes, vez que o reconhecimento social é intersubjetivo e dialético.

Desse modo, o trabalho propõe-se a debater se há a possibilidade de harmonizar os princípios de proteção que regem a Lei Maria da Penha e o modelo de acesso à justiça proposto pelo Tribunal Multiportas.

PARADIGMAS DO NOVO PROCESSO CIVIL

Acolhendo a premissa majoritária de entendimento do Direito como fato social, afirmamos que este ingressa no mundo como um fenômeno verificável, portanto, um fato social que “não é permanente no tempo e além disso varia de povo para povo” (VIEIRA, 1988, p. 45). Não diferentemente, a ciência processual como arcabouço procedimental destinado a tornar realizável o exercício do direito de ação, passa por um processo de evolução e desenvolvimento junto ao próprio desenrolar das noções de direito na sociedade em que se opera.

O *praxismo*, de acordo com Daniel Mitidiero (2005, p. 17-21) representa a fase de nascituro da história do processo civil brasileiro onde a existência deste era vista por uma lógica fungível com o próprio direito.

Sendo seguido pelo *processualismo*, ocorre a desagregação do processo que o torna um ramo autônomo em relação ao direito substantivo. Sucedido pelo *instrumentalismo* que, fixado nessa diferenciação entre o direito substantivo e processual, afasta o processualismo a partir da

“inauguração da preocupação dos intérpretes com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o ideal de justiça” (MADUREIRA, 2017, p. 23) que, por sua vez cedeu lugar, na contemporaneidade para o *formalismo-valorativo* ou quarta fase metodológica do direito processual³.

O Código de Processo Civil de 2015 - Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015- , embora não seja responsável pela criação da quarta-fase processual – segundo a classificação de Mitidiero, foi adotado pelo legislador através da inserção de institutos que superam as visões preexistentes sobre processo e inauguram uma prática de reconstrução da norma jurídica pelo julgador onde a compreensão desta conduzirá à realização prática de seus efeitos em um processo essencialmente dialógico (MADUREIRA, 2017, p. 31).

O formalismo-valorativo elege o processo como técnica adequada para conter o arbítrio dos julgadores tornando-o ambiente propício à recriação do direito nos limites da interpretação justa, passando a ser o local propício à construção do direito.

Nas palavras de Cláudio Madureira (2017, p. 62):

Disso resulta que as decisões jurídicas proferidas no processo não se encontram legitimadas, sob o ponto de vista democrático, pela tão só circunstância de aplicarem textos normativos previamente aprovados pelo Parlamento, onde se reúnem os representantes eleitos pelo povo; necessitando, assim, legitimar-se também no contexto em que são produzidas; o que impõe a atuação de julgadores que sejam paritários no diálogo e assimétricos apenas na decisão, que além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do direito, fomente as condições necessárias a que as partes reconheçam a justeza da decisão prolatada.

³ Inicialmente Daniel Mitidiero sugeriu a divisão das fases processuais em *praxismo*, *processualismo* e *formalismo valorativo*, MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17-21. Entretanto, em obra posterior, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e ético*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, o autor retificou seu posicionamento adotando o formalismo-valorativo como sucessor do instrumentalismo.

Neste sentido, optou o legislador pela adoção de mecanismos aptos a validar os ideais incorporados pelo novo modelo processual brasileiro com o objetivo de possibilitar não somente a primazia da decisão de mérito, mas sua edificação consensual através da participação ativa dos envolvidos, com vistas à maior satisfação popular, acentuar a legitimidade das decisões nesses moldes construídas e possibilitar acesso a uma ordem jurídica justa.

O legislador processual deixou claro que a prolação de uma decisão de mérito por integrantes do Poder Judiciário não é o único caminho para a realização desse objetivo.

Pelo fomento às alternativas de contenção de litigiosidade elevou a conciliação, mediação e arbitragem do patamar alternativo – como entendia o Código de Processo Civil de 1973 - para *status* de porta principal para acesso ao Poder Judiciário, inclusive, prevendo legalmente que será a solução consensual preferida frente a outros métodos (artigo 3º, parágrafo 2º, CPC/2015) para que os litigantes obtenham, quando necessário, “através do procedimento institucionalizado, a realização dos direitos e da justiça”, buscando-se superar a prevalência enraizada da aceitação ao método adjudicatório.

Cabe ressaltar que a aceção de “alternativo” frente ao Código de 2015 denota que o Poder Judiciário oferece a possibilidade de escolha entre vários métodos consensuais que, lembra-se, preferem ao método adjudicatório e devem ser fomentados como forma primária da resolução dos conflitos. Ao contrário, o Código de 1973 tratava a “alternatividade” com sentido diverso deste, entendendo que os métodos consensuais eram uma possibilidade frente ao método adjudicatório, que em regra prevalecia, sendo possível optar pelo consensual ainda que o procedimento não o estimulasse, o que criou uma grande carga valorativa à responsabilidade julgadora dos magistrados.

Dentro dessa perspectiva que se convencionou doutrinariamente chamar de *Tribunal Multiportas*, a oferta de diversas “portas” de acesso à resolução dos conflitos e não somente a solução adjudicatória institucionalizada.

Remete-se essa denominação ao modelo norte americano inaugurado pelo professor Frank Sander, da Escola de Direito da Universidade de Harvard, em um país que inaugurou a prática jurídica “em que os casos são encaminhados para o fórum mais adequado de resolução de acordo com as especificidades de cada disputa” (CRESPO, 2012, p. 18).

Frise-se que a adoção da nomenclatura não pode ser levada a cabo com o entendimento de se tratarem de institutos sinônimos, tendo que, entre a forma de instrumentalização entre esses países diverge significativamente embora o ideal seja convergente. Não será foco deste estudo delinear tais pontos, pelo corte metodológico adotado, nos atemos a apontar não serem institutos sinônimos.

A prática do modelo multiportas está revestido de uma carga social intensa frente às mazelas que se desenvolveram dentro do Poder Judiciário nos últimos anos, em especial no que diz respeito ao acesso à justiça, morosidade e efetividade, de modo que, a expectativa se concentra na possibilidade de sana-los através de “um modelo de organização judiciária multifacetária, que privilegia a adequação do conflito ao melhor método para sua resolução, rechaçando o protagonismo das vias judiciais ordinárias” (GONÇALVES, 2011,p. 157).

Ressalvado o apreço à resolução consensual dos conflitos, é de importância fundamental apontar que, coadunando com o exposto por Mariana Hernandez Crespo (2012, p. 19-20), consideramos fundamental aprender com a experiência, analisando academicamente e pragmaticamente o que funciona bem dentro desse sistema a fim de traçar o que pode ser aproveitado, levando em conta as peculiaridades de cada local e o contexto de cada caso.

Nas palavras de Sander (2012, p. 36) ao comentar sobre a experiência norte americana:

Tivemos de aprender ao divulgar a ideia no âmbito nacional e a mais ainda internacionalmente. **Trata-se de um conceito bastante flexível, mas não basta adotá-lo e transportá-lo para outro lugar, porque o clima e o contexto podem ser muito diferentes. Portanto, é preciso adaptar o conceito ao lugar** (grifo nosso).

Por essas razões o corte metodológico do presente trabalho se comprometeu à análise da viabilidade de se adotar o acesso à justiça por via multiportas nos casos cíveis decorrentes das ações penais que envolvem violência doméstica e que, conseqüentemente, são regidos pela Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”.

SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

Para analisar as perspectivas de aplicação do modelo multiportas à norma em tela, é imprescindível a compreensão do objeto de proteção da Lei nº 11.340/2006.

Seu artigo 5º qualifica que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” no âmbito do domicílio, da família ou de um relacionamento íntimo afetivo.

Essa descrição evidencia que o crime deve ser motivado pela construção cultural de gênero, que se mostra um conceito embasado em fatores externos à distinção biológica. Maria Amélia de Almeida Teles e Mônica de Melo fazem a seguinte ponderação sobre o tema:

A sociologia, a antropologia e outras ciências humanas lançaram mão da categoria gênero para demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram polos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependentes” (TELES e MELO, 2002, p. 16).

Nesse aspecto, é suporte para compreensão do fenômeno a Teoria Crítica de Axel Honneth (2003, p. 86), que, em *Luta por reconhecimento*,

estabelece dialeticidade do reconhecimento do indivíduo como condição para sua existência em sociedade, ao defender que “o homem⁴ é necessariamente reconhecido e é necessariamente reconhecente”.

No que tange à violência de gênero, é evidente a não identificação pelo agressor da vítima com sujeito integral dos rol de direitos estabelecidos aos ser humano. Assim, ausente essa percepção, ocorre a violação da dignidade do indivíduo. Em uma análise da obra de Friedrich Hegel, o autor explica a natureza da violência em sentido amplo:

É verdade que, como o crime de roubo, um sujeito é subtraído de início somente no direito à propriedade que lhe compete, mas ao mesmo tempo é atingido de tal modo que, como diz Hegel, ele é lesado como ‘pessoa’ em seu todo; pois, visto que até agora nos movemos ainda no nível da eticidade natural, no qual também a abstração do direito ‘não (tem) ainda em um mesmo universal sua realidade e estabilidade’, isto é, falta-lhe a força de imposição da autoridade pública, todo sujeito tem de se preocupar sozinho com a defesa de seus direitos e, por isso, é ameaçado em toda a sua identidade pelo furto (HONNETH, 2003, p. 53-54).

Essa premissa resulta em duas conclusões relevantes à exposição: a primeira é que a violência contra a mulher fundamenta-se no não reconhecimento do gênero masculino ao gênero feminino; a segunda é que cabe ao Estado, pelo seu dever de proteção aos tutelados, coibir e prevenir essas agressões.

De fato, a criação da Lei Maria da Penha é uma resposta estatal às reivindicações das mulher por igualdade material. Contudo, a possibilidade de efetivação da norma não pode ser olvidada nessa análise, já que a simples positivação do direito é obsoleta sem a garantia do acesso à justiça. Norberto Bobbio expõe o tema da seguinte forma:

Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema de sua realização não é filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É

⁴ Não obstante o tratamento dos gêneros pelo texto de forma específica, dado o conteúdo abordado, nesse trecho, Honneth utiliza a palavra ‘homem’ no sentido de ‘pessoa humana’, já que a obra citada não investiga diretamente a distinção de gêneros.

um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento na sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica (BOBBIO, 2004, p. 93-94).

Observa-se que parte do direito tutelado pela Lei nº 11.340/2006 está compreendido no campo de atuação do direito penal e processual penal, que por sua natureza, já propicia um maior afastamento entre vítima e agressor. Contudo, existem aspectos de natureza cível, como patrimônios, alimentos e guarda dos filhos, que são oriundos da relação afetiva entre os sujeitos.

Para essas discussões, a própria Lei Maria da Penha, em seu artigo 13, prevê a aplicação do Código de Processo Civil ao julgamento e execução de causas cíveis, desde que compatível com seus termos. Desse modo, a análise da coesão entre as duas normas afasta a incidência do CPC de plano.

Após a apresentação dos elementos em discussão, nos resta sopesar, na perspectiva do sistema multiportas, qual *porta*, dentre as múltiplas disponíveis no novo paradigma processual, será apta a garantir o acesso à justiça adequado às vítimas da violência contra a mulher, observando que o acesso à justiça deve ser compreendido com algo além do simples acesso à apreciação do Poder Judiciário, mas sim como o acesso a uma resposta satisfatória ao jurisdicionado que teve seu direito subjetivo lesionado.

Assim, guardadas as peculiaridades com que se revestem os litígios em questão, parte-se para a investigação de qual das portas propostas na perspectiva formalista-valorativa do processo civil garantirá a efetividade do direito discutido.

DISPOSIÇÕES DO PROCEDIMENTO NO ÂMBITO CÍVEL

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou a autocomposição como pontapé inicial a ser adotado nos processos submetidos ao judiciário, tendo em vista que, esta “é a solução altruística do litígio.

Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social” (DIDIER, 2015, p. 165). Para tal, determina em seu artigo 334 que “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação”.

Tendo em vista as peculiaridades de cada método, esclarece na letra do artigo 165 que:

§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Portanto, a existência ou não de vínculo entre as partes é a característica de maior realce na hora de promover a escolha entre um método ou outro, o que nos direciona a uma leitura conjunta ao o artigo 5º da lei 11.340/2006 que dispõe claramente que a violência doméstica pressupõe prévia relação pessoal, de forma que, a mediação se mostra o método mais adequado a ser aplicado, vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A arbitragem, apenas com fins de esclarecimento é de plano descartada, em decorrência de sua natureza eminentemente contratual, em que as partes escolhem um terceiro estranho ao acontecimento e externo ao Poder Judiciário para que eleja e imponha a melhor solução para o conflito, de forma que, é usada como “um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado, ou autorizados pelos litigante” (BARROCAS, 2004, p. 41).

Superada a escolha do método, levanta-se alguns questionamentos acerca dos procedimentos adotados pelo legislador dentro do processo como um todo no que tange à adequabilidade de uso frente às peculiaridades das lides envolvendo violência doméstica.

Seguindo a análise do artigo 334 o legislador elencou, em seu parágrafo 4º incisos I e II, respectivamente, duas possibilidades de não realização da audiência: “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” ou “quando não se admitir a autocomposição” do direito em questão, o que geralmente não ocorre nas lides cíveis decorrentes de violência doméstica, como alimentos, guarda, divórcio, divisão de bens, entre outros, que quando indisponíveis apresentam a possibilidade de autocomposição.

Portanto, seguindo a interpretação da letra do artigo, entende-se que a audiência será dispensada pelo juiz de plano quando não for possível a autocomposição ou apenas quando ambas as partes concordarem com a sua não realização, frise-se, é necessário que ambas as partes concordem com a dispensa da audiência, de forma que, se a vítima de violência doméstica em uma relação cível, declara sua vontade unilateral para a dispensa da audiência, fica refém da vontade do agressor para que esta de fato não ocorra.

Concordamos que “seria um despropósito impor a conciliação e mediação, quando as partes de manifestarem em sentido contrário” (WAMBIER [et al.], 2015, p. 571), contudo, seria justo impor à vítima

a audiência de mediação quando está já está suficientemente fragilizada com os fatos que até ali a conduziram? Pior, por vezes a insistência na realização da audiência poderá configurar mero capricho do agressor, de forma que, não nos parece razoável que na análise em questão, seja imposto o comparecimento da vítima sob pena de aplicação da multa de 2% da vantagem econômica pretendida prevista no parágrafo 8º do artigo 334 do Código de Processo Civil, que, por sinal, a letra da lei faz referência apenas à conciliação e não mediação.

Mais uma vez usamos a legislação especializada para demonstrar que se mostra razoável a flexibilização do procedimento para relativizar a obrigatoriedade do comparecimento da vítima, até mesmo como forma de atender o cumprimento de possível medida protetiva existente ainda que o legislador tenha trazido a possibilidade de a parte “constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir” – artigo 334, parágrafo 10º.

A Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 que dispõe sobre a mediação traz no artigo 2º, parágrafo 2º que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”, ademais, cumpre transportar a garantia de não revitimização, trazida pela Lei Maria da Penha que ao definir a atuação da autoridade policial reservou à vítima “a garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas”.

Não contrário aos posicionamentos aqui defendidos, já é possível encontrar magistrados que na prática corroboram com o quanto exposto, como entendeu em 2016 o Desembargador José Carlos Ferreira Alves, da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) na concessão de uma liminar sob pedido da Defensoria Pública Estadual contra decisão de primeiro grau que determinou a realização da audiência mesmo com expressa manifestação contrária da vítima, sustentando que “ao menos em princípio, não se mostra plausível obrigar a autora a comparecer à audiência de conciliação e encontrar o réu, se alega ser vítima de violência doméstica por ele praticada”.

A Defensora do caso, Vanessa Chalegre França da 9ª Defensoria de Itaquera, sustenta que “o fato de colocar as partes frente a frente revitimiza a mulher em situação de violência doméstica e familiar ou pode, até mesmo, colocar a mulher em risco, nos casos em que há perigo de que novas violências aconteçam”, além de que este tipo de posicionamento impositivo prejudicaria o cumprimento da medida protetiva, conforme matéria veiculada em mídia digital no site “JOTA” por Mariana Muniz (2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, acredita-se que a maior análise a ser promovida pela aplicação do Tribunal Multiportas na resolução de conflitos incidentes da violência contra a mulher é a questão do tratamento respeitoso à vítima, evitando deixá-la novamente em uma situação vulnerável diante de seu agressor.

Ao confrontar a inovação legislativa promovida pelo Código de Processo Civil de 2015 sobre a autocomposição à luz da escola do formalismo-valorativo, observa-se a necessidade de compreensão dos institutos introduzidos em conformidade com a discussão proposta.

Desse modo, o primeiro aspecto a ser destacado é o método adequado dentre os elencados pela legislação em análise. A mediação, que seria utilizada em situações nas quais há uma relação prévia entre as partes, conforme expõe o artigo 165, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, parece ser o método possível, vez que o mesmo artigo 165, em seu parágrafo 1º, estabelece que a conciliação seria adequada às situações em que não há relação pretérita entre as partes e arbitragem possui um caráter demasiado negocial para um relacionamento já desgastado pela violência.

Outro aspecto que se destaca na discussão é o supracitado artigo 334, parágrafo 4º, incisos I e II, que impõe a necessidade de as duas partes concordarem na não realização da audiência de autocomposição no âmbito de processos judiciais. Essa imposição mostra-se pertinente em algumas

espécies de demanda, mas pode ser um instrumento de fragilização da vítima pelo agressor, dentro da perspectiva de não reconhecimento daquela como uma titular dos mesmos direitos subjetivos por este.

Deve ser observado que a própria Lei Maria da Penha dispõe, em seu artigo 14, sobre a possível criação de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que receberia a competência cível e criminal para julgamentos sobre as matérias relacionadas. Apesar da não implementação dessa norma, deve ser notado que o legislador reconheceu a importância da existência de um órgão com uma atuação sensível diante dos casos de violência de gênero e que prestaria assistência associada a uma equipe multidisciplinar das áreas psicossocial, jurídica e de saúde, conforme complementação do artigo 29.

Nesse diapasão, diante da impossibilidade técnica da criação desses órgãos, é necessário que o Poder Judiciário se empenhe em oferecer um ambiente mais próximo possível da idealização do legislador, a fim de garantir uma proteção adequada à vítima. Isso significa, por vezes, o afastamento justificado das técnicas processuais pelo juízo cível.

O que se propõe é a flexibilização da obrigatoriedade da vítima confrontar seu agressor em um ambiente de exposição das partes, como é o caso da autocomposição, quando essa expressamente não for sua vontade, sem a aplicação das penalidades previstas em lei. Essa situação se agrava nos casos em que já foram estabelecidas pelo juízo criminal medidas protetivas à vítima, havendo evidência que o relacionamento abusivo é contínuo.

Desse modo, reitera-se o avanço que as técnicas de resolução de conflitos representadas pelo Sistema Multiportas trouxeram ao direito brasileiro, mas se propõe que sua aplicação nos litígios envolvendo vítimas de violência de gênero e seus agressores deve ser discricionária, a fim de preservar a parte hipossuficiente da relação fática.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
Tradução de: Regina Lyra.
- BRASIL. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, 2006.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 2015
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabis, 1988. Tradução de: Elle Gracie Northfleet.
- CRESPO, Mariana Hernandez. A palavra da UST International ADR Research Network. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.) Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.
- DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento 17. ed. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. Tribunais multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e a razoável duração dos processos. Dissertação (Mestrado) – UENP, Jacarezinho, 2011. p. 158. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/doc-propg/pos-graduacao/stricto-sensu-mestrado-e-doutorado/pos-graduacao-direito/teses-e-dissertacoes/dissertacoes-defendidas-1/1912-vinicius-jose-correa-goncalves/file>>. Acesso em 08 de junho de 2018.
- HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. Tradução de: Luiz Repa.
- _____. O direito da liberdade. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Editora Martins Fontes - selo Martins, 2016.
- _____. Sofrimento de indeterminação: Uma reatualização da filosofia do direito de Hegel. Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Ed. esfera Pública, 2007.

- MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MELO, Rúrion Soares (Org.). A Teoria Crítica de Axel Honneth: Reconhecimento, Liberdade e Justiça. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- _____. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- MUNIZ, Mariana. Em caso de violência doméstica não cabe audiência de conciliação, diz TJSP. Jota Info, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/consenso/em-caso-de-violencia-domestica-nao-cabe-audiencia-de-conciliacao-diz-tj-sp-20072016>> . Acesso em 08 de junho de 2018.
- NOBRE, M. (Org.). Curso Livre de Teoria Crítica. São Paulo: Ed. Papirus, 2008.
- TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. O que é violência contra a mulher. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- SANDER, Frank. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.) Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.
- VIEIRA, José Carlos. O Direito como fato social. Semina. ed. 9. 1988
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier et al. (Org.). Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AUTOCOMPOSIÇÃO, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO REGIME DO CPC-2015: ESFORÇO TEÓRICO DE SISTEMATIZAÇÃO DOS CONCEITOS

Claudio Penedo Madureira¹

Aline Simonelli Moreira²

Aline de Magalhães Grafanassi Moreira³

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 concebeu diversas “portas” para o acesso à justiça, que abarcam métodos heterocompositivos (jurisdição e arbitragem) e autocompositivos, adotando, assim, o que em doutrina convencionou de Tribunal Multiportas.

No ponto, o legislador processual inovou ao conferir aos métodos autocompositivos tratamento normativo substancialmente distinto do regramento que orientava a celebração de acordos anteriormente à sua edição. É que enquanto no regime processual pretérito a expressão *conciliação* era empregada como sinônimo de *acordos*, agora, com a edição do novo código, a resolução de litígios por acordos passou a ser designada simplesmente como *autocomposição*, num contexto em que a *conciliação* e *amediação* se qualificam como técnicas para a obtenção da reconciliação entre as partes (autocomposição).

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFES, Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado. E-mail: madureira.fmr@gmail.com.

² Mestranda em Direito Processual na UFES. E-mail: alinesimonelli@gmail.com.

³ Mestranda em Direito Processual na UFES. E-mail: aline@grmo.com.br.

O objetivo deste trabalho é **procurar** descrever e sistematizar esses conceitos no plano da Ciência, com o propósito de contribuir, em alguma medida, para uma melhor operacionalização prática dos métodos autocompositivos no Novo Processo Civil Brasileiro.

GÊNESE DO CONCEITO DO TRIBUNAL MULTIPORTAS

Vinícius José Corrêa Gonçalves (2016, p. 157-158) leciona que “a ideia dos *Multi-door Courthouses* surgiu no ano de 1976 em Washington, numa conferência denominada *Pound Conference*, que foi patrocinada pela *American Bar Association (ABA)*, por órgãos estatais e pelos presidentes de tribunais norte-americanos”, mais especificamente no discurso de Frank Sander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, que “vislumbrou o surgimento de um tribunal [...] com uma série de portas rotuladas separadamente, de acordo com o tipo de método de resolução de conflito”, ou de “um modelo de organização judiciária multifacetária, que privilegia a adequação do conflito ao melhor método para sua resolução, rechaçando o protagonismo das vias judiciais ordinárias”⁴.

Esse professor norte-americano participou, no Brasil, de iniciativa conjunta da Fundação Getúlio Vargas e da Universidade de Saint Thomas, que teve por finalidade apresentar pesquisa realizada pelo *International ADR Research Network*, programa dessa universidade norte-americana que tem à frente a professora Mariana Hernandez Crespo, que se destinou examinar o Tribunal Multiportas como instrumento capaz de contribuir para a ampliação do acesso à justiça, o aprimoramento do sistema de resolução de conflitos no Brasil e a consequente redução de processos judiciais (GUERRA, 2012. p. 07). Dessa iniciativa resultou a publicação, no ano de 2012, da obra “Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil” (ALMEIDA, 2012). Consta dessa publicação diálogo mantido entre Sander e Crespo, que é muito esclarecedor sobre a gênese da ideia subjacente à instituição

⁴ Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 86-89.

de Tribunais Multiportas como forma de possibilitar a realização dos direitos e da justiça.

Nessa oportunidade, Mariana Hernandez Crespo pediu a Frank Sander que explicitasse a “juízes, mediadores e especialistas em métodos alternativos” brasileiros “as origens do Tribunal Multiportas e os seus diversos aspectos” (ALMEIDA, 2012. p. 30). A esse questionamento, Sander respondeu:

[...] Tomei conhecimento desse conceito de Tribunal Multiportas quase que por acaso. Encontrava-me em período sabático com minha família na Suécia, em 1975, e estudava alguns aspectos do direito de família, que era a matéria que eu ensinava na época, juntamente com tributação e alguns cursos de resolução não conflitante de questões. Estava estudando as questões legais e os direitos dos casais não casados que viviam juntos, o que se transformou em um assunto bastante palpitante. Naquela ocasião, queríamos saber as lições que a Suécia, que tinha grande experiência a respeito dos direitos jurídicos dos casais não casados, havia aprendido. Constatei, então, que eles não tinham aprendido muita coisa. Assim, comeci a pensar no trabalho que eu havia realizado até então, como costumam fazer as pessoas que estão longe de casa, em uma temporada sabática. Eu tinha feito alguns trabalhos extras com arbitragem, tinha certa experiência com conflitos familiares nos tribunais e fiquei surpreso com o trabalho pouco satisfatório dos tribunais na resolução dos conflitos familiares, e quão promissora se apresentava a arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas. Assim, anotei alguns pensamentos e os remeti para alguns de meus colegas na Faculdade de Direito de Harvard, solicitando seus comentários.

Sem que eu soubesse, um deles enviou o documento para um professor da Faculdade de Direito da Pensilvânia, que estava trabalhando com o Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren Burger, sobre a próxima *Pound Conference* em *St. Paul*, Minnesota. [...] Assim, quando voltei aos Estados Unidos, foi com surpresa que recebi um telegrama do Presidente da Suprema Corte, Warren Burger, pedindo que eu fosse a Washington para conversarmos sobre a apresentação de um documento sobre resolução de conflitos na *Pound Conference* de 1976. De início, achei aquilo um tanto despropositado, porque eu não tinha muita experiência e não me considerava uma autoridade no assunto. Mas acho que ele acabou me persuadindo e, embora eu de uma forma geral ache que as pessoas não devam dar palestras quando *convidadas*, e

sim quando estão *preparadas* para isso, pensei: ‘talvez eu deva aceitar’. Preparei-me rapidamente durante três meses, e então apresentei em St. Paul a palestra ‘Variedades do processamento de conflitos’. Acho que foi um exemplo típico de quem está no lugar certo na hora certa, porque as coisas começaram a acontecer depois dali (ALMEIDA, 2012. p. 30-32).

Crespo procura por a claro, ainda, a origem da expressão Tribunal Multiportas, observando, em referência a conversas anteriores que manteve com Sander, que ele havia lhe dito “que o Tribunal Multiportas não foi o nome original” (2008, p. 669). A essa provocação, Sander observou que “após aquela palestra na *Pound Conference*, no verão de 1976, uma das revistas da ABA (*American Bar Association* - Ordem dos Advogados dos Estados Unidos) publicou um artigo sobre essa conversa”, e que havia “na capa da revista, uma grande quantidade de portas, representando o Tribunal Multiportas” (ALMEIDA, 2012. p. 30). Sander afirmou, então, que “tinha dado um nome bem mais acadêmico: ‘centro abrangente de justiça’”, mas reconheceu que “muitas vezes o rótulo que se dá a uma ideia depende mais da divulgação e da popularidade dessa ideia”, e que por isso deve “à ABA esse nome de fácil assimilação: Tribunal Multiportas” (ALMEIDA, 2012. p. 30).

MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS JURÍDICOS

A técnica empregada pelo Código de Processo Civil de 2015 para enfrentamento do problema relativo às dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário para imprimir duração razoável ao processo foi fomentar a contenção da litigiosidade das partes⁵. Essa opção político-legislativa é coerente com a percepção, no plano da Ciência, “da grave crise que afeta a nossa Justiça, em termos principalmente de *morosidade*, *efetividade* e *adequação de suas soluções*”, que tem entre as suas causas, como acentua Kazuo Watanabe (2012, p. 87), “a adoção pelo nosso Judiciário, com quase exclusividade em todo o país, do método *adjudicatório* para a

⁵ A propósito, cf. MADUREIRA, 2017.

resolução dos conflitos a ele encaminhados”, isto é, de se privilegiar, no campo da aplicação do Direito, “solução dada autoritativamente, por meio de sentença, pela autoridade estatal, que é o juiz”.

Essa compreensão, aplicada ao conceito de Tribunais Multiportas, parece haver influenciado a conjugação, pelo legislador processual, de métodos heterocompositivos (heterocomposição) e autocompositivos (autocomposição) para induzir o acesso do jurisdicionado à justiça, que “não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes”, pois “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”, como advertiu Watanabe (1988, p. 128) em outro estudo. Fincada essa premissa, é importante compreender como interagem, no regime do código de 2015, esses métodos heterocompositivos e autocompositivos.

Heterocomposição

Francisco José Cahali expressa que “as principais formas heterocompositivas de solução de conflito são promovidas através do processo judicial, desenvolvido perante o Poder Judiciário, e pelos procedimentos realizados na arbitragem” (2015, p. 43). Consubstancia-se, então, uma *justiça estatal*, encarnada na jurisdição, e uma *justiça privada*, conduzida pelos árbitros e tribunais arbitrais.

Justiça Estatal

A Constituição da República estabelece, no inciso XXXV de seu 5º, que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. E adiante identifica como órgãos do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e, bem assim, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 92).

Assim, a regra geral no regime jurídico brasileiro é que as partes, caso não tenham estipulado de modo diverso, conduzam suas contendas ao Poder Judiciário, portanto à justiça estatal.

Justiça Privada (Arbitragem)

Porém, o nosso ordenamento também prevê a resolução dos conflitos por meio da arbitragem. A uma porque temos uma lei nacional que a disciplina (Lei nº 9.307/1996), cujo artigo 1º estabelece, textualmente, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A duas porque o próprio Código de Processo Civil, que disciplina a atuação da justiça estatal, refere taxativamente à sua admissibilidade (art. 3º, p. 1º) e contém regras que possibilitam a interação não conflituosa entre juízes e árbitros no accertamento e satisfação dos direitos subjetivos, de que são exemplos o dispositivo que, em atenção ao atributo de confidencialidade da arbitragem, preserva segredo de justiça dos litígios que versem sobre arbitragem e, inclusive, sobre o cumprimento da carta arbitral (art. 189, V), o que impõe ao réu informar, em sua contestação, se as partes firmaram (ou não) convenção de arbitragem capaz de conduzir a contenda à justiça privada (art. 337, X) e específica, para que não haja conflitos entre a justiça estatal e a privada, que a sua inércia no particular conduz à aceitação da justiça estatal e a conseqüente renúncia ao juízo arbitral (art. 337, p. 6º), bem como aquele que situa entre as hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito a existência de convenção de arbitragem ou a circunstância de o juízo arbitral vir a reconhecer sua competência (art. 485, VII).

Nisso não reside contrariedade ao disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Carta de 1988, que designa, entre nós, o princípio do acesso à justiça. A propósito, basta ver que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da lei de arbitragem por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206. Na oportunidade, prevaleceu no Tribunal Constitucional o entendimento de que a

circunstância de arbitragem se instaurar mediante consentimento dos litigantes e se destinar à resolução de conflitos sobre direitos disponíveis (que admitem livre disposição pelos litigantes) não viola o acesso à justiça.

Note-se, pois, que o Excelso Pretório não afirmou, nesse julgamento, que a arbitragem encerra modalidade de jurisdição; o que não significa dizer, *contrario sensu*, que não se trata de jurisdição⁶. Seu raciocínio foi mais singelo. A arbitragem é viável, a despeito do que prescreve o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, porque aos litigantes é dado renunciar, por livre e espontânea vontade, à jurisdição estatal, desde que o façam com relação a direitos que admitem renúncia, qualificados pelo legislador como “direitos patrimoniais disponíveis” (Lei nº 9.307/1996, art. 1º).

Entretanto, mesmo que não se possa atribuir à arbitragem a conotação de jurisdição alternativa, é importante registrar que essa opção dos litigantes por não acionar a jurisdição estatal somente é possível porque conjugada à efetiva possibilidade da resolução da contenda por outro método heterocompositivo (arbitragem) e à possibilidade de condução ao Poder Judiciário de eventual questionamento de uma das partes sobre o cabimento (ou descabimento) da arbitragem⁷. Do contrário, ter-se-ia que admitir, a título de exemplo, a constitucionalidade de pactos que impeçam as partes de procurar solucionar toda e qualquer pretensão que possa vir a surgir como decorrência da sua execução, no que residiria, sem qualquer margem a dúvidas, contrariedade ao disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição. Enfim, o hipotético impedimento de o litigante vir a defender suas posições jurídicas perante a justiça estatal (porque fez

⁶ A definição sobre se a arbitragem se qualifica (ou não) como modalidade de jurisdição dependerá do conceito de jurisdição adotado porque quem se dispuser a enfrentar o tema. Trata-se, por certo, de discussão jurídica da maior relevância, mas cujo deslinde ultrapassa os objetivos deste tópico, em que me dedico tão somente a assentar que a arbitragem é admissível no Direito Brasileiro, porque não conflita com o princípio do amplo acesso à justiça, de que trata o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República.

⁷ Que resulta da opção político-normativa, positivada no artigo 7º da Lei da Arbitragem, por atribuir à parte o direito de ação com o escopo de fazer com que o juiz supra a assinatura da parte recalcitrante no compromisso arbitral, estatuinto sobre as regras necessárias à instauração da arbitragem, caso não tenham sido acordadas integralmente por ocasião da celebração da cláusula compromissória.

uma opção pela arbitragem) estaria compensado (ou substituído) pela submissão da mesma contenda à justiça privada, proporcionada, nos termos desse precedente do Supremo Tribunal Federal, pela assinatura da cláusula compromissória e pela efetiva possibilidade de o Poder Judiciário impor a realização de arbitragem à parte recalcitrante.

Diversamente do que se verifica na conciliação e na mediação, em que a resolução da contenda pressupõe uma decisão pessoal das partes (autocomposição), a arbitragem é método heterocompositivo, em que “aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes”.

Trata-se, ainda, conforme Cahali (CAHALI, 2015, p. 45), de “um método adversarial, no sentido de que a posição de uma das partes se contrapõe à da outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão”, num contexto em que “a decisão do árbitro se impõe às partes tal qual uma sentença judicial”, com a diferença de que “não foi proferida por integrante do Poder Judiciário”.

AUTOCOMPOSIÇÃO

Francisco José Cahali leciona que “as principais formas autocompositivas de solução de conflito são a negociação, a conciliação e a mediação” (2015, p. 43). Diferentemente do que ocorre na jurisdição e na arbitragem, métodos heterocompositivos que conferem a resolução do litígio a um terceiro, na autocomposição, “a solução da divergência é buscada pelos próprios envolvidos, de forma consensual, não imposta” (CAHALI, 2015, p. 44-45). Nesse contexto, “o terceiro, quando aqui comparece, funciona como um intermediário ou facilitador da aproximação e comunicação entre as partes” e atua de modo a orientar “a reflexão de cada qual sobre o conflito, sua origem e repercussões, para que estas, voluntariamente, cheguem a um consenso ou reequilíbrio da relação” (CAHALI, 2015, p. 45).

Cahali expressa que a autocomposição pode decorrer da *negociação*, da *conciliação* e da *mediação* (2015, p. 45). Na negociação, “as partes tentam resolver suas divergências diretamente”, ambiente em que “negociam com trocas de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam oportunidades e situações de conforto, exercitam a dialética”; tudo isso com o objetivo de obter autocomposição, que “deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes” (CAHALI, 2015, p. 45). Trata-se, pois, de “método exercido pelos próprios interessados”; mas que também pode ser promovido por terceiro, chamado negociador; embora esse terceiro não seja “um facilitador em benefício das partes, mas um representante de uma delas”, que em seu nome defenderá seus interesses (CAHALI, 2015, p. 45). Por ostentar essa peculiaridade, o legislador processual não a identificou, ao lado da conciliação e da mediação, como método que pode ser empregado pelo Poder Judiciário para induzir a autocomposição entre as partes. A *conciliação* e a *mediação*, por sua vez, “pressupõem a intervenção de um terceiro, imparcial”, que atuará como facilitador da composição entre os interessados, com função de “ajudar as partes a encontrar a melhor solução ao conflito (CAHALI, 2015, p. 45). E, por isso, o código de 2015 as colocou à disposição dos órgãos jurisdicionais para instrumentalizar a resolução dos litígios.

Conciliação

Conforme Cahali, a conciliação tem por objeto a resolução do problema, isto é, a obtenção de um acordo razoável às partes (2015, p. 45). O papel do conciliador é “mostrar às partes as vantagens de uma composição” e “criar ambiente propício para serem superadas as animosidades” (CAHALI, 2015, p. 46). Cumpre-lhe, como terceiro imparcial, “incentivar as partes a propor soluções que lhes sejam favoráveis” (CAHALI, 2015, p. 46). Ele “deve fazer propostas equilibradas e viáveis, exercendo, no limite do razoável, influência no convencimento dos interessados” (CAHALI, 2015, p. 46). Destarte, “a apresentação de

propostas e a finalidade de obter o acordo são [...] duas características fundamentais da conciliação” (CAHALI, 2015, p. 46).

A despeito disso, o conciliador deve permanecer, como acentua Aldemir Buitoni (2016), na superfície do conflito, evitando, assim, “adentrar nas relações intersubjetivas, nos fatores que desencadearam o litígio, focando mais as vantagens de um acordo onde cada um cede um pouco, para sair do problema”. Não lhe toca, portanto, “ir com maior profundidade nas questões subjetivas, emocionais, nos fatores que desencadearam o conflito, pois isso demandaria sair da esfera da dogmática jurídica, dos limites objetivos da controvérsia” (BUITONI, 2016).

Disso resulta a observação de Cahali quanto a ser a conciliação método “mais adequado à solução de conflitos objetivos, nos quais as partes não tiveram convivência ou vínculo pessoal anterior”, ou seja, de conflitos circunstanciais, em que não se tem a “perspectiva de gerar ou restabelecer uma relação continuada envolvendo as partes” (2015, p. 46).

Mediação

Como a conciliação, a mediação é instrumento “de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária”, no curso da qual “um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito” (CAHALI, 2015, p. 47). Acerca dela, Cahali acentua que compete ao mediador criar um ambiente propício à comunicação entre os mediados”, de maneira “que, aos poucos, emoções, mágoas, ressentimentos, frustrações ou outros sentimentos sejam superados para facilitar a escuta e respeito à posição do outro” (2015, p. 85).

Cahali expressa, ainda, que a mediação é método autocompositivo mais indicado para a resolução de conflitos entre partes que mantém “relação mais intensa e prolongada”, marcada “tanto por vínculos pessoais como jurídicos”; e que por isso tem “pertinência em situações em que será gerada para as partes, na solução do conflito, uma nova relação com

direitos e obrigações recíprocas, e, pois, com uma perspectiva de futura convivência que se espera que seja harmônica” (2015, p. 86).

Seu objetivo é, pois, segundo Fernanda Tartuce, propiciar que os próprios mediados “possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual”, pela via da apresentação de “um outro ângulo de análise aos envolvidos”, que lhes possibilite, “em vez de continuarem [...] enfocando suas posições, que “voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos” (2008, p. 208). Por isso, “o mediador não julga nem tão pouco concilia as partes, tarefas do árbitro e do conciliador respectivamente”, como leciona Fernanda Rocha Lourenço Levy (2088, p. 122). Sua atuação pode ser ativa ou passiva, conforme a linha de atuação adotada, sendo que, conforme Cahali, a linha ativa “determina ao mediador que apresente soluções ao conflito”, enquanto que “a passiva prega que ele restrinja-se a escutar, orientar e estimular os mediados a uma solução adequada”, contexto em que “não sugestiona [...] a tomada de decisões, ainda que tenha a percepção da melhor solução ao conflito” (2015, p. 85).

Distinção entre conciliação e mediação

Cintra, Grinover e Dinamarco lecionam que “a mediação assemelha-se à conciliação”, pois em ambas “os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito” (2007, p. 34). Procurando distingui-las, os autores observam que “a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto que a mediação trabalha o conflito, surgindo o acordo como mera consequência”; destacando, em arremate, tratar-se “mais de uma diferença de método”, em que “o resultado acaba sendo o mesmo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 34).

Cahali procura aprofundar-se nessa distinção, observando que o que diferencia a mediação da conciliação é que nela “haverá uma profunda investigação do terceiro sobre a inter-relação das partes e a origem do conflito”, o que faz com que a mediação costume se tornar

“um procedimento mais longo, em que, às vezes, são necessárias diversas sessões de mediação para que as partes consigam restabelecer o diálogo perdido” (2015, p. 47). Além disso, “o foco na mediação é o conflito, e não a solução”, enquanto que “na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito” (CAHALI, 2015, p. 85). Por fim, cumpre destacar o que Cahali designa como diferença fundamental entre a mediação e conciliação, que consiste na circunstância de o mediador não fazer propostas de acordo, apenas tenta “reaproximar as partes para que elas próprias consigam alcançar uma situação consensual de vantagem” (2015, p. 87).

Também o legislador processual procurou distingui-las, quando dispôs, reportando-se ao papel desempenhado no processo pelo conciliador e pelo mediador, que o primeiro (conciliador) “atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes”, contexto em que “poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” (art. 165, p. 2º), ao passo que o outro (mediador) “atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”, cumprindo-lhe auxiliar os “interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (art. 165, p. 3º).

Porém, não se pode perder de vista que, nos casos concretos, conforme a natureza do conflito (que pode ser objetiva ou subjetiva), e inclusive em razão das próprias características pessoais das partes envolvidas, “há uma *zona cinzenta*, e extensa, entre as situações em que se recomenda um ou outro método de solução”, como adverte Cahali (2015, p. 48-49). Por esse motivo, é responsabilidade do facilitador (conciliador/mediador), do juiz, do advogado ou de qualquer outra pessoa que oriente as partes a buscar a solução pacífica “saber identificar as peculiaridades do conflito para encaminhá-las ao meio de solução alternativa mais eficiente” (CAHALI, 2015, p. 49).

Nesse âmbito, cumpre-lhes, sempre que perceberem durante o desenvolvimento de uma dessas abordagens que o outro se mostra mais adequado a auxiliar na resolução da controvérsia, orientar a mudança ou a “utilização conjunta das técnicas de ambos os procedimentos, ou mesmo o encaminhamento a outro intermediário com as qualificações apropriadas ao melhor atendimento dos interessados” (CAHALI, 2015, p. 43).

DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE AUTOCOMPOSIÇÃO, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Descritos, nesses termos, a origem do Tribunal Multiportas adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 e os métodos de resolução de conflitos admitidos pelo legislador processual, cumpri distinguir, com base nesses conteúdos, a *autocomposição*, a *conciliação* e a *mediação*, com o propósito de procurar conferir a necessária sistematização a esses conceitos. O que ocorre é que, conforme observamos na introdução deste trabalho, o legislador processual conferiu novo tratamento normativo aos métodos autocompositivos: enquanto no regime processual pretérito a expressão *conciliação* era empregada como sinônimos de *acordo*, agora, com a edição do novo código, a resolução de litígios por acordos passou a ser designada simplesmente como *autocomposição*; num contexto em que a *conciliação* e a *mediação* se qualificam como técnicas para a obtenção da reconciliação entre as partes (autocomposição).

Diversos enunciados do Código de Processo Civil 1973 empregam a terminologia *conciliação*, sem, contudo, diferenciá-la dos demais métodos autocompositivos. Ao ensejo, cumpre referir, a título de exemplo, (i) que o seu art. 125, IV prescreve que compete ao juiz “tentar, a qualquer tempo, *conciliar* as partes”; (ii) que o seu art. 331, §§1º e 2º mencionam que, se obtida a *conciliação*, essa será reduzida a termo, e se não for obtida, haverá o saneamento do processo; (iii) que o parágrafo único do seu art. 447 prevê que “nas causas relativas à família, terá lugar igualmente a *conciliação*, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação; (iv)

que o seu art. 448 menciona que o juiz tentará *conciliar* as partes antes de iniciar à instrução; (v) que o seu art. 449 prevê que o *termo de conciliação* assinado pelas partes e homologado pelo juiz terá valor de sentença; e (vi) que o seu art. 277, §1º dispõe sobre a designação da audiência de *conciliação* no procedimento sumário e sua redução a termo e homologação por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por *conciliador*.

Esses dispositivos demonstram que, sob a égide do código de 1973, o termo *conciliação* foi empregado com um viés genérico, que abarcaria todo e qualquer acordo. Essa particularidade regime processual pretérito foi oportunamente anotada por Kazuo Watanabe, quando observou que o código de 1973, em diversas passagens, “adotou a conciliação sem distingui-la da mediação, mas está evidente que usou desse vocábulo na acepção geral e ampla, abrangente de ambos meios consensuais de solução de conflitos” (2012, p. 90).

Autocomposição como método de resolução de litígios por meio de acordos

Já no regime do código de 2015o legislador deixou de empregar a denominação *conciliação* como sinônimo de acordo, passando a adotar, em seu lugar, a expressão *autocomposição*; conforme se verifica, ainda exemplificativamente, (i) do seu art. 139, V, que prevê que incumbe ao juiz promover, a qualquer tempo, a *autocomposição*; (ii) do seu artigo 154, VI e parágrafo único, que dispõem que incumbe ao oficial de justiça certificar, em mandado, proposta de *autocomposição*; (iii) do seu art. 190, que prevê que “versando o processo sobre direitos que admitam *autocomposição*, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”; (iv) do seu art. 221, parágrafo único, que determina a suspensão dos prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a *autocomposição*.

Disso resulta que, no regime processual vigente, a *autocomposição* é método de resolução de litígios por meio de acordos.

Conciliação e mediação como técnicas a serem empregadas para a obtenção da autocomposição

Outra modificação introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015 foi a apresentação da *conciliação*, ao lado da *mediação*, como técnicas para a obtenção da reconciliação entre as partes (autocomposição). Talvez se infere, por exemplo, (i) do seu art. 1º, §3º, que prevê que “a *conciliação*, a *mediação* e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”; e do (ii) do seu art. 165, que prevê que “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de *conciliação* e *mediação* e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a *autocomposição*”.

Assim, o método *autocompositivo* pode ser aplicado, no regime do código de 2015, por meio de duas técnicas: a *conciliação* e a *mediação*.

CONCLUSÕES

Com essas considerações, esperamos haver induzido a compreensão de que, no regime do Código de Processo Civil de 2015, a autocomposição é método para resolução de litígios por meio de acordos, enquanto que a conciliação e a mediação são técnicas empregadas para a consecução desse objetivo. Não almejamos, contudo, apresentar respostas definitivas, ou construir única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que nos ocupamos. Não temos essa pretensão. Em especial porque, como certa feita expressou Ronald Dworkin (1999, p. 13) “quanto mais aprendemos sobre o Direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é incontestável”. Assim, damo-nos por satisfeitos se essas nossas observações sobre o tema puderem suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência, com reflexos positivos para a resolução das contendas suscitadas no campo da aplicação do Direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.
- ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 30.
- BITTONI, Aldemir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. Jus Navigandi, n. 2.707, ano XV, Teresina, Nov. 2010. Disponível na internet: <<https://jus.com.br/imprimir/17963/mediar-e-conciliar-as-diferencas-basicas>>. Acesso em 11/08/2016.
- CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.
- CRESPO, Mariana Hernandez. A dialogue between professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: exploring the evolution of the Multi-Door Courthouse. University of St. Thomas Law Journal, vol. 5:3, 2008, p. 669.
- DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GUERRA, Sérgio. A palavra da FGV Direito Rio – Centro de Justiça e Sociedade. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

- GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. Tribunais multiportas: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Dissertação de Mestrado. Jacarezinho/PR: UENP, 2011. Disponível na internet: <http://www.uenp.edu.br/index.php/relatorios-p-coord-de-cursos/doc_view/1912-vinicius-jose-correa-goncalves>; acesso em 01/07/2016.
- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.
- MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SANDER, Frank. The Pound Conference: perspectives on Justice in the future. Saint Paul: Leo Levin & Russell R. Wheeler, 1979.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.
- WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (Coord.). Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

PROPOSTA DE DESJUDICIALIZAÇÃO DO CPC/2015: A (IM)POSSIBILIDADE DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL DIANTE DA EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO

Rodrigo Maia Bachour¹

Bárbara Altoé Puppini²

Leily Vanea Medeiros Dornelas³

INTRODUÇÃO

Diante do cenário brasileiro de alta litigiosidade, o legislador processual precisou buscar meios para garantir ao jurisdicionado uma tutela adequada, tempestiva e eficiente. E mais, sendo o Poder Judiciário o garantidor da democracia constitucional, percebeu-se que ele não detém a exclusividade na solução dos conflitos.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) traz, como um de seus pilares, em seu artigo 3º,⁴ o dever e princípio do estímulo à solução consensual dos conflitos. Sua posição topográfica, situado na Parte Geral, Livro 1, Capítulo 1, intitulado ‘Das normas fundamentais do Processo Civil’, demonstra o alcance do dispositivo, capaz de atingir

¹ Mestrando em Direito Processual pela UFES. Tabela de Notas e Protesto de Medeiros Neto – BA. Email: rodrigobachour@hotmail.com.

² Mestranda em Direito Processual pela UFES. Bolsista pela CAPES. Email: barbarapuppini@hotmail.com.

³ Aluna especial do Mestrado em Direito Processual da UFES nos períodos 2017/1 e 2017/2. Advogada. Email: leilydor@terra.com.br.

⁴ CPC/15: Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

todos os processos e procedimentos, ainda que não codificados, como consequência da função estruturante no ordenamento jurídico exercida pela parte geral (ZANETI JR., CABRAL, 2017, p. 5-10).

Infere-se, portanto, que foi sedimentado no processo civil brasileiro um modelo de Justiça Multiportas para a tutela das pessoas e dos direitos, com o objetivo de concretizar a garantia constitucional do acesso à justiça⁵. Não àquela compreendida como a entrada pelas portas do Poder Judiciário, mas àquela destinada à entrega da melhor tutela ao cidadão.

O acesso à justiça, em sua concepção mais moderna⁶, vai além de garantir uma simples resposta do Judiciário, pois remete à necessidade de municiar o cidadão com técnicas que assegurem a efetividade dos direitos e o melhor funcionamento da justiça (OLIVEIRA, PUPPIN, 2017, p. 86).

Consolida-se, então, um novo paradigma da prestação jurisdicional no sistema jurídico brasileiro a partir do artigo 3º do CPC/15, conjuntamente com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, Resolução nº 118/2014 do CNMP e a Lei nº 13.140/15, orientando-se para um tratamento adequado dos litígios.

Sendo positivadas múltiplas alternativas de acesso à justiça pelo legislador, fincadas nos direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário a garantia desses direitos em *ultima ratio*, apenas quando frustradas possibilidades diversas de solução. Isso significa que embora a jurisdição seja o método mais utilizado para resolução de disputas, não é o único existente. Inclusive porque, diante do abarrotamento de processos, o que se propõe é justamente direcionar o Judiciário como método alternativo, estimulando, sempre que possível, a solução consensual (NUNES, NÓBREGA, 2015).

Tal perspectiva não é exclusiva do ordenamento jurídico pátrio, mas insere-se no ambiente macro de tendências mundiais, que abrange,

⁵ CRFB/88: Art. 5 XXXV A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶ Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) foram os responsáveis por identificar no movimento de acesso à justiça três barreiras que deveriam ser ultrapassadas para garantir a efetivação dos direitos, através de: a) assistência jurídica para hipossuficientes; b) representação dos direitos difusos; c) incorporação de métodos alternativos de resolução de conflitos e simplificação dos procedimentos. Neste último, se insere o objeto de estudo do presente trabalho.

por exemplo, a desjudicialização dos conflitos (DIDIER JR., CABRAL, CUNHA, 2018, p. 81). Trata-se do deslocamento de algumas atividades antes atribuídas exclusivamente ao Judiciário para as serventias extrajudiciais. Faculta-se às partes, desde que juridicamente capazes, a opção de comporem o conflito que verse sobre direitos disponíveis fora do ambiente judicial, traduzindo-se em uma solução célere, adequada e eficiente do litígio.

Este é o ponto de partida do presente trabalho, que destina-se especificamente à possibilidade de realização de inventário extrajudicial, consoante o artigo 610, §§ 1º e 2º, do CPC/15, sob o enfoque da concretização da desjudicialização pretendida pelo legislador.

PREVISÃO LEGAL E REQUISITOS DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

É cediço que após a morte de alguém, os herdeiros ou interessados devem proceder obrigatoriamente ao inventário e a partilha dos bens e direitos do *de cuius*. Consoante o *caput* do artigo 610 do CPC/15, será judicial sempre que houver testamento ou interessado incapaz.

Todavia, a norma prevista nos parágrafos 1º e 2º do supracitado dispositivo traz a possibilidade do inventário extrajudicial. Preenchidos três requisitos, quais sejam, partes capazes, concordes e inexistência de testamento, o jurisdicionado pode se valer de uma das portas de acesso para solução da contenda que não a judicial, mas a da serventia extrajudicial.

Ademais, todas as partes interessadas devem estar assistidas por advogado (ou defensor público), que redigirá petição a ser apresentada para o Tabelião do Cartório de Notas, bem como assinará a escritura pública.

O inventário extrajudicial não se trata de uma inovação trazida pelo CPC/15, pois desde o advento da Lei 11.441/07 tal hipótese já era prevista. Tratou-se, ainda sob a égide do CPC/73, de uma tentativa de simplificação e celeridade, diante da inegável complexidade e morosidade no trâmite de um inventário judicial, com o objetivo de também desafogar o Judiciário.

Como dito, ainda que o CPC/15 apenas tenha ratificado a Lei 11.441/07, a atmosfera que envolve o sistema jurídico atual é outra. O vigente diploma processual não resolveu expressamente alguns problemas percebidos a partir da inovação trazida pela legislação de 2007. Todavia, não se pode fazer uma leitura compartimentada, artigo por artigo, mas uma interpretação orgânica, impregnada pelos valores constitucionais que circundam o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse ínterim, entende-se necessário verificar se a existência de testamento obrigatoriamente resultará no inventário judicial, conforme disciplina o *caput* do artigo 610 do diploma processual civil. Isso porque, a regra veiculada, no supracitado artigo, não se coaduna com a orientação de desjudicialização proposta pelo legislador processual, além de negar os princípios da eficiência, celeridade e estímulo à solução consensual dos conflitos.

A (IM)POSSIBILIDADE DE INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL DIANTE DA EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO

Conforme já mencionamos, o §1º do artigo 610 determina três requisitos para a possibilidade de realização do inventário extrajudicial: partes capazes, concordes e inexistência de testamento. Dedicar-se, especificamente, ao último requisito listado.

Qual teria sido o motivo do legislador para impor a inexistência de testamento como condicionante para a realização do inventário extrajudicial? Se os herdeiros são capazes e concordam com as disposições testamentárias, por que obrigar o inventário judicial? Por que não avançou o legislador no sentido de efetivar a desjudicialização almejada pelo CPC/15?

De plano, insta mencionar o Enunciado 600 da VII Jornada de Direito Civil: “Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo

conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial” (BRASIL, 2018a). Segue-se ainda, a justificativa:

A só existência de testamento não serve de justificativa para impedir que o inventário seja levado a efeito extrajudicialmente. Muitas vezes, as disposições testamentárias não têm natureza patrimonial. Em outros casos, claros são os seus termos, não ensejando qualquer dúvida dos herdeiros e dos beneficiados quanto à última manifestação de vontade. Inclusive muitos juízes, quando do registro do testamento, têm autorizado o uso da via extrajudicial, sem que tal afete a higidez do procedimento levado a efeito perante o tabelião. A Justiça paulista foi a pioneira, tendo a Corregedoria Permanente se manifestado favoravelmente a esta prática. De qualquer modo, persiste a possibilidade de serem discutidas, na via judicial, eventuais controvérsias sobre a validade do testamento ou de alguma de suas cláusulas. Certamente esta é uma medida para desafogar a já tão congestionada Justiça, não envolvendo os magistrados em processo no qual nada têm a decidir, além de assegurar às partes uma solução mais rápida a uma questão que não necessita da chancela judicial.

Ou seja, não parece razoável a simples imposição de inexistência de testamento como requisito hábil a negar a faculdade do herdeiro ou interessado de optar pela via extrajudicial para a solução da demanda. Inclusive porque, a prática não deixou dúvidas quanto à celeridade e simplicidade de proceder-se com um inventário extrajudicial (SILVA, BARROS, 2017).

No tocante à análise do conteúdo do testamento, não nos parece razoável o argumento de que seja atribuição exclusiva do juiz, pois o notário detém conhecimento técnico e especializado para avaliar as disposições testamentárias e dar fiel cumprimento, já que é ele o responsável pela elaboração de testamentos públicos (FISCHER, 2016). O autor complementa:

o intérprete do testamento deve ficar restrito ao que nele está previsto, evitando divagações e suposições. Por isso mesmo que o notário, diante de sua experiência em colher a real vontade do testador, transformando-a num documento público claro e objetivo, é tão apto a fazer cumprir esta

mesma vontade, pois sua capacidade técnica portada de fé pública e sua imparcialidade o conduzem à interpretação da real vontade do testador.

Ademais, realizado o inventário extrajudicial, nada impede que a parte insatisfeita se utilize da esfera jurisdicional para sanar eventual irregularidade no cumprimento das disposições testamentárias.

Fincadas tais premissas, cabe-nos perquirir a necessidade de que o testamento seja registrado judicialmente e expressamente autorizada sua realização pela via extrajudicial. Entende-se no mesmo sentido acima delineado, não sendo necessária a atuação do Judiciário para apurar as disposições testamentárias que demandariam intervenção judicial, sendo plenamente possível a verificação por um notário. Inclusive porque, tal análise judicial continuaria sobrecarregando o já congestionado Judiciário brasileiro.

Sem aludida limitação, coaduna-se com o exposto o Enunciado 16 do IBDFAM: “Mesmo quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial” (BRASIL, 2018b).

Tal entendimento vai de encontro aos Provimentos das Corregedorias Gerais de Justiça da Paraíba, Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul⁷, que indicam a imprescindibilidade de expressa autorização do juízo sucessório competente nos autos da ação de abertura e cumprimento de testamento.

Ainda assim, entende-se que o fiel cumprimento do testamento realizado por um notário não confronta o princípio da segurança jurídica, já que isto não geraria risco potencial lesivo aos interesses subjacentes nas questões atinentes à partilha.

Outro ponto que merece destaque são os casos de: (a) testamento caduco, (b) testamento revogado, (c) quando houver decisão judicial, com trânsito em julgado, declarando a invalidade do testamento. Tratam-se de

⁷ Durante a pesquisa, foram selecionados provimentos editados apenas pelas Corregedorias Gerais destes estados.

condições expressas nos provimentos acima mencionados que autorizam o inventário extrajudicial

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das novas diretrizes impostas pelo CPC/15, especificamente quanto ao princípio do estímulo à solução consensual dos conflitos e à política de desjudicialização, é necessária a mudança de comportamento dos atores processuais no sentido de efetivarem a norma posta, sob pena do amplo acesso à justiça garantido constitucionalmente esvaziar-se.

Os indivíduos devem despir-se do manto jurisdicional e orientar-se pela pacificação do conflito, por meio de um método de solução adequado, ou seja, o que melhor se amolda às peculiaridades do caso concreto, seja judicial ou extrajudicial.

No que concerne ao inventário extrajudicial, entende-se que a leitura compartimentada da lei não pode negar os compromissos e valores firmados pela nova roupagem assumida pelo ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Enunciado 600 da VII Jornada de Direito Civil, aprovado em 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/824>>. Acesso em: 04 jun. 2018a.
- BRASIL. Enunciado 16 do IBDFAM, aprovado em 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados>>. Acesso em 04 jun. 2018b.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

- FISCHER, José Flávio Bueno. Inventário Extrajudicial com Testamento: Por que não? Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/>>. Acesso em: 04 jun. 2018.
- MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.
- NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. As normas fundamentais do processo civil no CPC/15 - Primeira parte. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI230826,71043-As+normas+fundamentais+do+processo+civil+no+CPC15+Primeira+parte>>. Acesso em: 04 jun. 2018.
- OLIVEIRA, Michelle Ivair Cavalcanti de; PUPPIN, Bárbara Altoé. A flexibilização procedimental judicial e voluntária do Código de Processo Civil de 2015 como medida de acesso à justiça. In: XXVI Encontro Nacional do Conpedi de Brasília – DF, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/v5z5kqti/32qQ3enoD3VBv1db.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2018.
- SILVA, Érica Barbosa e; BARROS, Giovanna Truffi Rinaldi. O Novo CPC e o inventário extrajudicial – uma análise crítica. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/o-novo-cpc-e-o-inventario-extrajudicial-uma-analise-critica/>>. Acesso em: 04 jun. 2018.
- ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação da obra. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.

A GRATUIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA NAS DEMANDAS TRABALHISTAS E CONSUMERISTAS NO ÂMBITO BRASIL-ARGENTINA

Pedro Emanuel Tauceda Branco¹

INTRODUÇÃO: GANGORRA JURÍDICA DIREITO DO TRABALHO X DIREITO DO CONSUMIDOR

Há mais de 20 anos atrás, em brilhante artigo publicado no periódico *Jueces por la Democracia*, os juristas espanhóis Víctor Abramovich e Christian Curtis realizaram uma destacada análise acerca das transmutações ocorridas no direito ao longo da contemporaneidade. No artigo intitulado “*Los anillos de la serpiente: Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo*”, os autores constroem o conceito de *espacio simbólico de pertenimiento social*. Este, então, seria um local no qual determinada sociedade num dado momento desenvolve grande parte das suas relações sociais e econômicas.

Se por um lado, tal espaço simbólico funcionaria até mesmo como referência de identificação pessoal para a sociedade, por outro lado, naturalmente, seria neste mesmo ponto que surgiriam, também, os principais conflitos sociais. Por conseguinte, concomitantemente, analisam os juristas, o direito caminharia em paralelismo com o respectivo modelo social, desenvolvendo características e institutos próprios para a resolução dos conflitos inerentes ao dito espaço.

O estudo demonstra que inicialmente o pertencimento social se daria no comércio e, por conseguinte, ocorreu um maior desenvolvimento do Direito Civil e seus institutos. A partir da Revolução Industrial, com a mutação para um modelo de relação de trabalho nunca antes visto, o

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: pedrotaucedabranco@gmail.com.

seguimento do direito que passou a ter maior promoção foi o Direito do Trabalho. Tal fato seria decorrente da concretização de um novo espaço de pertencimento social, as plantas industriais

Porém, identificam os autores, que com o avanço tecnológico, o fim das clássicas fábricas, o desemprego estrutural e o desenvolvimento do setor de serviços, não estava mais nas indústrias o seio do desenvolvimento das relações sociais. Em decorrência deste processo, o espaço simbólico de pertencimento social mudou-se das plantas industriais para os templos de consumo.

Em vista a isso, como o direito caminha na mesma direção das mudanças sociais, iniciou-se o desenvolvimento também de uma nova rama jurídica. No caso, o Direito do Consumidor surgiu como resposta a este novo quadro social, sendo observados novos princípios e institutos típicos para a resolução das novas disputas que se davam com a universalização das relações de consumo.

Todavia, em detrimento ao início da pujança do Direito do Consumidor foi possível observar o começo de uma onda de minimização do Direito do Trabalho. Esse processo não ficou limitado a uma nação específica e tampouco deixou de estar presente na sociedade hodierna, ainda que mais de duas décadas depois da elaboração do referido artigo.

ACESSO E GRATUIDADE DE JUSTIÇA NAS DEMANDAS TRABALHISTAS E CONSUMERISTAS BRASILEIRAS

A diferença de forças existentes entre as partes na processualística trabalhista se configura como evidente, fato esse que exige do Estado uma atenção especial à parte mais frágil à fim de que se possa efetivar um processo mais justo. É neste mesmo sentido que leciona o jurista capixaba Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 109):

A desigualdade econômica, o desequilíbrio para a produção de provas, a ausência de um sistema de proteção contra a despedida imotivada, o desemprego estrutural e o desnível social e cultural entre empregado e

empregador, certamente, são realidades trasladadas para o processo do trabalho, sendo, portanto, imprescindível a existência de um princípio de proteção ao trabalhador, que é destinatário de direitos humanos sociais e fundamentais. Na verdade, o princípio da proteção visa salvaguardar direitos sociais, cujos titulares são juridicamente fracos e, por isso, dependem da intervenção do Estado-Juiz para o restabelecimento dos postulados da liberdade e da igualdade material entre as partes da relação jurídica processual.

Essa situação de desigualdade existente justifica na legislação brasileira o trato diferenciado entre reclamante e reclamada nas ações laborais, como demonstra Wagner D. Giglio (2000, p. 67), para quem:

“embora muitas outras fossem necessárias, algumas normas processuais de proteção ao trabalhador já existem, a comprovar o princípio protecionista. Assim, a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas não aos patrões; a assistência judiciária gratuita é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova por meio de presunções favorece o trabalhador, nunca ou raramente o empregador; o impulso processual *ex officio* beneficia o empregado, já que o empregador, salvo raras exceções, é o réu, demandado, não aufere proveito da decisão: na melhor das hipóteses, deixa de perder.”

No entanto, com relação à gratuidade de justiça, a mudança na redação do §3º do artigo 790 da CLT foi responsável por proporcionar a pequena revolução ocorrida na esfera processual trabalhista. O referido dispositivo legal antes da modificação resultante da Reforma Trabalhista previa expressamente que era “facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, [...] àqueles que [...] declararem, sob as penas da lei, *que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família*”.² ”

² Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

§ 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de

A possibilidade acima destacada de obtenção do benefício da justiça gratuita como decorrência de simples declaração de miserabilidade foi retirada pela Lei 13.467 de 2017. Em seu lugar, passou-se a adotar um critério mais objetivo da concessão para “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”³

Não obstante à mudança do §3º do art. 790 analisada, ao mesmo artigo foi adicionado um novo parágrafo anteriormente inexistente. O quarto parágrafo preconiza que o “ benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. ” Resta claro que inúmeras possibilidades interpretativas podem ser extraídas da norma disposta, contudo, não se pairam maiores dúvidas de que a medida é uma clara busca do legislador para uma restrição na concessão do benefício processual.

Um outro aspecto que não pode deixar de ser observado, levando-se em consideração que o eixo central do presente trabalho é o acesso à justiça na processualística trabalhista, é a inovação introduzida no art. 790-B da do Texto Consolidado. O item em questão traz uma sensível mutação com relação à questão dos honorários periciais. Anteriormente este tinha a previsão de que caso a parte sucumbente na pretensão pericial fosse beneficiária da assistência judiciária gratuita, esta estaria isenta de seu pagamento.⁴

Contudo, a reestruturação celetista deu uma nova abordagem à temática. Com isso, a partir da sua vigência, não há mais a exceção para

qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

³ 3o É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

⁴ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita.

isenção de pagamento dos honorários periciais para os beneficiários da gratuidade de justiça. Portanto, os mesmos devem ser pagos pela parte sucumbente, independentemente de existência da assistência judicial.⁵ Mas, a questão não se encerra nesta fase. O juiz, conforme se depreende da leitura do parágrafo 4º do artigo em voga, pode inclusive se fazer valer de verbas provenientes de outras demandas trabalhistas para que os honorários periciais sejam efetivamente pagos pelo lado sucumbente.⁶

Todo este quadro apresentado demonstra um claro intento por parte do legislador de diminuição no número de demandas na Justiça do Trabalho, o que conseqüentemente, também, significa uma tentativa de fechamento da porta do acesso à justiça. Mas não somente isso. Para o obreiro que, muito crente em seus direitos lesados, decidir aventurar-se com uma demanda judicial, mesmo com todos os riscos postos, este vê ainda uma limitação clara na possibilidade de constituição probatória, já que sobre o instrumento da prova pericial foram postos ainda mais entraves para sua utilização pela parte mais frágil da relação processual.

Fica, então o questionamento: todos esses entraves ao acesso pleno à justiça trazidos pela Reforma Trabalhista, encontram eco nas demandas consumeristas dos Juizados Especiais Cíveis? A comparação se demonstra como mais do que válida, na medida em que os dois tipos de lide possuem em comum a inerente disparidade de forças entre os entes litigantes, capaz de torna-las singulares no universo jurídico processual.

Num primeiro plano, a análise da problemática já coloca uma diferenciação evidente. O artigo 54 da Lei 9.009 de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis, jurisdição na qual ocorre a imensa maioria das lides provenientes de relações de consumo, já reflete um posicionamento completamente oposto no que concerne à acessibilidade à justiça. O *caput* do mencionado artigo dispõe claramente, em oposição

⁵ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

⁶ § 4o Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

à esfera trabalhista, que o “acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas”.

Todas essas custas, taxas e despesas somente virão à tona caso a parte litigante deseje levar a ação proposta à sede recursal, como se vislumbra do parágrafo único do art. 54⁷ bem como do *caput* do art. 55⁸.

Por outro lado, é importante destacar que apesar de não haver proibição expressa na lei, o entendimento doutrinário e jurisprudencial amplamente majoritário é de que inexistente a possibilidade de aferição pericial em sede dos Juizados Especiais. Tal fato deriva do entendimento de que a necessidade de realização da perícia técnica da questão retiraria o requisito da simplicidade imposta pela inteligência do art. 3º da lei analisada.

É neste sentido que versa o jurista Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 436):

A prova técnica é admissível no Juizado Especial, quando o exame do fato controvertido a exigir. Não assumirá, porém, a forma de uma perícia, nos moldes habituais do Código de Processo Civil. O perito escolhido pelo Juiz será convocado para a audiência, onde prestará as informações solicitadas pelo instrutor da causa (art. 35, *caput*). Se não for possível solucionar a lide à base de simples esclarecimentos do técnico em audiência, a causa deverá ser considerada complexa. O feito será encerrado no âmbito do Juizado Especial, sem julgamento do mérito, e as partes serão remetidas à justiça comum. Isto porque os Juizados Especiais, por mandamento constitucional, são destinados apenas a compor ‘causas cíveis de menor complexidade’ (CF, art. 98, inc. I).

Portanto, com relação à questão dos honorários periciais, com a saída da ação consumerista dos JECs, a questão passaria a ser semelhante com o novo quadro existente na Justiça do Trabalho.

⁷ Parágrafo único. O preparo do recurso, na forma do § 1º do art. 42 desta Lei, compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita.

⁸ Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

Diante do explanado, depreende-se do contexto exposto que a acessibilidade à justiça se encontra concretizada em graus distintos se comparado o atual quadro justrabalista com o existente nas demandas consumeristas (presentes em sua grande maioria nos Juizados Especiais Cíveis). A possibilidade de exercício pleno do direito de ação atualmente se encontra muito mais materializado no âmbito dos Juizados Especiais do que na Justiça do Trabalho. Para as partes mais fragilizadas, a capacidade de se postular – mesmo que somente em primeira instância – sem os riscos financeiros de uma eventual derrota, ainda mais se considerando as limitações probatórias que essas partes hipossuficientes enfrentam, é medida essencial para efetivação do acesso à justiça.

Feita a análise a diferença existente no âmbito nacional, parte-se, então, para o entendimento da questão na processualística argentina.

ACESSO E GRATUIDADE DE JUSTIÇA NAS DEMANDAS TRABALHISTAS E CONSUMERISTAS ARGENTINAS

Antes de adentrar no mérito em si do ponto a ser analisado, é fundamental a compreensão do funcionamento do sistema processual argentino. Diferentemente do que ocorre em terras tupiniquins, o modelo federativo do país vizinho dá maior força e preponderância às suas províncias (equivalentes aos nossos estados).

Isto é, a lógica é de que toda a competência legislativa recais sobre cada uma das províncias, e que estas elegem delegar especificamente alguma dessas competências ao ente federal. Mas não apenas isso. Em muitos dos casos onde a competência é delegada pelas províncias, ela é feita de modo concorrente, nos quais o governo federal dita uma lei de pressupostos mínimos e cada uma das províncias, de acordo com as suas especificidades locais, desenvolve mais profundamente a temática.

E esse cenário acima destacado é importante para a compreensão da parte processual da questão. Com relação ao tema, nota-se também uma distinção com o paradigma brasileiro. Se por um lado o arquétipo brasileiro

é de existência de um código processual válido para todo o território nacional, o argentino, em paralelo com o cenário de fortalecimento dos entes provinciais, por sua vez, é de subsistência de códigos processuais provinciais que materializam regras processuais presentes em leis majoritariamente de direito material.⁹

Nessa esteira, passamos ao tema da gratuidade de justiça na processualística argentina. A Lei Nacional n° 20.744 de 1976, apesar de legislar sobre o regime de contrato de trabalho traz o cerne da análise no âmbito trabalhista. O art. 20 da lei ora comentada¹⁰, estabelece a gratuidade de justiça para o trabalhador que vier a litigar judicial ou administrativamente em causas decorrentes da própria lei em questão, de convenções coletivas ou de estatutos profissionais.

Levando-se em consideração o sistema processual argentino anteriormente dissecado, tal norma presente na lei nacional é efetivada por meio dos códigos processuais trabalhistas de cada uma das províncias. Assim, tomando como exemplo a província de Santa Fé, temos em seu código no art. 19¹¹ uma norma equivalente à presente na lei nacional. Do mesmo modo, tal tipo de dispositivo encontra, então, eco nos distintos códigos processuais trabalhistas de cada província.

⁹ Os códigos processuais federais até existem, contudo, são válidos somente para as ações que tramitam na justiça federal.

¹⁰ Art. 20. — Gratuidad.

El trabajador o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo.

Su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno.

En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre la parte y el profesional actuante.

¹¹ CAPITULO III

Beneficio de Gratuidad

ARTÍCULO 19 - Beneficio de gratuidad. Alcance.- Los trabajadores, sus derechohabientes y las asociaciones profesionales de trabajadores legalmente reconocidas, gozarán del beneficio de gratuidad. No abonarán las publicaciones que se ordenen en el Boletín Oficial, hallándose eximidos del pago de impuestos, tasas y de todo tipo de contribuciones provinciales o municipales. Los certificados del Registro Civil e informes de reparticiones oficiales se expedirán sin cargo.

Ninguna norma arancelaria o impositiva podrá suspender o condicionar el dictado de la sentencia definitiva o de auto con fuerza de tal.

A existência dessa modalidade especial aos trabalhadores para litigar na justiça laboral argentina caminha lado a lado com o correto entendimento da existência do princípio protetório trabalhista também no plano processual, como brilhantemente expõe o autor mexicano Mario Pasco (*apud* LEITE, 2017, p. 188):¹²

O dito a respeito do direito substancial é plenamente válido para o processual. As desigualdades, o desequilíbrio, a posição preeminente do empregador frente ao trabalhador, típicas da relação de trabalho, se trasladam à relação jurídica processual, onde adquirem novas manifestações. Dentro das diferenças que existem entre as controvérsias civis e trabalhistas, uma das mais evidentes é a múltipla desigualdade jurídica, econômica e probatória que separa que separa os litigantes em uma demanda trabalhista e que fazem de um- o empregador -a parte forte, e o outro – o trabalhador -a parte fraca.

Esmiuçado o plano trabalhista, nos voltemos para a órbita consumerista.

A lei nacional responsável por versar acerca das normas de proteção e defesa do consumidor é a de número 24.240 do ano de 1993. A referida lei, com forte inspiração no Código de Defesa do Consumidor brasileiro¹³, em seu artigo 53 preconiza, que nos casos de ações individuais iniciadas com base na lei em questão, tem direito o consumidor ao benefício da

¹² “Lo dicho respecto del derecho sustantivo es plenamente válido para el procesal. Las desigualdades, el desequilibrio, la posición preeminente del empleador frente al trabajador propios de la relación del trabajo, se trasladan a la relación jurídico procesal, donde adquieren nuevas manifestaciones. Dentro de las diferencias que se marcan entre la controversia común y la laboral, acaso la más evidente es la múltiple desigualdad jurídica, económica y probatoria que separa a los contendientes en un litigio de trabajo y que hacen de un- el empleador -la parte fuerte y del otro- el trabajador -la parte débil.”

¹³ Acerca da histórica relação de influência entre Brasil e Argentina, Leonir Batisti explicita muito bem a questão: (1999, p. 303): “O Código Comercial Argentino trazia aliás matérias de natureza nitidamente Cível, em virtude principalmente da inexistência de um Código Civil. Em matéria de Código Civil, o processo de criação que no Brasil foi entregue a Teixeira de Freitas, na Argentina foi entre a Dalmácio Velez Sarsfield que no período entre 1865 até 1869 elaborou seu projeto, dando-o à publicação paulatinamente. O projeto de Velez Sarsfield acabou sendo adotado e aprovado sem discussões, face ao empenho de Bartolomeo Mitre e Domingo Sarmiento. Certo é que o direito argentino e brasileiro sempre tiveram liames a uni-los, quer através da mútua influência, quer através do recebimento de influências alienígenas comuns.

gratuidade de justiça, cabendo à parte contrária a comprovação da solvência do autor para que se derrogue a isenção.¹⁴

Acerca do tema do acesso à justiça em sede de litígios provenientes de relações de consumo, Ricardo Luis Lorenzetti, presidente da corte constitucional superior argentina e um dos mais respeitados juristas do país, aponta, aqui em livre tradução, que:¹⁵

O direito ao acesso a uma solução de conflitos supõe, como primeira medida, a existência de assessoramento e assistência, de facilitação do acesso à justiça e da atuação em instâncias conciliadoras e em procedimentos judiciais e administrativos rápidos e eficazes. Trata-se de da remoção dos obstáculos materiais e formais que dificultem a efetividade, como os altos custos (judiciais).

Percebe-se, portanto, que subsiste uma identidade com relação à questão da gratuidade de justiça nas esferas consumeristas e trabalhistas argentinas. Isto é, depreende-se uma maior coerência do legislador argentino se comparado ao brasileiro ao tratar da questão, tendo em vista a natureza comum dos dois tipos de demandas.

CONCLUSÃO

O panorama apresentado da dificuldade de concretização do acesso à justiça para determinados grupos, nas palavras do eminente jurista uruguaio Enrique Véscovi Puppo¹⁶, está longe de ser um problema novo:

¹⁴ ARTICULO 53. — Normas del proceso.

[...] Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

¹⁵ “El derecho de acceso a la solución de conflictos supone, como primera medida, la recepción de asesoramiento y asistencia, la facilitación del acceso a la justicia, y a la participación en instancias conciliadoras y en procedimientos judiciales y administrativos rápidos y eficaces. Se trata aquí de la remoción de los obstáculos materiales y formales que dificultan la efectividad, como los altos costos” (p. 148-149).

¹⁶ La moderna teoría general del proceso se plantea toda la problemática derivada de las

A moderna teoria geral do processo está voltada para toda a problemática derivada das novas condições sociais, que, naturalmente, possuem influência sobre o direito e à justiça. Nos dias atuais encontra-se mais evidente o problema da dificuldade do acesso à justiça para certas pessoas. Tal evidência decorre do fato de que essa questão é tão antiga como a própria relação entre o direito, a sociedade e a justiça.

Porém, apesar de antiga, a problemática surge como cada dia mais atual no panorama trabalhista brasileiro. A limitação ao benefício da assistência judiciária gratuita trazida pela Reforma Trabalhista significa mais um duro golpe a uma classe que sofre com uma assimetria inerente à própria relação de trabalho.

O problema estudado fica ainda mais evidente ao levar-se em consideração os resultados obtidos com o estudo realizado. As ações consumeristas brasileiras, majoritariamente presentes nos Juizados Especiais Cíveis, possuem isenção de risco para a classe debilitada na relação processual, somente havendo algum perigo para o consumidor caso este deseje recorrer.

Assim, pode-se concluir haver uma incoerência extrema do legislador brasileiro na opção adotada com relação à justiça trabalhista. Se realmente havia a necessidade de redução do número de demandas na Justiça do Trabalho, por que razão a escolha não foi por realizar uma equivalência aos juizados especiais, possibilitando ao trabalhador ao menos a possibilidade de litigar sem riscos em primeiro grau? A diminuição de processos em instâncias superiores já funcionaria como um importante desafio para a – supostamente – cara justiça laboral, na medida em que possibilitaria a realocação de inúmeros servidores trabalhando em grau recursal.

Noutra esteira, analisando o sistema existente no direito argentino, não vemos a mesma situação contraditória. Mas, para além da ausência de contrassenso normativo, enxerga-se uma situação na qual

nuevas condiciones de la sociedad, las cuales, naturalmente, tienen influencia sobre el derecho y la justicia. En nuestra época se ha planteado, quizá con mayor énfasis, el problema de la dificultad del acceso a la justicia para ciertas personas. De cimós con mayor énfasis, por cuanto ese problema es tan viejo como el de la propia sociedad, el derecho y la justicia”. Teoria general del proceso, p. 319.

o acesso à justiça se encontra mais facilitado. Nos vizinhos platenses as demandas consequentes de relações de trabalho e consumo são isentas de custos e riscos para às partes hipossuficientes, possibilitando uma maior amplitude na apreciação dos ilícitos existentes nos dois tipos de relação jurídica.

O que fica, afinal, é real impressão de que na verdade trata-se de um processo, já anteriormente iniciado, de desmonte da Justiça do Trabalho. E, no fim, quem acaba pagando a conta são os milhões de trabalhadores brasileiros, que se antes já viam o acesso à justiça como uma porta longeva para se entrar, passa a encontra-la a cada dia um pouco mais fechada.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Los anillos de la serpiente: Transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo. *Jueces para la Democracia*, n. 22. La Rioja: 1994, p. 54-64.
- BATISTI, Leonir. *Direito do Consumidor para o Mercosul*. Curitiba: Juruá, 1999.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. 2. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 31. ed., v. III, p. 436.
- VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis, 1984.

A ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO MEDIADOR NO BRASIL E NA ARGENTINA

Bárbara Gomes Lupetti Baptista¹

Klever Paulo Leal Filpo²

Thais Borzino Cordeiro Nunes³

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar a atuação profissional dos mediadores de conflito, a partir de um estudo comparado, que foi realizado no Brasil (Rio de Janeiro) e na Argentina (Buenos Aires), a partir do projeto de pesquisa que contou com o financiamento do Edital MCTI/CNPQ/MEC/CAPES nº 22/2014. Para a realização do projeto de pesquisa, foram utilizadas duas metodologias de pesquisa: a empírica, de cunho qualitativo, consistente em entrevistas com mediadores e outros atores do campo, bem como em observação das práticas de mediação, em Buenos Aires e no Rio de Janeiro.

Ademais, foi utilizada também a pesquisa bibliográfica, com a análise de leis sobre o tema, bem como sobre textos acerca da mediação e do mediador no Brasil e na Argentina.

Antes de tratar especificamente da atuação do mediador de conflitos, é importante analisar questões acerca do instituto da mediação, tanto no Brasil quanto na Argentina, visto que ele possui diferentes

¹ Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida e do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do INCT/InEAC. Advogada no Rio de Janeiro. E-mail: blupetti@globo.com.

² Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Pesquisador do INCT/InEAC. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail: klever.filpo@yahoo.com.br.

³ Mestranda em Sociologia e Direito pelo PPGSD da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Bolsista CAPES. E-mail: thaisbcnunes@hotmail.com.

lógicas de aplicação em cada país, o que acaba refletindo também na atuação dos mediadores.

A mediação de conflitos pode ser conceituada como um meio consensual de solução de conflitos em que um terceiro neutro e imparcial (o mediador) auxilia as partes em conflito a retomar o diálogo e, a partir daí, tentar construir um acordo que possa terminar o litígio.

Assim, neste artigo analisamos primeiramente o campo de trabalho em que realizamos a pesquisa de campo, no Rio de Janeiro e em Buenos Aires; depois, tratamos de fazer uma análise mais teórica acerca do instituto da mediação de conflitos em ambos os locais e, por fim, uma análise empírica, em perspectiva comparada, sobre a atuação dos mediadores de conflitos em ambos os locais.

O CAMPO DE PESQUISA NA ARGENTINA E NO BRASIL

Este trabalho decorre, como dito, de um projeto de pesquisa, denominado “Estudos empíricos sobre a aplicação de mediação de conflitos pré-processual em Buenos Aires – Argentina”, que contou com financiamento do Edital MCTI/CNPQ/MEC/CAPES nº 22/2014, e foi realizado em Buenos Aires, Argentina, tendo como objetivo geral analisar o instituto da mediação naquela cidade.

Desta forma, o recorte deste *paper* trata de discutir a atuação do mediador, mas a pesquisa empírica está subsidiada em dados de campo coletadas no âmbito de um projeto maior.

Deve-se destacar que, para além da pesquisa empírica, o projeto contou também com o estudo da legislação e de doutrina sobre o tema da mediação, tanto na Argentina quanto no Brasil. No entanto, priorizou-se a abordagem de cunho qualitativo, como se descreverá.

A primeira etapa do projeto de pesquisa mencionado, foi realizada em duas incursões de campo, em julho/2015 e novembro/2015. Nos dois períodos, os pesquisadores permaneceram aproximadamente 10

dias realizando a pesquisa empírica, por meio de entrevistas formais e informais com diversos mediadores e alguns advogados argentinos.

Para melhor aproveitar o tempo e os recursos disponibilizados, nosso trabalho já começou no Brasil, quando, através de contatos pessoais, conseguimos o contato de uma mediadora em Buenos Aires, que foi a nossa primeira entrevistada quando chegamos lá. Após a entrevista, esta mediadora nos indicou contato de outras mediadoras, as quais foram muito solícitas conosco e conseguimos também conversar com elas. Ademais, ainda em pesquisa prévia, conseguimos mapear locais em que há mediação pública (para as pessoas hipossuficientes, que são aquelas que não podem pagar pela sessão de mediação) e conseguimos entrevistas com as mediadoras que atuam nesses locais, quais sejam: a *Dirección Nacional de Mediación* e o *Consultorio Jurídico Gratuito da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA)*.

Com relação à atuação do mediador no Brasil, desde 2015 houve grandes mudanças na forma que o instituto da mediação foi aplicado dentro do Poder Judiciário brasileiro. À época da proposta do projeto e da pesquisa empírica em Buenos Aires, nossos dados comparativos consistiam naqueles coletados entre os anos de 2010-2014 em pesquisa empírica realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), através de entrevistas com mediadores, advogados, juízes e mediandos.

Ocorre que, no ano de 2015, foram publicadas duas leis importantes que passaram a regulamentar o instituto da mediação no âmbito do processo judicial (anteriormente, havia apenas a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça). Assim, foram publicados o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação, com artigos mais específicos tanto para a mediação quanto para a atuação dos mediadores.

Desta forma, diante do novo arcabouço legislativo brasileiro, houve uma mudança de panorama com relação ao instituto da mediação judicial e da atuação dos mediadores. Assim, foi realizada uma segunda etapa da pesquisa de campo, que ocorreu no ano de 2017, também no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), mas que limitou-se

a entrevistar mediadores e funcionários de alguns Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Assim, no presente artigo são trazidos dados de campo acerca da atuação profissional dos mediadores no âmbito do TJRJ, em 2017, utilizando-se perspectiva comparada com os dados colhidos em Buenos Aires no ano de 2015.

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL E NA ARGENTINA

A mediação na Argentina

Na Argentina a mediação está prevista em lei há 20 (vinte) anos, desde a publicação da Lei nº 24.573/1996, que instituiu a mediação “com caráter obrigatório e prévio ao processo judicial” em âmbito nacional argentino.

Na Argentina, embora tenha uma lei nacional sobre o tema, é válido destacar que cada província tem também sua legislação própria, em consonância com a nacional, e, portanto, algumas peculiaridades locais. No caso do presente artigo, os dados são coletados a partir da pesquisa de campo realizada na cidade de Buenos Aires, que está situada na Província de Buenos Aires.

A Lei nº 24.573/1996 determinou que a legislação, a princípio, teria validade por 5 (cinco) anos, podendo ser prorrogada após esse período, pelos Poderes Legislativo e Executivo. Assim foi sendo feito, até que no ano de 2010, foi publicada a nova e definitiva lei de mediação argentina, sem prazo final, qual seja: a Lei nº 26.589/2010. Esta lei também trouxe atualização sobre alguns dispositivos legais e incluiu novos artigos.

De toda forma, desde a publicação da Lei nº 24.573/1996, o sistema de mediação argentino consagrou a ideia de mediação pré-judicial obrigatória, ou seja, a mediação deve ser utilizada antes de ingressar com a ação judicial e é uma etapa obrigatória, consistindo requisito fundamental

do processo que seja anexada a Ata de mediação à petição inicial (artigo 2º). Deve-se lembrar que a mediação é voluntária, então, a etapa de mediação é obrigatória, mas as partes têm livre arbítrio para permanecer ou não na sessão de mediação.

Ademais, a mediação também é extrajudicial, isto é, é realizada fora do Poder Judiciário, podendo ser particular ou pública (para aqueles que são comprovadamente hipossuficientes). Assim, em Buenos Aires há diversos escritórios de mediação, locais onde os mediadores atuam, conduzindo as sessões pré-judiciais, sendo certo que os mediadores que cobram honorários das partes para a mediação. Ao final da sessão, é redigida uma Ata que informa sobre o que ocorreu na sessão de mediação.

Para as pessoas que não possuem condições de arcar com os honorários de mediador, há a possibilidade de requerer a mediação gratuita e, em Buenos Aires, os principais locais que oferecem essa alternativa são *Dirección Nacional de Mediación*, que é um órgão vinculado ao Poder Executivo nacional e o *Consultorio Jurídico Gratuito da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA)*, que funciona como um núcleo de prática jurídica da Faculdade de Direito, com a oferta de sessões de mediação gratuitas.

Assim, no que tange ao espaço em que a mediação é realizada, em Buenos Aires, foi possível perceber que a mediação é sempre extrajudicial, ou seja, a mediação foi idealizada e concebida para ser realizada fora do espaço do Poder Judiciário, preferencialmente por mediadores particulares, em seus escritórios. Durante o trabalho de campo, verificamos uma necessidade fundamental dos entrevistados de, a todo o momento, contrastarem e distinguirem uma mediação de um *juicio* (lide/processo judicial), tanto para nós, pesquisadores, como para os cidadãos, logo no início das sessões de mediação.

Frequentemente, os mediadores, no primeiro ato da mediação, alertavam os cidadãos de que eles não estavam em um *juicio* e que aquele ambiente era um espaço destinado ao diálogo e que o mediador era um facilitador do consenso e alguém disposto a ser “colaborativo” para a solução do conflito.

Tal fato demonstra uma grande preocupação para distinguir o instituto da mediação do processo judicial, bem como demonstrar que na mediação o lugar de fala privilegiado é dos mediandos e os advogados devem atuar como seus assessores técnicos.

A mediação no Brasil

No Brasil, ao contrário da Argentina, a regulamentação por lei nacional, acerca da mediação ocorreu apenas no ano de 2015, com a publicação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, que trouxeram dispositivos importantes acerca da mediação de conflitos.

Previamente a isto, a primeira normatização nacional sobre a mediação foi de feita por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução nº 125/2010, que “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”. Essa Resolução é considerada um marco para a mediação no Brasil, sendo certo que, conforme o *caput* da Resolução, o objetivo é regulamentar os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Então, a mediação no Brasil é utilizada de forma preponderantemente judicial.

A Resolução nº 125/2010, além de trazer a regulamentação sobre o tema, dispôs também sobre a competência dos Tribunais; sobre a atuação dos mediadores; sobre o conteúdo programático do curso de capacitação do mediador; e instituiu o Código de Ética do Mediador Judicial.

Assim, diferentemente da Argentina, no Brasil foi estipulado, inclusive no âmbito do Código de Processo Civil, que a mediação seja judicial, isto é ocorre no âmbito do Poder Judiciário. Todavia, nos Centros de Mediação dos Tribunais de Justiça, podem ocorrer dois tipos de mediação: a pré-processual e a intraprocessual. A pré-processual é aquela que ocorre antes de iniciada a ação judicial, mas que pode ser realizada nos CEJUSCs ligados ao Poder Judiciário.

Já a mediação intraprocessual é aquela prevista no Código de Processo Civil e é uma etapa que ocorre dentro de um processo judicial

já em andamento. Nesse caso, as partes têm a opção de requerer ou não a realização da sessão de mediação, a partir de manifestação do autor na petição inicial e do Réu em petição apartada. Somente nas ações de direito de família é que o Código prevê a obrigatoriedade da realização da sessão de mediação, mas como já dito anteriormente, a mediação rege-se pelo princípio da voluntariedade e, portanto, o que é obrigatória é a sessão de mediação e não que as partes queiram participar da sessão de mediação.

De toda forma, a partir da previsão legislativa e da prática da mediação, o que se observa é que foi concedida grande importância à mediação judicial, ou seja, aquela que ocorre no âmbito do Poder Judiciário, o que pode levar à confusão das partes acerca da diferenciação entre mediação e processo judicial, bem como da figura do mediador e do juiz.

De fato, foi possível observar, a partir de nossa pesquisa de campo, que realmente há essa confusão, especialmente entre os cidadãos, sobre a diferenciação das funções do juiz e do mediador, bem como das características da mediação e do processo judicial.

Uma das principais diferenças entre a mediação e o processo judicial é o papel das partes em cada um dos procedimentos (e a sua autonomia). Tradicionalmente, no processo judicial, quem “fala” pela parte é o seu advogado, que tem procuração nos autos para representá-la em diversas etapas processuais. Assim, até mesmo em uma audiência de instrução e julgamento, em que a parte teria o acesso direto ao juiz, geralmente é o advogado que tem o seu poder de fala.

Por outro lado, na sessão de mediação, o protagonismo e o lugar de fala devem ser das partes, pois são os mediados que, através da retomada do diálogo, poderão construir um acordo que seja bom para ambos. Havendo essa possibilidade de acordo, o advogado deve atuar como um assistente técnico da parte, auxiliando-a na questão jurídica e legal do acordo, mas deixando que a parte se expresse quando ao conflito ali instalado.

Estas são, portanto, as principais características da mediação no Brasil, um instituto que é relativamente novo e que ainda está se adaptando e buscando espaço de atuação, especialmente junto ao Poder Judiciário.

Essas diferenças de aplicação do instituto também são observadas quanto à atuação dos mediadores, conforme se verá adiante.

ATUAÇÃO DO MEDIADOR: CONTRASTES ENTRE O SISTEMA ARGENTINO E O BRASILEIRO

A atuação do mediador em Buenos Aires, Argentina

Na Argentina, o mediador deve ser advogado formado há, pelo menos, três anos, conforme determina a Lei nº 26.589/2010, ademais, como requisito para atuação, a legislação também determina que o mediador: 1) faça a capacitação em mediação que a lei exige; 2) faça o exame de idoneidade; 3) faça a prova e, caso aprovado, inscreva-se no Registro Nacional de Mediação.

A Lei de 2010 trouxe uma inovação para a atuação do mediador, permitindo que profissionais formados em outra área (psicólogos, administradores, etc.) possam atuar como mediadores, os quais a lei denominou como “profissionais assistentes”. A Lei determinou que estes profissionais devem ser formados em disciplinas afins ao conflito que seja objeto da mediação e que estão sob a direção e responsabilidade do mediador (aquele que é formado em Direito). Ou seja, a lei determinou que o profissional assistente estará hierarquicamente abaixo do mediador, que é o responsável por conduzir o procedimento da mediação. A lei exige, ainda, que o profissional assistente deve realizar o curso de capacitação para mediação; fazer a prova do Registro Nacional de Mediadores para que, caso aprovado, possa inscrever-se no referido Registro.

Em nossa pesquisa de campo, algumas mediadoras que entrevistamos destacaram que a previsão legal acerca da atuação dos profissionais assistentes é uma opção muito boa, especialmente nas mediações acerca de direito de família, em que há necessidade de, além do mediador, haver um outro profissional que tenha propensão à escuta e ao diálogo, sendo indicada a atuação de um psicólogo e/ou assistente social

como profissional assistente. Todavia, segundo as mediadoras, há grande dificuldade com relação à atuação conjunta dos mediadores e profissionais assistentes, no que tange ao pagamento dos honorários, tendo em vista que, nesta situação, tanto o mediador como o profissional assistente, devem ser remunerados, o que gera um aumento de custo da mediação.

Com relação às instituições formadoras de mediadores e a prova para ingressar no Registro Nacional de Mediação, ambos também estão previstos na lei de mediação. Sobre as instituições formadoras, a lei destaca que são assim consideradas as entidades públicas ou privadas que se dediquem de forma total ou parcial à formação e capacitação de mediadores e que tais instituições devem estar habilitadas conforme regulamentação do Poder Executivo.

No que tange ao Registro Nacional de Mediação, a lei destaca que são competências do Registro: 1) a autorização, habilitação e controle sobre o desempenho dos mediadores; 2) gerenciar o setor de “Registro de Centros de Mediação”, o qual será responsável pela autorização, habilitação e controle sobre o funcionamento dos Centros de Mediação, os quais devem ser coordenados por mediadores registrados; 3) gerenciar o setor de “Registro de Entidades Formadoras”, o qual terá por objetivo autorizar, habilitar e controlar o funcionamento das entidades dedicadas à formação e capacitação dos mediadores.

Assim, para que o mediador possa ter habilitação para atuar, ele deverá fazer o curso de capacitação/formação junto à entidade formadora credenciada; após, deverá realizar a prova de ingresso no Registro Nacional de Mediação e, depois, obter sua matrícula e registro como mediador. Destaca-se que o mediador, para manter-se cadastrado junto ao Registro Nacional de Mediação, deverá pagar uma anuidade, com valor fixado pelo Registro Nacional.

No que tange à designação do mediador (que deve ser credenciado junto ao Registro Nacional de Mediação), a lei determina que poderá ser realizada da seguinte forma: 1) por acordo entre as partes, quando as partes elegem o mediador por acordo escrito; 2) por sorteio, quando uma das partes formaliza requerimento junto ao Fórum em que, inexistente

a mediação, correrá a ação judicial; 3) por proposta do requerente ao requerido, para que este último selecione um mediador de uma lista previamente estabelecida.

Sobre os honorários dos mediadores e profissionais assistentes, a lei determina que a atuação destes profissionais é onerosa e eles receberão por seu desempenho na mediação um honorário básico, cujo valor e condições de pagamento serão regulamentados pelo Poder Executivo.

Para as partes que não tenham recursos econômicos, poderão requerer a mediação pré-processual, nos centros de mediação que ofereçam o serviço de forma gratuita.

A lei destaca, ainda, com relação aos advogados, que devem estar presentes na sessão de mediação para acompanhar as partes, e que a eles também são devidos honorários, os quais estão estabelecidos na Lei de Pagamentos de Advogados e Procuradores.

Por fim, a lei traz uma causa de impedimento à atuação do mediador, o qual não poderá assessorar ou patrocinar nenhum dos mediandos, até passar o período de 01 ano após sua baixa no Registro Nacional de Mediação.

Desta forma, a atuação do mediador na Argentina, conforme o sistema de mediação estabelecido naquele país, é, basicamente, extrajudicial e privada, atuando prioritariamente em escritórios de mediação.

A atuação do mediador no Brasil

No Brasil, com a publicação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, houve alterações importantes na redação da Resolução nº 125/2010, com a Emenda nº 02/2016. Esses três diplomas legais são considerados a base de toda a regulamentação acerca da mediação e da atuação dos mediadores no país.

Com relação à formação prévia do mediador, a legislação diferenciou os requisitos para atuação do mediador judicial e do extrajudicial, conforme determinado na Lei de Mediação. Para a atuação do mediador extrajudicial, a Lei de Mediação determina que poderá ser tal atividade

“qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se”.

Por outro lado, para atuar como mediador judicial, a pessoa deverá ser formada há, pelo menos dois anos, em qualquer curso de nível superior e realizar o curso de capacitação e formação em mediação, o qual deverá seguir os parâmetros do Conselho Nacional de Justiça. Para o presente artigo, trataremos apenas do mediador judicial.

Assim, para a formação do mediador judicial, cumprido o requisito de estar formado em um curso de nível superior há pelo menos dois anos, a parte interessada poderá ingressar em um curso específico de formação e capacitação para mediadores.

Os cursos de formação de mediadores deverão obedecer aos requisitos estabelecidos na Resolução nº 125/2010 do CNJ, a qual trouxe, especificamente em seu Anexo I, as “Diretrizes Curriculares” dos cursos. Resumidamente, a Resolução determina que o curso será dividido em dois módulos: 1) Módulo Teórico, o qual deve ser composto por, no mínimo, 40 horas/aula; e 2) Módulo Prático, consistente no Estágio Supervisionado, o qual deve ser composto por, no mínimo, 60 horas práticas.

Ao concluir os dois módulos, o aluno deverá elaborar um relatório de atividades e, após a aprovação, será emitido certificado de conclusão do curso básico de capacitação, que é o necessário para o cadastro como mediador junto ao tribunal no qual pretende atuar.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ estabeleceu que é de responsabilidade dos Tribunais a criação do Cadastro dos mediadores: “os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial”.

Assim, após a conclusão do curso de capacitação, o aluno poderá requerer junto ao Tribunal em que pretende atuar, o seu cadastro como mediador, para poder trabalhar nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Portanto, diferente do sistema argentino, no Brasil não há necessidade de o mediador realizar prova para ingressar como mediador, nem mesmo deverá pagar anuidade.

Com relação às instituições formadoras, é importante destacar que, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, há duas opções de curso: gratuito e particular. O curso gratuito é oferecido pela Escola Superior de Administração Judiciária (ESAJ), vinculado ao Tribunal de Justiça. Este curso é oferecido poucas vezes por ano e o Tribunal opta por oferecê-lo em Comarcas que serão instalados os CEJUSCs, para que tenha oferta de mão-de-obra.

Assim, a maior demanda de formação de mediadores é absorvido pelas instituições particulares, as quais cobram um valor entre R\$ 3.000,00 a R\$ 7.000,00 pelos cursos. Este é um grande desafio para a formação e atuação do mediador no Rio de Janeiro, tendo em vista que os cursos têm valor elevado.

No que tange à designação do mediador judicial, a lei autoriza que as partes escolham os mediadores cadastrados junto ao Tribunal de Justiça que sejam de sua confiança. Há também a possibilidade de sorteio dos mediadores, seguindo a pauta organizada pelos Centros de Mediação.

No que tange à remuneração do mediador judicial no Brasil, há grande discussão acerca do tema. Anteriormente ao ano de 2015 a atuação do mediador judicial era sempre de forma voluntária. Com o novo arcabouço legislativo editado em 2015, era grande a expectativa dos mediadores para que houvesse regulamentação instituindo a remuneração dos mediadores judiciais.

Todavia, não foi isso que ocorreu. Embora o Código de Processo Civil tenha estabelecido que a atividade do mediador judicial poderá ser remunerada, seguindo uma tabela elaborada pelo CNJ, mas também poderá continuar a ser exercida de forma voluntária. Assim, a legislação não trouxe grandes mudanças na vida prática dos mediadores judiciais, que continuam a trabalhar de forma voluntária.

Alguns Tribunais, a partir da sinalização do CNJ, instituíram por atos normativos internos diretrizes acerca da remuneração dos mediadores. No TJRJ, onde foi realizada nossa pesquisa de campo, foi elaborado um Ato Normativo que prevê a remuneração dos mediadores no valor de R\$ 20,00 (vinte reais) para a dupla de mediadores, caso a

mediação termine com um acordo e que este seja homologado em juízo e que as partes não sejam beneficiárias da justiça gratuita, isto é, que tenham efetuado pagamento das custas judiciais. Se a mediação não encerrar com acordo, inexistente remuneração.

Por fim, a legislação brasileira também estabeleceu normas de impedimento para o mediador judicial. O artigo 172 do Código de Processo Civil estabeleceu que “o mediador fica impedido, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”. Há, ainda, um impedimento que é específico para o mediador que atua como advogado, que está previsto no artigo 167, § 5º do Código de Processo Civil: “os mediadores, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”.

Estas são, portanto, algumas das principais características da atuação dos mediadores judiciais no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos dados trazidos neste artigo, pretendeu-se realizar uma análise sobre o instituto da mediação de conflitos e da atuação profissional do mediador, por meio de perspectiva comparada de Brasil (Rio de Janeiro) e Argentina (Buenos Aires). Assim, com a pesquisa empírica realizada em 2015 em Buenos Aires e em 2017 no estado do Rio de Janeiro, aliada à análise legislativa sobre o tema, foi possível traçar algumas considerações sobre a utilização da mediação em ambos os locais, bem como acerca da atuação do mediador.

No que tange ao instituto da mediação de conflitos, é possível perceber que, na Argentina, a população já convive há vinte anos com este instituto e, nesse período foi possível realizar adaptações e modificações necessárias para melhorar a utilização da mediação, as quais foram trazidas na Lei de 2010. Nesse sentido é que a mediação argentina é pré-processual

e extrajudicial, ou seja, é realizada antes de ingressar com a ação judicial e não tem relação com o Poder Judiciário, nem mesmo ocupa o espaço deste.

Por outro lado, no Brasil, a utilização da mediação de conflitos é recente e ganhou maior notoriedade a partir de 2015, com a publicação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, os quais, aliados à Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, trazem o arcabouço normativo acerca da mediação e da atuação dos mediadores. No Brasil, conforme demonstrado acima, a mediação é judicial e endoprocessual, isto é, realizada no âmbito do Poder Judiciário e, principalmente ainda é utilizada como uma etapa do processo judicial já em andamento.

Com relação à atuação profissional dos mediadores, foi possível destacar que, na Argentina, eles devem ser formados em Direito há pelo menos três anos; fazer o curso de capacitação em mediação; realizar uma prova para o Registro Nacional de Mediação e só assim ter sua matrícula para poder atuar, sendo certo que atuam principalmente em seus escritórios particulares. Na Argentina, o mediador recebe os honorários para conduzir a sessão de mediação e pode estar acompanhado dos mediadores denominados profissionais assistentes.

Por outro lado, no Brasil, foi estipulado que os mediadores judiciais podem ter qualquer formação de nível superior e, para estarem habilitados como mediadores, devem fazer o curso de capacitação em mediação e, após serem aprovados, já podem realizar seu cadastro junto ao Tribunal de Justiça que pretendem atuar. Desta forma, sua atuação ocorre no âmbito do Poder Judiciário, nos CEJUSCs. Embora a nova legislação tenha autorizado o pagamento de honorários aos mediadores, sua atuação ainda é totalmente voluntária.

Assim, embora a atuação do mediador seja diferenciada nos dois países, por conta das características da mediação em cada local, é importante realizar este estudo comparativo, a fim de compreender as singularidades de cada cultura jurídica quanto à forma de atuação profissional dos mediadores, especialmente no Brasil, onde a mediação ainda está sendo desenvolvida, visto que a potencialidade de implementação do instituto também perpassa a atuação profissional dos mediadores.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Ley nº 24.573 de 1996 – Establécese la mediación y conciliación previa a todo juicio. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>>. Acesso em 02 jun. 2018.
- ARGENTINA. Ley nº 26.589 de 2010 - Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em 02 jun. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.105/2015 – Instituto Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 02 jun. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.140/2015 – Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 02 jun. 2018.
- CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Mediación – Diseño de una Práctica. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125/2010. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/legislacao>>. Acesso em 02 jun. 2018.
- FILPO, Klever Paulo Leal. Dilemas da Mediação de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2014. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.
- MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, 2011, v. 4, pp. 97-122.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Atos Normativos atinentes à Mediação de Conflitos. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em 10 ago. 2014.

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NA PRÁTICA JURÍDICA: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA NO CENTRO DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA UNIVERSIDADE VILA VELHA

Lívia Heringer Pevidor Bernardes¹

Karime Silva Siviero²

INTRODUÇÃO

Cada indivíduo tem um papel fundamental na sociedade. Ele pode exercer sua cidadania através de sua participação política, bem como participando da vida em sociedade.

Dessa maneira, um indivíduo emancipado, que entende seu papel, é capaz de resolver seus conflitos que advêm de relações sociais. É nesse contexto que a mediação, sendo um método adequado de solucionar conflitos de forma consensual, irá ajudar as pessoas a elas resolverem seus próprios litígios, através do restabelecimento do diálogo.

Neste viés, o presente estudo buscou analisar a prática da mediação vivenciada no Centro de Mediação Conciliação e Arbitragem da Universidade Vila Velha, observando as vantagens do use desse método na resolução de demandas.

¹ Graduada pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, pós-graduada em Direito Previdenciário pela Damásio Educacional, advogada supervisora do Núcleo de Prática Jurídica e mediadora do CCMA (Centro de Conciliação, Mediação e Arbitragem) da Universidade de Vila Velha/ES.

² Graduada pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, mestre em Processo Civil pela UFES, advogada-chefe do Núcleo de Prática Jurídica e professora do curso de Direito da Universidade Vila Velha.

EMANCIPAÇÃO DO INDIVÍDUO

O tema sobre a emancipação do indivíduo está estritamente relacionado com o exercício da cidadania, com a participação popular, com a democracia participativa como meio de se chegar à cidadania e com a autonomia do indivíduo, capaz de torná-lo autor das decisões de seus conflitos.

Um conceito reduzido de cidadania apresentado por alguns autores, “trata-se da cidadania vista como uma conjunção entre nacionalidade e direitos políticos, ou seja, o vínculo jurídico da pessoa com o Estado e sua titularidade de direitos políticos [...]” (CORRÊA, 2002, p. 217). Desse modo, refere-se à cidadania política que será alcançada com a efetividade da democracia.

A cidadania no âmbito jurídico, indicada no inciso II, do artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, é uns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Esta pode ser exercida através dos direitos e obrigações políticas elencados no capítulo IV da aludida Constituição.

O Estado Brasileiro passou pelo processo de democratização, sobre o qual comenta os autores que “chegava-se à democracia política sem cultura cívica, sem vida associativa enraizada, sem partidos de massa e, mais grave ainda, sem normas e instituições confiáveis para a garantia da reprodução de um sistema democrático” (VIANNA, 1999, p. 153).

Nesse toar, em que se impera a democracia a partir de meados dos anos 80 no Brasil, o direito foi utilizado como um instrumento para se garantir a cidadania. Contudo, foi introduzido num contexto em que a população ainda não tinha experimentado da liberdade, gerando, com isso, duas conclusões. A primeira é que o direito surge para ocupar o vácuo deixado pelo enfraquecimento de instituições, como família, estado, de representação e, etc. A segunda relaciona o direito como um meio de proporcionar a cidadania e a vida em república.

Desse modo, o povo ver o Poder Judiciário, e mais precisamente o direito, como sendo a solução para todos os seus impasses e que através

dele a sociedade poderia obter o que quisesse. Surge então, a esperança depositada no Poder Judiciário.

Desse modo, é notório o comodismo da população em geral, do qual permitem que uma pequena massa social legisle e decida a vida de todos, assim como auffer Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 17):

Assim que o Estado liberal assumiu o monopólio da criação e da adjudicação do direito – e este ficou, assim, reduzido ao direito estatal –, a tensão entre regulação social e a emancipação social passou a ser um objeto mais de regulação jurídica

Dessa forma, o referido autor (SANTOS, 2003, p. 277), propõe uma ideia de emancipação, da qual implica na criação de um novo senso político que traz uma expansão no conceito de cidadania, dizendo que além da obrigação entre cidadãos e Estados há também a obrigação entre os cidadãos. Sendo assim, podemos interpretar a obrigação que os cidadãos têm de resolver seus conflitos gerados por eles próprios.

Ademais, o autor refere-se a uma relação existente numa sociedade moderna entre subjetividade e a cidadania, *in verbis*:

[...] Ao consistir em direitos e deveres, a cidadania enriquece a subjectividade [sic] e abre-lhe novos horizontes de auto realização, mas, por outro lado, ao fazê-los por vias de direitos e deveres gerais que reduzem a individualidade ao que nela há de universal, transformam os sujeitos em unidades iguais e intercambiáveis no interior da administrações burocráticas públicas e privadas, receptáculos passivos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho, de estratégias de consumo enquanto consumidores e de estratégias de dominação, enquanto cidadãos da democracia de massas (SANTOS, 2003, p. 240).

Dessa maneira, a cidadania tida sem levar em conta a subjetividade do indivíduo, é falha, pois uma simples positivação dos direitos civis pode não ocasionar um efetivo exercício de cidadania. Por essa razão, emergiu a lutas sociais por direitos não alcançados, como por exemplo, o Movimento Sem Terra (MST).

O problema é que tais movimentos não são bem vistos pela população brasileira, no qual em sua maioria são altamente criticados e vistos como baderneiros. Com isso, o Estado consegue manter seu domínio e o sistema funcionando sem que seja obrigado a proporcionar uma mudança.

De outro lado, a população fica à mercê dos interesses do governo e ao mesmo tempo refém deste. É nesse sentido que se vê uma necessidade de emancipação do indivíduo, para que ele abandone o individualismo e se mova em como sociedade para alcançar seus interesses e exercer sua cidadania.

Assim, a emancipação do indivíduo que aqui será defendida vai além da participação popular no âmbito político e da discussão da democracia, requer, contudo, um indivíduo ativo em todas as suas relações social. Para esse entendimento, vê-se necessário um estudo mais aprofundado do conceito de cidadania, pelo qual “[...] pode-se falar em cidadania como a representação universal do homem emancipado, fazendo emergir a autonomia de cada sujeito histórico” (CORRÊA apud SOUZA JUNIOR, 2002, p. 217)

Desse modo, a cidadania não deve ser exercida somente em âmbito político, ela deve começar a ser praticada no núcleo familiar, no contexto de relação social no qual há uma formação de personalidade do cidadão e que exerce uma enorme influência na vida deste. Ademais, o ambiente escolar igualmente deve ser palco do exercício da cidadania, onde as pessoas terão oportunidades de buscarem informação e de aprenderem sobre direitos e deveres do cidadão (HERKENHOFF, 2004, p. 180-194).

Conclui-se, que um sujeito emancipado é aquele que participa das relações políticas de sua comunidade e de sua nação e, além disso, é um indivíduo ativo em suas relações sociais, sejam elas familiares, profissionais ou outras, o qual é capaz de resolver seus conflitos e desavenças e, dessa forma, alcançará sua cidadania.

MEDIAÇÃO

A palavra *mediação* provém do latim *mediare*, que pode ser traduzido como o meio, o centro, o lugar acessível a todos e exposto aos olhares de todos. Na Antiguidade Clássica, a mediação era associada à ideia de *mesótes*, que não significa somente o meio termo entre dois extremos, mas a justa medida relativamente aos envolvidos (ARISTÓTELES, 1985, p. 42).

Segundo Eligio Resta, é possível estabelecer um paralelo entre as formas de composição de litígios e três figuras da estatística cujos termos igualmente derivam da partícula *med* e que representam o resultado de uma relação escalonada entre valores extremos, opostos e conflitantes: a média, a moda e a mediana (RESTA, 2014, p. 15).

Assim, a média representa a metade aritmética entre pretensões antagônicas, como na fórmula $\{a+b:2\}$. O autor aponta como exemplo a famosa decisão salomônica de “cortar a criança no meio” como forma de solucionar o conflito entre duas mulheres que reivindicam a maternidade. Portanto, as decisões adjudicadas seriam o equivalente jurídico da média, porquanto interrompem a comunicação entre as partes a partir de uma escolha feita por terceiro neutro e imparcial.

Já o conceito de moda corresponde ao valor observado com mais frequência em uma escala. O professor da Universidade de Roma esclarece que a sua representação mais conhecida no Direito é o princípio majoritário, cuja aplicação inadvertida enseja frequentemente a violação dos direitos das minorias.

Finalmente, a mediana consiste no valor que separa o conjunto em dois subconjuntos de tamanhos iguais. A mediana não precisa necessariamente, fazer parte do conjunto inicial, podendo resultar em algo completamente novo. Resta afirma que a importância da mediada compare-se, em termos geopolíticos, com a figura do Mediterrâneo, região onde o mar simboliza o eixo de conjugação de terras.

No campo dos tratamentos de litígios, o conceito de mediana é o que mais se avizinha da mediação, já que esta representa a capacidade de harmonização de interesses por meio da reativação da comunicação

hermenêutica. Ela conserva os espaços argumentativos para que as partes decidam a melhor maneira de acomodar os interesses em conflito (RESTA, 2014, p. 15).

O foco principal da mediação não está na celebração de um acordo que ponha termo ao conflito, mas em possibilitar uma reflexão adequada sobre as circunstâncias do conflito, sobre as necessidades das pessoas envolvidas e o restabelecimento do canal de comunicação interrompido pela disputa. Ainda que as partes não transijam, o procedimento terá sido exitoso.

A mediação normalmente é definida como o procedimento de solução de conflitos em que um terceiro desprovido do poder de decisão facilita a comunicação entre pessoas com pretensões contrapostas para que decidam, em comumhão, o melhor desfecho para o problema.

Nesse sentido, Gladys Stella Álvarez define mediação como o “procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo” (ÁLVAREZ, 2003, p. 135).

A definição da jurista argentina harmoniza-se com o pensamento de Roberto Portugal Barcellar, segundo o qual a mediação consiste em (BARCELLAR, 2003, p. 174):

[...] uma técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas.

Também Chiara Besso (2014, p. 33) entende a mediação como “il procedimento nel quale un terzo, il mediatore, facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti in conflitto, assistendole nel raggiungere un accordo, da loro volontariamente scelto”.

Christopher Moore (2014, p. 08), por sua vez, apresenta a seguinte conceituação:

mediation is a conflict resolution process in which a mutually acceptable third party, who was no authority to make binding decisions for disputants, intervenes in a conflict or dispute to assist involved

parties to improve their relationships, enhance communications, and use effective problem-solving and negotiations procedures to reach voluntary and mutually acceptable understandings or agreements on contested issues

Talvez a noção mais expressiva e verdadeira de mediação dê nome à obra que Jean Pierre Bonafé-Schimitt (1992, p. 16-17) dedicou ao estudo do tema: *Une justice douce*. Formalmente, contudo, o autor acrescenta mais um requisito às formulações teóricas apresentadas acima, consistente na neutralidade do mediador. Ele a define, portanto, como um:

[...] processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de permettre a celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose.

A neutralidade do terceiro também é exigida por Maria Nazareth Serpa, que considera a mediação como um “processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões”.

Já Michèle Guillaume-Hofnung (1995) formula uma definição de mediação com forte conotação jurídica. *In litteris*:

De um modo geral, a mediação se define antes de tudo como um processo de comunicação ética, apoiada na responsabilidade e na autonomia dos participantes, dos quais um terço – e imparcial, independente sem poder consultivo ou de decisão, com a única autoridade que lhe conferem os mediadores – é agraciado pelas entrevistas confidenciais, sobre o restabelecimento do laço social e a prevenção ou a regulamentação da situação em causa.

Ainda no quadrante dos conceitos, importa registrar os apontamentos do mediador francês Jean-François-Six (1990, p. 64). Na opinião do autor, existem basicamente quatro tipos de mediação: a mediação criadora, a mediação renovadora, a mediação preventiva e a mediação curativa. As

duas primeiras pretendem possibilitar o nascimento ou a recuperação de laços relacionais, ao passo que as duas últimas destinam-se a administrar conflitos já instaurados, sejam eles latentes ou já deflagrados. Em comum entre elas, a natureza inequivocamente relacional da mediação.

A ênfase concedida por Six (1990, p. 64) ao elo social é particularmente interessante, porque escapa à velha cantilena de reconhecer a mediação apenas como um “método de solução de controvérsias”. O autor faz questão de ressaltar que o resultado final da mediação não deve, necessariamente, estar vinculado ao seu conceito.

Seja como for, além da preservação dos laços sociais destacado por Six, todas as demais conceituações convergem para o reconhecimento de quatro elementos indispensáveis ao conceito de mediação, a saber: a presença de um terceiro, a ausência de poder, a catálise e o restabelecimento da comunicação.

O presente tópico pretende analisar os atendimentos de mediação realizados no período de março e abril do ano de 2016 no Centro de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA) vinculado ao Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Vila Velha (NUPRAJUR-UVV).

O NUPRAJUR-UVV atua nas áreas de direito de família, cível, trabalho e previdenciário. Trata-se de ambiente estruturado para que os alunos possam experimentar na prática as vivências profissionais de um advogado.

O Centro de Conciliação, Mediação e Arbitragem foi criado em 2014 com o intuito de proporcionar aos alunos dos cursos de direito e de psicologia a experiência da mediação, bem como oferecer para comunidade este método de resolução de litígio.

As sessões de mediação no CCMA são realizadas com a presença de um mediador, um aluno de psicologia (como co-mediador) e, em alguns casos, com um aluno de direito (como observador). No CCMA (Centro de Conciliação, Mediação e Arbitragem) essas sessões possuem uma duração média de 50 (cinquenta) minutos.

Importante destacar que a introdução do aluno de direito como observador na mediação foi uma forma encontrada de favorecer o contato

dos acadêmicos com a prática da mediação e, também, de desmistificar a cultura das resoluções de litígios por meios consensuais. Ademais, para que o aluno participe da mediação, ele precisa assinar um Termo de confidencialidade, a fim de preservar a privacidade das partes e evitar que o princípio da confidencialidade seja violado.

Analisar-se-á em seguida a dinâmica dos atendimentos realizados pelo Centro de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Universidade Vila Velha, desde os agendamentos até a conclusão das sessões de mediação.

O pré-atendimento

Inicialmente, os interessados nos serviços prestados pelo NUPRAJUR devem procurar a secretaria do setor para agendar dia e horário para o primeiro atendimento. É justamente neste contato inicial que se identifica a área de interesse do cliente e o tipo de atendimento indicado para cada demanda. Nesse momento já existe a possibilidade de agendar a sessão de mediação quando o cliente manifesta seu interesse em resolver o litígio de forma consensual.

O atendimento no NUPRAJUR é feito pelos alunos de direito, supervisionados por advogados. Durante o atendimento, os alunos analisando o caso e verificando a possibilidade de solução consensual, irão explicar e oferecer para o cliente a realização de sessões de mediação.

Caso o cliente aceite participar, será marcado um dia e horário e lhe será disponível uma carta convite para entregar a outra parte. Sendo assim, é de responsabilidade do nosso cliente convidar a outra parte para participar da mediação.

Sessão conjunta de mediação

A sessão de mediação é iniciada com as duas partes interessadas presentes. Ela é realizada em uma das salas de mediação do CCMA, composta por um mesa redonda com quatro cadeiras, sendo uma para cada parte, outra para mediadora e outra para co-mediadora.

A mesa contém papéis e canetas para rascunho, um jarro de flor, uma jarra de água e biscoitos. Antes de iniciar a sessão a mediadora sempre pergunta se eles aceitam um pouco de água e os biscoitos, com o intuito de tornar o ambiente aconchegante e deixar as partes à vontade para o início da conversa.

Na primeira parte da sessão conjunta a mediadora se apresenta e apresenta as demais pessoas presentes na sala. Ainda nesta etapa inicial, que dura cerca de 5 (cinco) minutos, a mediadora explica como funcionará a processo de mediação e o seu principal objetivo. Os interessados também são esclarecidos sobre o papel do mediador e assegurados de que todas as informações fornecidas durante o procedimento são sigilosas.

Após a mediadora esclarecer todas as dúvidas quanto à sessão, as partes voluntariamente expressam a vontade de participar. Com isso, é dada a palavra para um dos interessados expor o caso.

Ato contínuo, a outra parte expõe sua versão dos fatos. Se necessário, a mediadora faz questionamentos às partes a fim de extrair deles seus reais interesses. Ao final, se as partes não tiverem chegado a um consenso, é dada a oportunidade de marcar uma nova sessão, com intervalo médio de uma semana entre o primeiro e o segundo encontros.

Caso os interessados cheguem a consenso e desejem que o acordo seja homologado judicialmente, os termos são redigidos e encaminhados para a Justiça Comunitária (projeto derivado de uma parceria entre o NUPRAJUR-UVV e o Tribunal de Justiça do Espírito Santo), com intuito de homologar os acordos da área de família. Importa frisar que nem todos os acordos feitos na mediação serão homologados judicialmente, tratando-se de uma faculdade dos interessados.

Outrossim, o não comparecimento de uma ou ambas as partes à sessão de mediação enseja a redesignação para uma data posterior. Neste sentido, é importante esclarecer que caso o interessado na solução do litígio manifeste interesse em ingressar com uma ação judicial ele é encaminhado para o atendimento contencioso do NUPRAJUR.

No próximo tópico será descrita uma mediação verídica promovida pelo CCMA do NUPRAJUR-UVV no mês de março de 2016. Ressalve-

se, contudo, que os nomes dos atendidos foram substituídos por nomes fictícios para preservar a identidade e os interesses dos mesmos.

Análise de um caso concreto

No dia 21 de março de 2016, a Sra. Maria da Silva compareceu ao Núcleo de Prática Jurídica da UVV a fim de entrar com processo de reconhecimento e dissolução de união estável. Ela foi atendida por dois alunos que a orientaram a participar de uma sessão de mediação para tentar solucionar o litígio de forma amigável.

Os alunos explicaram brevemente para a Sra. Maria no que consiste a mediação e ela aceitou participar. Com isso, foi lhe dado uma carta convite para entregar ao seu companheiro, convidando para participar da mediação.

Dessa forma, no dia 26 (vinte e seis) de abril de 2016, foram atendidos no CCMA, Maria da Silva e João Souza. No início da sessão a mediadora explicou como funciona a mediação, qual o papel do mediador, o papel das partes e que o principal objetivo é reestabelecer o diálogo. Ademais, frisa a importância de um escutar o outro durante a sessão, e da importância da parte não interromper a outra durante a fala, pois cada um terá sua oportunidade de fala.

Após esse momento inicial foi dada a palavra para Maria, que procurou o NUPRAJUR. Ela informou que partes não são casadas, mas vivem união estável há 16 anos. Não construíram ou compararam nada juntos nesse tempo e possuem três filhos, todos menores de idade.

Ademais, ela se mostrou bem nervosa e trouxe como queixa o fato de estar desempregada há alguns meses gerar muitas brigas, ofensas e desentendimentos com o João.

Durante a sessão de mediação foi observado que os conflitos das partes Maria não conseguir um emprego não dará para continuarem juntos saudavelmente, sem brigas. Já Maria expôs que não quer mais continuar com João, pois acha que o amor não é apenas quando a pessoa tem um suporte financeiro para ajudar.

Durante toda a sessão as partes não se olharam direito e toda vez se referiam uma a outra com tom de voz alterado. Ao final da sessão, Maria afirmou que não quer mais continuar junto com João.

Foi sugerido que marcássemos uma nova sessão na semana seguinte. Eles aceitaram e, então, foram desafiados a pensarem sobre tudo que havia sido falado na sessão e conversarem sobre se vão mesmo se separa e como ficariam os filhos, pois ainda são menores.

A segunda sessão aconteceu no dia 05 (cinco) de maio de 2016. As duas partes se mostraram mais calmas, conseguiam conversar um olhando para o outro, sem alterar o tom de voz ou ofensas.

Disseram que tinham conversado em casa sobre as questões relacionadas ao futuro das crianças e que juntos decidiram o melhor atualmente para os filhos. Maria relata que conseguiu um emprego nessa semana e que começaria na próxima semana já, mas que isso não era motivo para o retorno do casal, estavam decididos que não se davam mais bem juntos.

Quanto às crianças os dois decidiram que vão ficar com o pai, pois ele que possui carro e leva e busca as crianças na escola e como Maria agora começará a trabalhar, seus horários a impossibilitariam de levar e buscar as crianças na escola.

Em relação às visitas, o casal decidiu que serão visitas livres e que Maria terá a chave da casa onde as crianças estarão para visita-los quando quiser. As partes se portaram muito diferente da primeira sessão, estavam calmas, compreensivas, sorriam uma para outra.

Ressalta-se que na fala de ambas as partes percebe a compreensão entre eles, de que um se mostra disponível a ajudar o outro e eles estão focados na melhor decisão para seus filhos.

Outrossim, quando as partes foram questionadas se gostariam de homologar o acordo realizado na sessão de mediação, manifestaram sua discordância, sob justificativa que agora conseguem conversar bem e decidir futuras questões, se sentem seguros e confortáveis com apenas a mediação, sem a necessidade de homologação do acordo.

Nesse relato, pode-se observar o sucesso da mediação na vida desse casal, uma vez que foi nítida a diferença entre as sessões e eles próprios conseguiram entrar num consenso sobre a separação e as questões dos filhos menores. Eles conversaram em casa e decidiram juntos o seria melhor para eles e para os filhos. Mostraram-se felizes e satisfeitos com o resultado. Enfim, a finalidade da mediação foi alcançada, qual seja, o restabelecimento do dialogo entre as partes.

Dos resultados obtidos nas sessões de mediação realizadas no CCMA durante os meses de março e abril de 2016

Entre os meses de março e abril foram realizadas 53 (cinquenta e três) sessões de mediação, das quais 41 (quarenta e uma) obtiveram acordos e houve 19 (dezenove) faltas. As faltas são computadas quando ambas as partes interessadas faltam, ou apenas uma delas.

Do total dessas sessões, 43 (quarenta e três) se tratavam sobre questões relacionadas a divórcio, 7 (sete) sobre pensão alimentícia e 3 (três) sobre outras questões. Ressalta-se que no caso de divórcio quando se tem filhos menores e bens, também é mediado sobre os alimentos, guarda e visita do menor e sobre a partilha de bens.

Assim, observa-se que 77,35% das mediações terminaram com um acordo formulado, um percentual muito significativo. Isso mostra o sucesso da mediação como uma ferramenta muito útil na resolução dos conflitos familiares.

CONCLUSÃO

Concluiu-se que a mediação consiste em importante ferramenta para a emancipação social e para a universalização do acesso à justiça. Observou-se ainda que a implementação da justiça consensual no âmbito acadêmico serve ao propósito de educar não apenas os atendidos para uma cultura de paz, mas sobretudo os profissionais e alunos do curso de

Direito, que tradicionalmente são preparados para a defesa judicial dos interesses de seus clientes.

REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ, Gladys Stella. La mediación y el Acceso a Justicia. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicómacos. Brasília: Editora UnB, 1985.
- BARCELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BESSO, Chiara. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. Artigo publicado no vol. VI da Revista Eletrônica de Direito Processual. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 15 de maio de 2018.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. La Médiation: une justice douce. Paris, Syros, 1992.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2018.
- CORRÊA, Darcísio. A construção da cidadania: reflexões histórico - políticas. Ijuí: INJUÍ, 2002.
- HERKENHOFF, João Baptista. Direito e cidadania. São Paulo: Uniletras, 2004.
- GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. A mediação. 5a. ed. Paris: PUF, 1995.
- MOORE, Christopher W. The mediation process. Practical strategies for resolving conflict. 4th Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2014.
- RESTA, Eligio. Neutralità e imparzialità nella gestione dei conflitti. Disponível em: <http://www.associazionegea.it/Professor_Resta.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2005.

SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIX, Jean-François. Le temps des médiateurs. Paris : SEUIL, 1990.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS ESCOLARES NA ARGENTINA: REFLEXÕES PARA O INCREMENTO DE SOLUÇÕES ADEQUADAS NO BRASIL EM CONTRASTE COM A EXPERIÊNCIA PORTENHA¹

Bárbara Gomes Lupetti Baptista²

Klever Paulo Leal Filpo³

Thais Borzino Cordeiro Nunes⁴

INTRODUÇÃO

Este artigo conjuga percepções empíricas e reflexões que se tornaram possíveis por meio da participação dos autores em dois projetos de pesquisa financiados pelo CNPq sobre o emprego da mediação em dois diferentes contextos: etnografia sobre o emprego da Mediação Prejudicial Obrigatória em Buenos Aires (2015-2016); e estudo de casos de utilização de judicialização e mediação na administração de conflitos escolares no Município de Petrópolis (2017).

Em essência, podemos afirmar que parecem existir formas adequadas de administração de conflitos escolares, sobretudo

¹ A pesquisa contou com recursos do CNPq Brasil em dois momentos: a pesquisa na Argentina, entre 2015 e 2016, recebeu recursos para pagamento de diárias e passagens (Chamada 22/2014 do CNPq). E a pesquisa sobre judicialização e mediação de conflitos escolares, iniciada em 2017, foi contemplada na Chamada Universal 2016 do CNPq, sendo proponente Klever Paulo Leal Filpo. Instituição sede: Universidade Católica de Petrópolis.

² Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida e do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do INCT/InEAC. Advogada no Rio de Janeiro. E-mail: blupetti@globo.com.

³ Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Pesquisador do INCT/InEAC. Advogado no Rio de Janeiro. E-mail: klever.filpo@yahoo.com.br.

⁴ Mestranda em Sociologia e Direito pelo PPGD da Universidade Federal Fluminense (PPGD/UFF). Bolsista CAPES. E-mail: thaisbcnunes@hotmail.com.

extrajudiciais, que se apresentam como alternativa interessante à crescente judicialização desses conflitos. Mas, a despeito disso, na experiência brasileira, a mediação não é identificada tão comumente como uma via que possa ser acionada para o tratamento de conflitos surgidos na escola. Pelo contrário, na maioria dos casos examinados optou-se por submeter o conflito diretamente ao sistema de justiça – até mesmo por meio do acionamento da autoridade policial.

Em sentido contrário, a oportunidade de realizar uma pesquisa na Argentina sobre o emprego da mediação extrajudicial revelou que, naquele país, há iniciativas estruturadas e bem sucedidas de capacitação de profissionais para tratarem conflitos escolares, proporcionando intervenções mais adequadas antes que os mesmos ingressem no sistema de justiça.

Nossa proposta é descrever a experiência argentina nesse campo, a partir de um relato de caso, acreditando que possa suscitar reflexões interessantes sobre o emprego da mediação extrajudicial por aqui.

A obrigatoriedade de uma mediação cível extrajudicial e prévia ao processo contribuiu para desenvolver, na Argentina, uma socialização bastante ampla sobre os usos desse método, tornando-o familiar. Talvez por isso, pareça existir uma significativa experiência no campo da mediação escolar, além de programas específicos para capacitação de professores, funcionários e alunos mediadores.

Uma dessas experiências será aqui descrita e nos foi informada pela equipe docente da Direção Nacional de Mediação e Métodos Participativos de Resolução de Conflitos da Argentina, a quem compete, naquele país, tomar iniciativas no campo da mediação. Trata-se de um relato detalhado sobre programa estruturado de Capacitação em Mediação Escolar, destinado a fomentar a cultura da mediação em suas escolas.

A proposta deste trabalho visa, portanto, tratar esse relato como ponto de partida para a nossa reflexão sobre essa experiência e contribuir para aperfeiçoar o uso da mediação extrajudicial, no Brasil, como alternativa à crescente judicialização de conflitos escolares.

POLÍTICA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO PARA OS CONFLITOS DE INTERESSE NO BRASIL

No campo da administração de conflitos sociais, vivemos hoje, no Brasil, sob os influxos da chamada Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, que vem estimulando a utilização de meios consensuais, como a conciliação e a mediação, em diferentes contextos (MELLO e BAPTISTA, 2011).

Tal política foi em muito influenciada pela atuação do Judiciário desde a criação do Conselho Nacional de Justiça (2004), consolidando-se a partir da Res. 125 desse Conselho (NUNES, 2014). Sob a ótica do Poder Judiciário, parece haver a intenção de evitar ao máximo a judicialização das disputas, preferindo que estas sejam contornadas, administradas ou mesmo solucionadas por outras vias, como a mediação extrajudicial (FILPO, 2016).

Nessa medida, tem-se buscado estimular, de diversas maneiras, as chamadas soluções amigáveis ou não adversariais (AZEVEDO, 2012), para os conflitos de interesses, o que também seria válido para os conflitos escolares.

Os conflitos escolares parecem encaixar-se no contexto de relações continuadas, em que se recomenda o uso da mediação em lugar das soluções judiciais. Estão incluídos no conceito de relação continuada os casos concretos em que, após ultrapassado o conflito específico em que se vêm envolvidas, as partes necessitam continuar se relacionando, como acontece entre vizinhos, entre pais separados com filhos, entre estudantes de uma mesma escola, membros de uma mesma agremiação, dentre outros exemplos.

O que se está denominando de conflitos escolares são aqueles que surgem no ambiente ou a partir das relações inerentes às atividades da escola, envolvendo alunos, professores, pais, responsáveis, e outros atores. Em tais situações, recomenda-se que as próprias partes encontrem a melhor saída, em vez desta ser imposta pelo Estado-Juiz (SIMIÃO, 2010; MARTÍN, 2011).

DESCRIÇÃO DE ALGUNS CASOS DE CONFLITOS ESCOLARES NO BRASIL

A oportunidade de pesquisar formas de administração de conflitos escolares surgiu quando tivemos contato com o seguinte caso de mediação escolar, envolvendo disputa entre duas estudantes de uma escola particular da cidade de Petrópolis-RJ. Havia uma rixa entre elas, perpetuada por meses, que por pouco não descambou em agressões físicas. Como uma das estudantes era um pouco mais velha e visivelmente mais alta e forte do que a sua rival, esta última ficou intimidada, passando a apresentar queda de rendimento escolar. Sua mãe também relatou que a filha, geralmente uma estudante assídua e interessada, passou a inventar desculpas para não ir à escola, queixando-se com frequência de dores de cabeça e enjôos como justificativas para permanecer em casa.

A situação poderia ser encaixada no conceito de *bullying* que, segundo Teixeira (2011), pode ser definido como o comportamento agressivo entre estudantes. São atos de agressão física, verbal, moral ou psicológica que ocorrem de modo repetitivo, sem motivação evidente, praticados por um ou vários estudantes contra outro indivíduo, em uma relação desigual de poder, normalmente dentro da escola. Ocorre principalmente em sala de aula e no horário do recreio.

Preocupada, a mãe procurou os dirigentes da escola e ficou sabendo que a desavença teria sido causada por um comentário feito durante um intervalo a respeito do interesse comum por um rapaz, a partir do qual as estudantes, antes boas colegas, se tornaram rivais. Os pais das estudantes foram chamados à escola e, juntamente com os seus dirigentes e um mediador, construíram uma solução pacífica entre elas. As reuniões, em um total de três, realizadas durante aproximadamente duas semanas, culminaram com o compromisso de que cada uma, dali por diante, respeitaria o espaço da outra, evitando novas agressões. O problema foi contornado.

Uma das mães admitiu, ao final da última reunião, que pensara em transferir a filha para outro estabelecimento e que já contratara um advogado para ajuizar ação contra a escola e os pais da aluna desafiada de

sua filha, pois não enxergava outra solução para o problema. Mas ficou satisfeita com o resultado da mediação e desistiu de intentar a ação. A despeito disso, seu relato deixou evidenciado que o seu primeiro impulso apontou para via judicial como a solução para a questão que tanto afligia sua filha.

Nessa situação observada, um método consensual e extrajudicial, conduzido no próprio ambiente escolar, com a intervenção de terceiros, mediante o emprego de técnicas de mediação (cf. BRAGA NETO, 2012), conseguiu evitar o ajuizamento de uma ação que, possivelmente, poderia ser muito mais prejudicial (custosa e demorada) para os envolvidos. Segundo as dirigentes da escola, essa forma de tratar o conflito apresentou um aspecto educativo, propondo modificação de comportamentos e restabelecendo as condições para a convivência pacífica entre as estudantes, sem necessidade de providências mais severas. Essas são algumas das características da mediação, enaltecidas por autores como Warat (2004-2011), Azevedo (2012) e Vezulla (2013).

Contudo, em contato com estudantes de ensino médio que participam do projeto da FAPERJ, intitulado “Jovens Talentos” em nosso grupo de pesquisa, percebemos que as iniciativas que envolvem a abordagem e o tratamento do conflito em sede escolar, antes de se tornarem ações judiciais, é algo raro. Geralmente, talvez por falta de treinamento/capacitação adequada para esse tipo de intervenção, a conduta da escola e seus dirigentes se aproxima mais da omissão. Evita-se o enfrentamento e, até mesmo, a visibilidade do conflito. Como, por exemplo: alegar que conflitos não ocorrem entre os seus estudantes, ou delegar o tratamento desses conflitos a outras entidades, como o Conselho Tutelar e a Ronda Escolar, ligada à guarda municipal.

Ao ser entrevistada por uma de nossas alunas a diretora de uma escola particular da cidade informou que deveríamos ir a outra escola, preferencialmente uma escola pública, já que naquela escola que ela dirige “não tem essas coisas de conflito não” (cf. FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017).

Por outro lado, uma diretora de escola pública revelou não saber muito bem como lidar com casos de conflitos surgidos na escola. Isso depende, um pouco, do que se trata. Por exemplo, em casos de furto de celulares – os quais, segundo relatos, hoje são comuns – geralmente um trabalho de conversa, de convencimento, feito pelas professoras, dá bom resultado com a devolução do aparelho – segundo nossa entrevistada. Mas há outros casos, principalmente incluindo “alunos problema” (categoria que apareceu no trabalho de campo) em que a solução costuma ser o encaminhamento do caso ao conselho tutelar (FILPO, SAMPAIO e PEREIRA, 2017).

A diretora deixou transparecer que não recebe formação e não está preparada para a resolução de conflitos na escola. Parecer ter receio das conseqüências prejudiciais para a sua carreira caso venha a interferir de forma equivocada em um conflito, preferindo omitir-se em muitos casos.

Mendonça Pinto (2014, p. 94) em etnografia que incluiu observações em escolas de Seropédica-RJ, também percebeu uma ausência de instâncias escolares para resolução de conflitos, que inclusive apareceu na fala de alguns estudantes entrevistados:

Não há (interferência da escola), na verdade, quando isso acontece, aconteceu “morreu” ali ou até mesmo não *morreu*, fica aquele professor olhando de rabo de olho” pro aluno, ninguém interfere não, nenhum tipo de aluno – rapaz do 1º ano

Não, eles nem ficam sabendo, como na maioria dos casos – moça, 2º ano.

Por outro lado, o número e diversidade de conflitos no espaço escolar tem se mostrado muito significativo. Leitura preliminar realizada a esse respeito demonstrou um dado interessante: tem se tornado cada vez mais comum, no Brasil, que conflitos corriqueiros entre estudantes, mesmo de pouca idade, formem uma espiral, tornando-se muito graves, envolvendo agressões físicas e outras violações de direitos que, não raro, chegam às barras do judiciário. Aguinsky, Silva e Pacheco (2015) observaram que:

Ao mesmo tempo em que se propaga o alarde sobre o agravamento de crimes praticados por adolescentes, alinhados aos reclames pela redução

da idade penal, verifica-se a ampliação da judicialização de conflitos que envolvem situações de baixo potencial ofensivo, como conflitos nas escolas, que não raro podem resultar na imposição de medidas socioeducativas.

As mesmas autoras explicam que em se tratando do fenômeno da judicialização de conflitos escolares, nem sempre a dimensão educativa irá, necessariamente, prevalecer, havendo ainda que se levar em consideração a exposição dos adolescentes a toda sorte de constrangimentos e violências institucionais próprias à inserção no Sistema de Justiça e Segurança. Elas anotam que os conflitos escolares adentram o Sistema de Justiça Juvenil, e o seu tratamento exigiria “a articulação do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, no que se inclui Judiciário, Ministério Público, Delegacias de Polícia, Poder Executivo Municipal, Escolas e Conselhos de Direito e demais políticas públicas”.

A despeito dessas percepções, as observações e entrevistas feitas até o momento, sobretudo no município de Petrópolis-RJ, sugerem que, em geral, a mediação ou outros métodos de intervenção consensual dos conflitos não são identificados pelos atores do campo como uma via que possa ser acionada para o tratamento de conflitos surgidos na escola. Pelo contrário, na maioria dos casos examinados optou-se por submeter o conflito diretamente ao sistema de justiça, muitas vezes por meio do acionamento da autoridade policial. Não foi observado ser comum, nesses casos examinados, ocorrer uma tentativa de composição amigável anterior, ainda em sede escolar.

O RELATO SOBRE A EXPERIÊNCIA ARGENTINA EM MEDIAÇÃO ESCOLAR

Essa experiência acima relatada pareceu, ao menos à primeira vista, bastante diferente daquela que ocorre na Argentina, país que tem uma tradição em mediação bem mais antiga do que a brasileira. Essa percepção foi reforçada por revisão bibliográfica de Olivera (2005) e Caram; Eilbaum e Risolía (2006).

Não que essa experiência argentina tenha de nos servir de norte. Trata-se de tradições e culturas bastante diferentes. A utilização desse paradigma se justifica apenas porque o contraste entre duas realidades jurídicas distintas é sempre uma oportunidade que nos leva a repensar a nossa própria realidade e as nossas próprias práticas, como há muito tempo ensinam os antropólogos (MALINOWSKI, 1978).

Na Argentina, a utilização da mediação como fase pré-processual está legislada há quase vinte anos (ARGENTINA, 1996 e ARGENTINA, 2010). Existe lei instituindo a mediação prévia a todo processo judicial. Uma abordagem panorâmica da referida lei nos leva a concluir que a etapa de mediação é, por lá, um requisito de admissão do processo. Isto é, caso os mediandos não tenham, ao menos, comparecido à sessão de mediação, o processo não será recebido pelo juiz, sendo devolvido para que participem da mediação. Há apenas umas poucas exceções em que a demanda pode ser apresentada diretamente ao Poder Judiciário. Trata-se de algumas causas que, por sua natureza, estão excluídas da mediação obrigatória e encontram-se elencadas no art. 5º da Lei. Assim, parece bastante claro na experiência argentina que a mediação é um mecanismo extrajudicial para tratar do conflito, antes que este seja apresentado ao Judiciário. Aparentemente essa obrigatoriedade de uma mediação cível extrajudicial e prévia ao processo, ao longo das duas últimas décadas, contribuiu para desenvolver, na Argentina, uma vivência bastante ampla sobre o instituto da mediação, tornando-se familiar para os argentinos (CARAM et. al., 2006; OLIVERA, 2005). Diferente do que ocorre no Brasil, onde apenas recentemente esse método vem sendo disponibilizado aos litigantes como forma de tratar suas disputas de interesses – e mesmo assim de forma predominantemente judicial.

Talvez em razão desse fato, parece existir, na Argentina, uma significativa experiência no campo da mediação escolar, além de programas específicos para capacitação de professores, funcionários e alunos mediadores.

Uma dessas experiências foi descrita pela equipe docente da Direção Nacional de Mediação e Métodos Participativos de Resolução de Conflitos,

órgão ligado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Argentina a quem compete, naquele país, tomar iniciativas de âmbito nacional no campo da mediação. Esse é o caso escolhido para ser descrito no presente artigo, como objeto de reflexão.

O relato foi publicado sob a forma de artigo intitulado “Programa de Mediação na Comunidade Educativa” e integra uma obra coletiva que constitui uma espécie de prestação de contas sobre o trabalho conduzido pela Direção Nacional (ARGENTINA, 2015). Nesse texto, os autores dão conta de que existe, na Argentina, um programa estruturado de Capacitação em Mediação Escolar, destinado a fomentar a cultura da mediação em suas escolas. Trata-se de cursos de oferta contínua, implementados por meio de convênios entre os municípios, as províncias, organizações da sociedade civil e algumas Universidades.

Desde 2000, quando o programa foi implantado, até 2012 (período abrangido pelo trabalho em foco), teriam sido capacitados 4.739 mediadores (ARGENTINA, 2015, p. 69). A proposta didática da capacitação parte da percepção de que o problema da mediação escolar encontra-se ligado às interações pessoais que se desenvolvem cotidianamente no ambiente escolar. Estas não seriam plenamente conscientes e responderiam, mais do que as decisões didáticas ou pedagógicas, a modos pessoais de abordar as diferentes situações que surgem.

Na ausência de qualquer formação específica para essa tarefa, tentar ou não a mediação, e obter ou não êxito nessa tentativa, estaria ligado a certas percepções ou aptidões pessoais de alguns professores, levando ao improviso. Contudo, seria possível promover a capacitação de mediadores, por meio de experiências e exercícios, utilizando técnicas de jogos, dramatizações, vídeos, leitura de contos, dentre outros, e é isso que vem sendo realizado pela Direção Nacional.

O texto também informa que os docentes e não docentes que participaram desse tipo de experiência reconhecem a utilidade e a aplicabilidade da mediação em seus lugares de trabalho. Em relação aos estudantes, há relatos de que alguns desenvolveram a habilidade de atuar como “promotores de entendimento”, observando-se que depois dessa

experiência passaram a participar de outros projetos solidários, servindo também como difusores da chamada “cultura da mediação” em seus bairros, família, etc.

Em última análise, o texto, fruto também de relato de campo na experiência que tivemos na Argentina, afirma que os integrantes da comunidade educativa que participaram desse processo de capacitação teriam se tornado “multiplicadores das ferramentas de prevenção da violência nas suas escolas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contrastando esses relatos sobre a experiência argentina e a experiência brasileira, no campo da mediação escolar, observa-se que naquele país, já há alguns anos, opções institucionais têm levado a que esta se realize (em uma perspectiva institucional, pelo menos) primeiramente em sede extrajudicial, no próprio ambiente escolar, tentativas (sessões) de mediação conduzidas por mediadores devidamente capacitados em um programa específico.

Ao passo em que na experiência brasileira a mediação somente há pouco tempo vem sendo disponibilizada à sociedade, tendo como marco mais relevante a Resolução 125/2010 do CNJ, que instituiu os Tribunais como polos difusores das soluções consensuais dos conflitos de interesse. E que, posteriormente, foi seguida em iniciativas análogas pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). São diplomas normativos que ainda dependem de serem testados ao máximo das suas respectivas potencialidades, no campo da solução consensual de conflitos.

Não obstante, na experiência brasileira, até este momento e nos limites da pesquisa aqui apresentada, a escola não parece ter sido eleita como um espaço preferencial para o tratamento dos conflitos que surgem dentro ou a partir dela, nem há notícia de programas de capacitação de mediadores escolares em larga escala, até o momento. Dai porque parece

ser interessante observar a experiência argentina, e refletir sobre os meios de implementação e fortalecimento das práticas de mediação extrajudicial, sobretudo – no caso deste artigo – a mediação escolar.

REFERÊNCIAS

- AGUINSKY, Beatriz Gerhenson; SILVA, Gabriela Machado da; PACHECO, Cássia Linhares; ÁVILA, Lisélen de Freitas. Judicialização dos Conflitos Escolares: desafios para a materialização dos princípios do SINASE. Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/serpinf/2014/assets/21.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.
- ARGENTINA. Ley nº 24.573 de 1996 – Establécese la mediación y conciliación previa a todo juicio. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/2500029999/29037/norma.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2015.
- _____. Ley nº 26.589 de 2010 - Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2015.
- _____. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Mediación en La Argentina, una Herramienta para El Acceso a La Justicia. Buenos Aires: Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, 2015.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil. 2012.
- BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas. In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 103-125.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125/2010. Disponível em <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao/legislacao>>. Acesso em: 02 mar. 2015.
- _____. Lei nº 13.105/2015 – Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- _____. Lei nº 13.140/2015 - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 01 mai. 2018.
- CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. Mediación – Diseño de una Práctica. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.
- FILPO, Klever Paulo Leal. Mediação Judicial: Discursos e Práticas. Rio de Janeiro: Mauad X e FAPERJ, 2016.
- _____; SAMPAIO, Beatriz Magrani; PEREIRA, Laura Macedo Diniz Marques. Estudo de Casos de Judicialização e Mediação de Conflitos Escolares no Município de Petrópolis, Rio de Janeiro. 2017. V Encontro Nacional sobre o Ensino de Sociologia Básica. Anais... Brasília: UnB, 2017.
- GROSSI, Patrícia Krieger; AGUINSKY, Beatriz Gerhenson; SANTOS, Andréia Mendes dos. Justiça Restaurativa nas escolas de Porto Alegre: desafios e perspectivas. Disponível em <http://justica21.org.br/arquivos/bib_272.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- MALINOWSKI, Bronislaw. Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné Melanésia. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MARTÍN, Nuria Belloso. A Mediação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). Justiça Restaurativa e Mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

- MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados. Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social. IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro. v. 4, n. 1, jan./mar. 2011.
- MENDONÇA PINTO, Nalayne. Juventude, conflitos e consensos: estudo de caso em duas escolas. In: GUEDES, Simoni Lahud; CIPINIUK, Tatiana Arnaud (Org.). Abordagens Etnográficas sobre Educação. Rio de Janeiro: Alternativa e FAPERJ, 2014, pp. 83-96.
- NUNES, Thais Borzino Cordeiro. A conciliação nas ações fazendárias: perspectivas teóricas e obstáculos empíricos para a sua efetiva implementação. 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis.
- OLIVERA, Mirta Gómez. Mediación Comunitária. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2005.
- SIMIÃO, Daniel, et al. Sentidos de justiça e reconhecimento em formas extrajudiciais de resolução de conflitos em Belo Horizonte. In: Conflitos, Direitos e Moralidades em Perspectiva Comparada. KANT DE LIMA, Roberto; EILBAUM, Lucía; PIRES, Lenin. (Org.). Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- TEIXEIRA, Gustavo. Manual Antibullying para Pais, Alunos e Professores. Rio de Janeiro: Best Seller, 2011.
- VEZULLA, Juan Carlos. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org.). Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 63-93.
- WARAT, Luis Alberto. In: MEZZARROBA, Orides et. al. Surfando na Pororoca: ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. III.
- _____. Pensemos Algo Diferente em Matéria de Mediação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). Justiça Restaurativa e Mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

MEDIAÇÃO FAMILIAR: DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Lívia Heringer Pevidor Bernardes¹

INTRODUÇÃO

O conflito é inerente a todo ser humano. Não importa a época ou lugar, podem haver conflitos. Ele pode ocorrer entre dois ou mais indivíduos, ou até mesmo o indivíduo com ele mesmo (internamente). Desse modo, como há vários tipos de conflitos diferentes, há também várias formas de solucioná-los. E neste artigo vamos nos ater aos métodos consensuais, principalmente a mediação.

Assim, muito embora tem-se falado com frequência nos meios adequados de solução de conflitos, veremos neste artigo que não é uma novidade na legislação brasileira. Iremos analisar a legislação brasileira no século XIX, mais especificamente no Brasil império, quando foi promulgada a primeira Constituição.

Na Constituição de 1824 a conciliação prévia foi posta como uma condição para se iniciar um processo judicial. Ademais, tal conciliação deveria ser realizada através de um terceiro responsável para tanto, o “juiz de paz”. Com isso, é possível perceber como o legislador há quase dois séculos atrás incentivou a prática de meios consensuais.

Nesse pormenor, será abordado a evolução de tais métodos na legislação brasileira, culminando no Novo Código de Processo Civil, levando em conta a importância que a Constituição de 1824 deu a

¹ Graduada pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, pós-graduada em Direito Previdenciário pela Damásio Educacional, advogada supervisora do Núcleo de Prática Jurídica e mediadora do CCMA (Centro de Conciliação, Mediação e Arbitragem) da Universidade de Vila Velha/ES.

conciliação chegando até seu declínio no início da República e, posterior ascensão com a promulgação do CPC de 2015.

Sem dúvidas, os impasses enfrentados pelo Poder Judiciário, como a morosidade na resolução das demandas, a ineficiência e o alto custo dos processos, contribuíram para a ascensão dos métodos autocompositivos.

O que iremos observar é que o CPC de 2015 trouxe a mediação para dentro do processo, designando uma audiência de mediação ou conciliação logo no início do processo. Outrossim, previu um grande incentivo a mediação nas ações de família. Tal ponto será refletido no final desse artigo, entendendo que é necessária uma mudança de postura de todos os que atuam para promover a justiça, a fim de ajudar as famílias a restabelecerem o diálogo e solucionarem suas próprias demandas.

BREVE HISTÓRIA DA POSITIVAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A primeira aparição dos métodos autocompositivos se deu no início do século XIX, no período do Brasil Império, embora possa haver pessoas que pensem ser algo da atualidade.

A conciliação foi implementada no Brasil legalmente no século XIX, no artigo 161 da Constituição Brasileira de 1824. Para que hegasse a um artigo expresso na lei brasileira, houve forte influência de uma longa tradição do Império de Portugal.

Em Portugal a conciliação surgiu em meados do século XV no governo de Dom João II, como sendo uma solução de concórdia das demandas. No século seguinte, as Ordenações Manuelinas também previam o instituto da conciliação. Ademais, quando D. Felipe II assumiu o trono de Portugal, manteve a prática da conciliação em seu governo (CAMPOS, 2017, p. 265-267)

Após a declaração de independência do Brasil em 1822, viu-se a necessidade de formular uma Constituição para o Brasil. Assim, em 1824 foi promulgada a primeira Constituição do Império Brasileiro.

Conforme já mencionado o instituto da conciliação está previsto no artigo 161 e 162, conforme se observa a seguir:

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art.162. Para este fim haverá juízes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Câmaras. Suas atribuições, e Distritos serão regulados por Lei (BRASIL, 1824).

É possível observar nos artigos citados que a conciliação prévia era obrigatória, sendo colocada como condição para iniciar o um processo judicial. Outra característica é a utilização do termo “reconciliação” trazendo a ideia de que as partes envolvidas irão voltar ao status anterior ao conflito, conforme bem menciona a autora Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes (2014, p 88):

[...] o que pretendia o legislador da época era mostrar ao cidadão, que o conflito advém de uma situação pretérita que, antes de sofrer a obstrução causal que levou à ruptura total ou parcial de uma relação familiar, contratual, societária havia uma situação estável, equilibrada, consensual, de convivência, de relação comercial ou pessoal, e que, portanto, era conciliada nos termos a que a originaram, ou seja, nos termos avençados precipuamente. O conflito, ao atingir esta relação, até então estável, trouxe nova roupagem àquela situação, tornando-a litigiosa, controvertida, e justamente por isso o legislador constitucional do período do Brasil pós-colonial via nesta forma de solução de conflito, um momento de reconciliação, que quer significar, indubiosamente, o reencontro da situação pacífica anteriormente ao conflito existente.

Outrossim, alguns autores (apud DEMARCHI, 2008, p. 48) interpretam a imposição da tentativa de conciliação do artigo 161 da Constituição de 1824 como sendo uma condição de procedibilidade, sem a qual haveria falta de interesse de agir a obstaculizar o prosseguimento do processo.

Uma novidade legislativa para os portugueses era a instituição de juízes de paz, como o terceiro responsável por promover a conciliação. Sobre esse tema alude a doutora e professora Adriana Campos (2017, p. 30 e 31):

A Constituição de 1824 apresentou um quadro das inovações judiciárias que substituíram os velhos postos judiciais, no qual figuravam os juízes leigos eleitos – dessa vez sob a denominação de juízes de paz (artigos 161 e 162 da Constituição de 1824). Não era desconhecida essa magistratura em outros países como Inglaterra, França e Estados Unidos. No Brasil, contudo, esses juizados foram instituídos somente no Império e sob o impulso de nossa elite política. A essa magistratura cabiam as *conciliações* dos querelantes, sem o que nenhum processo judicial teria início.

Desse modo, observa-se que o constituinte preocupou em deixar a conciliação a cargo de alguém estritamente responsável para exercer tal função, não querendo, sabiamente, que os juízes comuns acumulassem essa função.

Ademais, a intenção do legislador era deixar a conciliação no campo de atuação da própria comunidade, visto que os juízes de paz seriam eleitos, fazendo transparecer o elemento da confiança, uma vez que o juiz escolhido para esta função seria aquele que a sociedade confiasse (MENDES, 2014, p. 87).

Ocorre que, somente em outubro de 1827 é que foi promulgada a lei que tratava sobre a eleição dos juízes de paz, que deveria ser feita em cada freguesia e capela curada (CAMPOS et al, 2017, p. 34).

Depois de muitos debates políticos sobre como implementar de fato a conciliação prévia e a atuação dos juízes de paz, as audiências de conciliação era uma realidade no Brasil do século XIX.

Leis, decretos e acordos infraconstitucionais promulgados após a Constituição de 1824 confirmaram a obrigatoriedade de uma tentativa prévia de conciliação das partes envolvidas ao processo judicial. Nesse sentido, o Regulamento nº 737 de novembro de 1850, que propunha regular as causas comerciais, tratava da obrigatoriedade de conciliação, com

exceções da prévia, nas demandas comerciais. Já em 1876, a Consolidação das Leis do Processo Civil, conhecida como Consolidação Ribas, previu que caso não fosse realizada a conciliação perante o juiz de paz, seria atribuída à nulidade do processo (GUIMARÃES CAMPOS, 2010, p. 54)

Contudo, com o passar dos anos a conciliação se deparou com vários obstáculos, conforme relataram Adriana Pereira Campos e João Vitor Sias Franco (2017, p. 270):

Em verdade, as conciliações alcançavam êxito parcial, uma vez que o procedimento lograva, em média, a composição de cerca de um terço dos casos. Como na França, o instituto encontrava barreiras importantes para sua exequibilidade. A revelia revelou-se empecilho relevantíssimo. As críticas à falta de efetividade da conciliação, assim, acompanhavam as censuras às autoridades conciliadoras – os juízes de paz.

Vale ressaltar que, após a Proclamação da República em 1889, foi promulgado o Decreto nº 359 que extinguiu a obrigatoriedade da conciliação prévia como condição preliminar ao processo, sob a justificativa de onerosidade e de inutilidade do método como composição das demandas (DEMARCHI, 2007, p. 53)

Os referidos autores relataram (2017, p. 271-272) relataram sobre o enfraquecimento do instituto da conciliação, que a partir da constituinte de 1890/91 os estados da federação ficaram incumbidos de criar leis processuais estaduais, desde que não versassem sobre temas atinentes a Justiça Federal.

Em alguns estados brasileiros a leis processuais aboliram a conciliação, como foi o caso do Código de Processo Civil e Comercial do Espírito Santo, de 1914. Por conseguinte, as Constituições de 1934 e 1937 passou para o Congresso o direito de legislar sobre direito processual. Assim, em 1939 foi promulgado o primeiro código nacional de processo civil que aboliu a obrigatoriedade da conciliação prévia, prevendo apenas a possibilidade de reconciliação para o restabelecimento de união entre cônjuges, mas exigia requerimento ao juízo, assinado pelo casal, e homologado por sentença (artigo 646). Nesse interim, os autores Adriana

Pereira Campos e João Vitor Sias Franco (2017, p. 272) explicam o declínio do instituto da conciliação

A nova legislação aboliu a conciliação como procedimento prévio obrigatório para o ajuizamento das ações judiciais, sob a justificativa da ineficiência e onerosidade desse procedimento. O declínio do instituto da conciliação decorreu, assim, do crescente formalismo jurídico, que não permitia alternativas de solução de conflitos por métodos colaborativos.

No século XX a legislação trabalhista trouxe a previsão da tentativa de conciliação e no Código de Processo Civil de 1973 também. Porém, o poder judiciário na tentativa de solucionar todas as demandas a ele corrida chegou a um colapso e hoje se observa a busca pela utilização de métodos adequados de resolução de conflitos, como a conciliação e a mediação.

Nesse interim, assevera sobre os impasses do sistema atual a autora Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes (2014, p. 87):

E justamente por conta do modelo atual, de enraizada judicialização de todo tipo de conflito, é que o personagem nele envolvido, ao procurar o profissional para providenciar o necessário, rapidamente se torna um personagem processual, uma parte perante o poder do Estado, mais um número entre tantos outros, a esperar infinitamente, por uma solução que, repito, em absoluto soluciona o seu problema, mas apenas coloca um ponto derradeiro ao conflito processualmente estabelecido pelos profissionais envolvidos.

Assim, com essa cultura do litígio, da judicialização dos conflitos, o Poder Judiciário deixou de ser eficiente devido a inúmeras questões como a morosidade, alto custo dos processos e não efetividade de suas decisões. Esse quadro levou o legislador a incentivar na própria lei o uso dos meios consensuais de solução de conflito, como é o caso do Novo Código de Processo Civil, que traz claramente essa mudança de paradigma.

Nesse pormenor, vamos abordar a aplicação do Novo Código de Processo Civil de 2015 em relação a busca por efetivar métodos consensuais de solução de conflitos.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Do uso do termo “mediação”

Conforme já elencado, tanto a mediação quanto a conciliação são exemplos de métodos autocompositivos de solução de conflitos. Vamos abordar aqui as diferenças e semelhanças.

Importa destacar que em muitos países não há essa distinção, e quando se fala em mediação ou conciliação estão se referindo a um método de resolução de demanda, o qual pressupõe a presença de um terceiro que irá facilitar o diálogo entre as partes, auxiliando para que cheguem a um acordo satisfatório para ambos.

Nesse viés, o termo “mediação” é adotado em muitos países para se referir a forma pacífica de resolução de lides, sendo assim, tal termo abrange tanto a conciliação como é realizado no Brasil, como também a mediação pura (MENDES, 2014, p. 99).

Sobre esse assunto a autora Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes (2014, p 99 e 100) explica

É importante explicar que nos estudos desenvolvidos em nosso país há uma grande preocupação dos doutrinadores em diferenciar os conceitos de mediação e conciliação, inclusive com respeito à forma de atuação dos respectivos mediadores e conciliadores. Em razão disto, as denominações têm aplicação diferenciada; mas, nos demais países, onde os métodos adequados de solução de conflitos já estão amplamente difundidos, utiliza-se tão somente a expressão mediação, a qual engloba, como se percebe os termos das legislações estrangeiras, o conceito da conciliação feita no Brasil, qual seja, que conta com a participação ativa do legislador, inclusive para sugerir soluções para a controvérsia trabalhada.

Como visto, é preciso observar o uso do termo mediação e como ele está sendo aplicado, pois dependendo do país ele pode abranger também a conciliação.

Cabe salientar que, na legislação brasileira até final do século XX se verificou apenas o uso do termo “conciliação”, mas no final dos anos 90 os

autores já se preocupavam em distinguir a mediação de conciliação, bem como de implementar a mediação. Sendo assim, veremos que a legislação atual, tanto o Código de Processo Civil de 2015, quanto a Lei 13.140/2015 que trata da mediação, se propuseram a regular a mediação e a conciliação como sendo métodos distintos.

Do conceito de mediação

O conceito de mediação nas doutrinas não é fechado, ou seja, cada doutrinador expõe com suas palavras o que entende sobre a mediação. Contudo, eles apresentam basicamente que, a mediação é um método autocompositivo de solucionar conflitos, por meio do qual as partes serão auxiliadas, por um terceiro imparcial, para chegarem a um acordo comum.

Nesse sentido, a autora Lília Maia de Moraes Sales (2007, p. 27), define mediação como “um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência”.

Já Petrônio Calmon (2007, p. 119), inclui na definição de mediação o conceito de negociação, assim, dispõe que

À inclusão informal ou formal de terceiro imparcial na *negociação* ou na disputa dá-se o nome de *mediação*, que é, pois, um mecanismo para a obtenção da *autocomposição* caracterizado pela participação de terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos (grifo do autor).

Ele ainda diferencia a mediação informal, que acontece no cotidiano dos indivíduos, como aquelas mediações no âmbito familiar ou educacional que um terceiro (parente, colega) auxilia na obtenção de um acordo, sem se envolver diretamente na decisão, da mediação formal, a qual segue algumas normas e técnicas pré-estabelecidas e ocorre num ambiente neutro, podendo ser até num núcleo de mediação (CALMON, 2007, p. 120).

Dessa forma, observa-se algumas diferenças no modo de definir a mediação, mas a essência encontra-se presente em todas as definições, a qual seja, a participação de um terceiro imparcial (o mediador) sem o poder de interferir diretamente no acordo (decisão) para ajudar as partes a solucionarem o conflito.

Semelhanças e diferenças da mediação e conciliação

O Novo Código de Processo Civil descreve os princípios comuns da mediação e conciliação no artigo 166, que são eles: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Assim, o Novo CPC prevê que em se tratando de princípios norteadores do método consensual, eles serão os mesmos tanto para a mediação, quanto para a conciliação.

Dessa forma, entende-se que a mediação e a conciliação têm pontos em comuns, quais sejam: voluntariedade, informalidade, flexibilidade; autoridade das partes na elaboração de decisões mutuamente aceitáveis; atuação imparcial de um terceiro interventor, além de serem procedimentos privados. Contudo, esses métodos se diferenciam em quatro aspectos, sendo eles: indicação; propósito principal; profundidade da apreciação do conflito e modo de atuação do terceiro interventor (SANTOS, 2012, p. 116).

Quanto ao aspecto da indicação, este diz respeito ao método a ser usado a depender do conflito e da relação das partes. Nesse caso, a mediação é indicada aos casos em que as partes tem uma relação duradoura, são ligadas por um vínculo afetivo, como por exemplo, quando se trata de relações familiares, comerciais, trabalhistas, etc. Já a conciliação é indicada quando as partes têm uma relação circunstancial, pontual, precisando resolver o conflito que surgiu e depois essa relação pode se romper.

No que se refere ao segundo aspecto, o propósito principal da mediação é reestabelecer o diálogo, podendo culminar num acordo, já na conciliação é o próprio acordo. Nisso, verifica que na mediação haverá

um aprofundamento maior na apreciação do conflito, buscando os reais interesses das partes.

Em relação ao modo de atuação do mediador e do conciliador, esse é um ponto marcante para diferenciar os dois métodos. Na conciliação o terceiro terá um papel mais incisivo, poderá propor acordos para que as partes acatem, lembrando que o objetivo principal da conciliação é o acordo. Por sua vez, o mediador atuará como facilitador do diálogo, ajudando as partes conversarem e fazendo com elas cheguem na melhor solução, assim, ele deve propor acordos nem mesmo se posicionar sobre o resultado, conforme foi aludido nos artigos acima transcritos do Novo CPC.

Desse modo, vê-se necessário realçar tais diferenças para não haja confusão entre um mecanismo e outro, até porque a própria lei faz essa diferença. Assim, apesar da legislação brasileira tratar apenas da conciliação até final do século XX, a mediação está expressa na lei processual civil atual, juntamente com a conciliação, sendo um dos meios adequados de solucionar conflitos.

A aplicação da mediação no novo Código de Processo Civil

Nesse tópico iremos abordar sobre como a mediação foi disposta na nova legislação processual civil. Com isso, veremos como o legislador se preocupou em instituir os meios consensuais de solução de conflitos.

Inicialmente, é preciso salientar que o Novo Código de Processo Civil trouxe uma nova perspectiva sobre o processo civil, visto que com a constitucionalização do processo será necessário quebrar paradigmas antigos e se adequar à nova realidade, conforme prevê o artigo 1º do CPC/2015.

Com os impasses do Poder Judiciário, sua falta de eficiência e enorme morosidade para solucionar as demandas, houve uma crescente luta no final do século XX e início do século XXI para a aplicação legal e efetiva dos meios consensuais de solução de conflitos. Desse modo, culminou na promulgação de legislações que incentivam e regulam esses métodos consensuais.

Nesse diapasão, já no início do CPC/2015 em seu artigo 3º, parágrafo 2º e 3º, o legislador fez questão de assegurar que o Estado irá promover a solução consensual de conflitos e os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público têm a responsabilidade de estimular a conciliação, a mediação e outros métodos adequados de solução de demandas. Além disso, tais métodos devem ser estimulados inclusive no curso do processo judicial.

Nesse sentido, o legislador trouxe a tentativa de mediação e conciliação para dentro do processo, em que o juiz ao receber o processo, não sendo caso de improcedência liminar do pedido, designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, conforme dispõe o artigo 334, caput, do CPC/2015.

Com isso, é possível perceber que o legislador se preocupou novamente com a aplicação dos meios consensuais. Diferente de como vimos na Constituição Brasileira de 1824, que a conciliação foi posta numa fase anterior ao processo, o Novo Código Processual colocou a mediação e a conciliação no curso do processo, sendo a primeira audiência. Aqui, o legislador não quis colocar a tentativa de conciliação ou mediação como uma condição prévia para dar entrada num processo judicial, até porque muitos poderia entender como uma obstrução ao acesso à justiça. Por esse motivo, sabiamente, o legislador introduziu a audiência de conciliação e mediação, oportunizando as partes do processo terem contato com esses métodos e podendo até resolver a demanda de forma consensual.

Tal posição do legislador, também pode ser verificada no período do Brasil Império com a criação dos Juízes de Paz, uma pessoa responsável para promover a conciliação das partes, diferente dos juízes que julgavam as causas e dos outros servidores da justiça.

É importante fazer esse contraponto do Novo Código de Processo Civil e a Constituição do Brasil de 1824 para observar que muitas coisas que pensamos ser uma novidade, talvez já foi aplicada na história, com as devidas diferenças.

Outrossim, em pese o CPC 2015 prevê a audiência de mediação sendo realizada nas estruturas do Poder Judiciário, isso não exclui de forma

alguma a mediação extrajudicial e prévia ao processo, conforme dispõe o artigo 175 do referido Código. Até porque, a mediação extrajudicial, feita de forma independente do Poder Judiciária poderá prevenir um processo litigioso, o que de certa forma ajudara a diminuir as demandas judiciais.

Pelo exposto, é evidente que a intensão do legislador no CPC 2015 foi incentivar a prática dos meios consensuais de solução de conflito, como a mediação, para tanto foi reservado a *seção V, do Título IV, do Livro III (Dos Sujeitos do Processo)* para tratar sobre os conciliadores e mediadores judiciais, bem como o *capítulo V, do Título I, do Livro I (Parte Especial)* para tratar especificamente da audiência de mediação ou conciliação.

No próximo tópico deste estudo vamos adentrar especificamente na mediação na área familiar.

A mediação familiar no novo Código de Processo Civil

Antes de adentrarmos ao estudo da mediação familiar, faz necessário uma breve análise sobre os conflitos que envolve uma família.

Conforme já aludido, o conflito é inerente ao ser humano e no âmbito familiar que reúne diferentes pessoas num mesmo espaço ele passa a ser quase que inevitável. A diferença vai se dar como cada membro da família vai reagir ao conflito instalado.

Sendo assim, uma família com uma convivência saudável é necessário que se tenha diálogo entre seus membros, a fim de que quando os conflitos aparecerem as próprias pessoas da família terão capacidade de solucionar.

Contudo, sabemos que existem conflitos familiares que irão demandar da ajuda de terceiros e muitas vezes serão levados ao judiciário, como é o caso do divórcio, alimentos, guarda e visitas de filhos menores.

Desse modo, como na relação familiar, as partes envolvidas possuem um vínculo entre elas, o meio consensual mais adequado para tentar solucionar o conflito é através da mediação.

Assim, a mediação familiar irá auxiliar o casal e as famílias nos momentos de conflitos, restabelecendo a comunicação, a fim de que os próprios envolvidos cheguem a melhor solução para aquele problema.

O Código de Processo Civil de 2015 dentro do *Capítulo X* que trata das ações de família realçou a importância do uso da mediação no âmbito de conflitos nas ações de família.

O legislador por bem deixou expresso no referido Código que serão empreendidos todos os esforços para a solução consensual de conflitos, tendo o juiz o dever de dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação (artigo 694).

Ademais, no artigo 696 prevê que a audiências de mediação poderão ser dívidas em várias sessões, a fim de viabilizar a solução consensual do litígio. Caso haja um acordo na sessão de mediação, este será homologado pelo juiz, tendo força de título executivo judicial (art. 334, § 11º).

Insta salientar que, quando houver interesse de incapaz o Ministério Público deverá ser ouvido antes da homologação do acordo (artigo 698).

Nesse interim, se mediação familiar, seja ela judicial ou extrajudicial, atingir seu fim principal que é restabelecer o diálogo entre as partes, conflitos futuros poderão ser evitados nas famílias se as pessoas tiverem a coragem e a disposição para usufruírem a criação e a originalidade no ambiente familiar. Desse modo, possível adotar a mediação em família como um modo de vida e fazer dela um legado familiar (BOECHAT, 2017, p. 324).

Importa salientar que para que esta cultura da mediação seja implantada na sociedade brasileira serão necessários esforços, principalmente, de todos aqueles responsáveis por promover a justiça, assim como dispõe o artigo 3, §3º, do CPC de 2015. Primeiro, para fazer valer a lei processual, segundo para efetivamente solucionar o litígio, visto que com a mediação além das partes acordarem o que é melhor para elas, através do diálogo podem futuramente solucionarem seus conflitos sem precisar da ajuda de terceiros ou até mesmo prevenir novos litígios.

Portanto, resta evidente a importância da prática da mediação nos conflitos familiares e o incentivo que o CPC 2015 deu a aplicação de tal prática, trazendo vários artigos expressos que coadunam com esta ideia.

CONCLUSÃO

Concluiu-se neste artigo que, os métodos consensuais de resolução de conflitos, não são uma novidade na legislação brasileira e, que a mediação é o método adequado para tratar conflitos familiares, visto que as partes possuem vínculo entre elas, e através da mediação poderá haver o restabelecimento do diálogo, podendo até mesmo evitar novos conflitos. Contudo, para que a mediação familiar seja aplicada demandará esforços de todos aqueles responsáveis por promover a justiça, sejam eles, juízes, promotores, defensores públicos, advogados, serventuários da justiça e mediadores.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25.03.1824. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 20 mar 2018.
- BRASIL. Lei de 15 de outubro de 1827. Rio de Janeiro. 1827. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html>. Acesso em 20 mar 2018.
- BRASIL. Decreto N. 359, de 26 de abril de 1890. Rio de Janeiro, 1890a. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 mar 2018.

- BRASIL. Lei N. 13.105, de 16.03.2015. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 mar 2018.
- BOECHAT, Ieda Tinoco; DE OLIVEIRA, Carlos H. M.; ZAGANELLI; Margareth Vetis. A mediação e a autocomposição de conflitos: legados familiares possíveis. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 19 n. 118 Jun./Set 2017 p. 305-329
- CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAMPOS, Adriana Pereira; SLEMIAN, Andréa e DA MOTTA, Kátia S. Juízes de Paz - Um Projeto de Justiça Cidadã nos Primórdios do Brasil. Curitiba: Editora Juruá, 2017
- CAMPOS, Adriana Pereira e SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazílio. A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 59, n. 1, 2016. p. 271-298.
- CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João V. Sias. A conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. Revista de Direito Brasileira, v. 18, n. 7, p. 263-281, 2017.
- CINTRA, Antonio C. de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R., Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2010
- DE OLIVEIRA, Lauro Ericksen Cavalcanti. Conflitos sociais e mecanismos de resolução: uma análise dos sistemas não judiciais de composição de litígios. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 15 n. 107 Out. 2013/Jan. 2014 p. 771 a 796
- DEMARCHI, Juliana. Mediação Proposta de implementação no processo civil. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2007.
- MENDES, Maria Lúcia R. de Castro Pizzotti. Mediação e conciliação. Histórico dos métodos adequados de solução de conflitos e experiências contemporâneas no Brasil e em outros países. Das técnicas de conciliação e mediação, suas nuances, pontos convergentes e aspectos práticos. In: TOLEDO, Armando S. Prado;

- TOSTA, Jorge; ALVES, José C. F. (Org.). Estudos avançados de mediação e arbitragem. 1ª ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação de conflitos: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007.
- SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

DIREITO PROCESSUAL
INTERNACIONAL

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CPC SOB A LUZ DO RÉFÉRÉ FRANCÊS

Vitor Amm Teixeira¹
Paula Soares Campeão²

INTRODUÇÃO

A morosidade na prestação jurisdicional representa um tema atual e bastante discutido, sobretudo no cenário processual brasileiro, por compreender um dos fatores responsáveis pela crise que acomete o Poder Judiciário. Não é raro encontrar, nos tribunais brasileiros, demandas em trâmite por vários anos e até mesmo décadas, o que vai de encontro, inclusive, com o direito fundamental à duração razoável do processo, estatuído no art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB.

Diante desse contexto, as tutelas provisórias, com destaque para a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, constituem verdadeiras exceções à regra do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente, tendo em vista serem tutelas diferenciadas responsáveis por sopesar a dilação temporal dos processos, no intuito de prestar a tutela jurisdicional pretendida de forma célere e efetiva, em virtude da peculiaridade do direito em questão.

A técnica da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, prevista no Código de Processo Civil de 2015, representa um positivo passo dado pelo sistema processual, uma vez que permite o encurtamento do tempo do processo, ao encerrá-lo após a concessão da tutela antecipadamente. Pela via reflexa, o mecanismo ainda reduz a

¹ Mestrando em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo.

² Mestranda em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada, OAB/ES. E-mail: paulascampeao@gmail.com.

demasiada carga de processos em trâmite no Poder Judiciário, bem como contribui para a pacificação social.

A investigação da temática objeto da presente pesquisa apresenta reflexos práticos de grande significância para a complementação procedimental da concisa redação do art. 304, do CPC/2015.

Como cediço, questões como a suposta equiparação dos efeitos da estabilização com a coisa julgada, após o transcurso do prazo de dois anos para revisão, reforma ou invalidação, por exemplo, não foram abordadas pelo legislador na redação do CPC/2015. Portanto, necessitam da mencionada análise como forma de complementar a sistemática processual da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, objetivando sua esmoreita aplicação e a garantia plena do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, presente no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB.

Por fim, diante do exposto, torna-se necessária a abordagem das origens do instituto da estabilização da tutela antecipada por meio do Direito Comparado, sobretudo ao sistema do *référé* francês. Este sistema representa uma das maiores inspirações da aludida temática no contexto do Código de Processo Civil de 2015.

Diante de tais questionamentos, a partir de uma linha de investigação “jurídico diagnóstica”, entendida como “abordagem preliminar de um problema jurídico que ressalta suas características, percepções e descrições” (DIAS; GUSTIN, 2013, p. 27), o presente artigo tem como objetivo sistematizar o desenvolvimento dado ao instituto da estabilização da tutela antecipada para além da sucinta redação do art. 304 do mencionado dispositivo legal.

PANORAMA GERAL DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vive-se, hoje, em um Estado Democrático de Direito no Brasil, no qual o escopo principal da jurisdição não mais se traduz na simples

realização da vontade concreta da lei, mas sim na prestação da tutela ao direito material acometido de crise.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XXXV, prevê expressamente acerca da impossibilidade de a legislação excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. A prestação da tutela jurisdicional, portanto, representa a apreciação de tal conflito levado ao Poder Judiciário.

Nesse trilhar, deve-se destacar que a sanabilidade da crise e, conseqüentemente, a entrega da tutela pelo Poder Judiciário demanda tempo. Todavia, em diversas situações concretas, a espera pela resolução do conflito levado à apreciação do poder jurisdicional, ou seja, a duração do processo judicial, é algo que pode gerar sérios prejuízos ou riscos de prejuízos às partes, o que acarreta até mesmo o comprometimento da efetividade da tutela a ser prestada (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 614).

Nesses casos, o ônus do tempo consiste em um fator prejudicial àquele que procura o Poder Judiciário a fim de receber a prestação da tutela, revertendo-se em verdadeira vantagem ao seu litigante. Isso porque, a vida das partes não se torna estática ao se levar uma lide ao Poder Judiciário para ser solucionada.

Por esse motivo, considerando que o sistema jurídico nem sempre pode ficar refém do tempo para prestar a tutela, sob pena de causar danos à efetivação do resultado pretendido pelas partes no processo, sobreleva-se a necessidade de aplicação de técnicas processuais diferenciadas presentes no CPC/2015, responsáveis por reger provisoriamente e de maneira mais célere a crise de direito posta em juízo, a exemplo das tutelas provisórias.

Conforme já destacado, é direito fundamental de todos a obtenção de uma resposta jurisdicional efetiva acerca das crises jurídicas (art. 5º, inciso XXXV, da CFRB). Ao mesmo tempo, a Constituição Federal de 1988 assegura o devido processo legal, a coisa julgada, e o contraditório e a ampla defesa, como direitos fundamentais também estatuídos na Carta Magna, o que remete à adoção de medidas garantidoras da segurança jurídica.

Disso decorre a necessidade e, principalmente, a dificuldade de se compatibilizar efetividade e segurança jurídica, uma vez que ambas demandam o consumo do tempo, porém em proporções inversas. Enquanto, de um lado, a segurança jurídica eleva o tempo do processo, de outro, a efetividade importa seu encurtamento. Assim, a técnica processual das tutelas provisórias teria o condão de proteger o jurisdicionado contra os efeitos negativos do tempo no processo.

A respeito das tutelas provisórias, estas podem ser compreendidas como o conjunto de técnicas cujo objetivo é prestar a tutela jurisdicional de maneira antecedente ou incidental, uma vez presentes os requisitos da urgência ou da evidência, por meio de uma decisão provisória capaz de assegurar ou satisfazer, desde logo, a pretensão do requerente (BUENO, 2017, p. 257).

A tutela provisória está prevista nos arts. 294 a 311, do CPC, podendo fundamentar-se tanto em tutela de urgência – arts. 300 a 310 – quanto em tutela de evidência – art. 311. A tutela de urgência, ainda, foi bipartida em outras duas espécies: a cautelar e a antecipada.

Em apertada síntese, Leonardo Greco (2016) explica que a distinção básica entre a tutela de urgência e a de evidência consiste no fato de que a primeira tem o propósito de evitar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, enquanto que a segunda teria o fito de acolher, no todo ou em parte, o pleito principal do autor provisoriamente, cujo direito se apresenta provável, independentemente de qualquer situação de urgência, em qualquer das hipóteses presentes no art. 311 do CPC.

No que tange à conceituação das tutelas de urgência cautelares e antecipadas, levando-se em consideração a dificuldade doutrinária em encontrar limites à divergência prática entre ambas, Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 416) esclarece que são cautelares as tutelas de urgência que visam impedir que o próprio processo seja atingido por eventual situação de urgência ou por um risco de dano iminente, assegurando, portanto, o resultado útil do processo.

Por outro lado, as tutelas de urgência antecipadas, ou satisfativas, são aquelas que permitem satisfazer antecipadamente a própria pretensão

autoral, ou seja, o próprio bem da vida ou seus efeitos materiais, a fim de evitar sua deterioração pelo fator tempo.

Ademais, nos termos do art. 294, parágrafo único, do CPC, a tutela provisória de urgência, seja ela cautelar ou antecipada, pode ser concedida tanto em caráter antecedente como de maneira incidental. Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 571), essa distinção entre o caráter antecedente ou incidental na concessão da tutela de urgência leva em consideração, basicamente, o momento de seu requerimento, ou seja, antes ou durante o processo, respectivamente, tendo como parâmetro a ocasião do pedido de tutela definitiva.

No âmbito das tutelas provisórias, um dos temas de destaque e no qual ainda pairam dúvidas é a estabilização da tutela, neste caso, aplicável às tutelas de urgência satisfativas, mais especificamente àquelas requeridas em caráter antecedente, e conforme alerta Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 233) “[...] o legislador tratou mal da tutela provisória. Em vários pontos, sendo este apenas um deles. Bem por isso, a doutrina tem que elaborar freios para que desastres não aconteçam”.

Em virtude disso, antes de se adentrar ao tema da estabilização da tutela antecipada antecedente, faz-se mister a abordagem acerca da origem do mencionado instituto no Direito Comparado, mais especificamente ao sistema do *référé*, presente no ordenamento jurídico francês, de modo que seja possível, posteriormente, a compreensão acerca da aplicação da referida estabilização da tutela pelo Código de Processo Civil de 2015.

A INFLUÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO FRANCÊS ATRAVÉS DO SISTEMA DO RÉFÉRÉ

O *référé* é um instituto positivado no ordenamento jurídico francês, originário do *Châtelet* parisiense, em meados de 1685, estando presente no código processual francês até a atualidade. Conforme prevê o Código *La Procédure Civile du Châtelet de Paris* (PIGEAU, 1787), o *référé* corresponde a um procedimento sumário, podendo ser instaurado antes ou até mesmo

no curso do processo, cujo escopo primário é regulamentar uma situação jurídica de maneira provisória. Dessa situação jurídica regulamentada provisoriamente, é gerado um título judicial que pode ser executado independentemente do ajuizamento da eventual ação principal.

Pedro Losa Loureiro Valim (2015, p. 498), ao tratar do procedimento do *référé* francês, esclarece que o demandado é citado com antecedência para comparecer ao juízo em determinado dia e horário, sendo o procedimento finalizado mediante o proferimento de uma decisão provisória que não tem autoridade de coisa julgada.

Nesse sentido, o art. 484 do Código de Processo Civil francês preleciona que “A ordem de *référé* é uma decisão provisória concedida por requerimento de uma das partes, nos casos em que a lei confere a um juiz, que ainda não decidiu sobre o mérito, o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias” (tradução nossa). Assim, é um procedimento em contraditório, de caráter sumário, perante juiz monocrático alheio ao processo principal, resultando em um provimento de ordem por uma decisão provisória desprovida de autoridade da coisa julgada.

A *jurisdiction des référé*, para Gustavo Bohrer Paim (2012, p. 177), visa solucionar o perigo da demora do processo para a entrega da tutela jurisdicional, suprindo o procedimento e a decisão definitiva no intuito de satisfazer o interesse dos litigantes.

Além disso, conforme também afirma o autor supracitado, a sistemática funciona ainda como espécie de polícia das situações visivelmente ilícitas, uma vez que o reconhecimento da ilicitude de determinada situação desmotiva a parte vencida de ajuizar posteriormente a ação principal, resolvendo-se, portanto, a grande maioria dos casos sem a necessidade de processo ordinário (PAIM, 2012, p. 177).

O sistema do *référé* francês revela sua preocupação, acima de tudo, com a efetividade do processo e do provimento jurisdicional, em detrimento da mera formalidade legal.

Diferentemente do ordenamento jurídico brasileiro, na França há uma separação de competências, cabendo ao *juge des référés* apenas conceder ou não a tutela antecipatória pleiteada, não sendo de sua competência o

juízo da ação principal, caso seja ajuizada posteriormente por uma das partes em busca de uma cognição exauriente.

Assim, o ordenamento jurídico francês, através do sistema do *référé*, busca conferir autonomia à tutela antecipatória, tornando-a independente, não sendo submetida, via de regra, a uma posterior fase de cognição exauriente, exceto quando uma das partes se insurgir contra a tutela sumária concedida.

Diante desse cenário, o grande destaque do sistema do *référé* consiste na considerável aceitação das partes no tocante ao resultado desse procedimento de cognição sumária, tendo em vista a pequena parcela de processos de cognição exauriente instaurados após o *jugé des référés*. Nas palavras de Pedro Losa Loureiro Valim:

[...] mais do que uma certeza imutável e pautada em um trâmite processual demorado e moroso, a maior parcela da população prioriza uma resposta rápida, célere e tempestiva para a solução do litígio, com uma adesão considerável à arquitetura organizacional e funcional do instituto em questão [...] (VALIM, 2015, p. 499).

Eis, portanto, a maior virtude deste instituto: a racionalização efetiva das demandas e a consequente duração razoável do processo. Isso se dá ao conseguir evitar o ajuizamento de inúmeras ações de cognição exauriente no Judiciário francês apenas com o resultado do procedimento sumário em questão.

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO CONTEXTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Inspirado no sistema do *référé* francês, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer em seu art. 304 que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, concedida nos termos do art. 303 do mesmo

Código, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

A partir desse dispositivo, extrai-se que nos casos em que a situação de urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, mediante a exposição da lide, do direito a ser satisfeito e do *periculum in mora*, conforme preleciona o art. 303, do CPC.

Assim, uma vez concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, incumbe ao autor aditar a petição inicial – nos próprios autos – no prazo de 15 (quinze) dias, complementando sua argumentação, juntando novos documentos e confirmando o pedido de tutela final. Por conseguinte, o réu é citado para a audiência de conciliação ou de mediação. Caso não haja autocomposição, inicia-se o prazo para contestar.

O cerne da questão, porém, está relacionada à situação em que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente é deferida e, posteriormente, é dada ciência ao réu da decisão de concessão da tutela de cognição sumária.

Isso porque, o regular prosseguimento do feito – audiência de conciliação e mediação – só ocorrerá, em regra, caso o réu interponha recurso de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a antecipação da tutela, de modo a materializar sua irrisignação ante à tutela concedida.

Caso o réu não interponha o respectivo recurso, o art. 304, do CPC prevê, atendendo ao anseio da doutrina pátria, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover (2005) e José Roberto dos Santos Bedaque (2005), a autonomização e a estabilização da tutela concedida, além da consequente extinção do processo. A partir disso, a decisão considerada provisória passa a projetar seus efeitos para além do processo, consoante o disposto no art. 304, §3º do CPC, dispositivo este que se assemelha aos efeitos presentes no *référé* francês.

Com a extinção do processo por ausência de interposição do recurso de agravo de instrumento em face da decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente, o art. 304, §5º, do CPC, possibilita a

revisão, a reforma ou a invalidação da referida tutela no prazo máximo de 2 (dois) anos.

Nesse cenário, é importante levar em consideração que o legislador foi demasiadamente sucinto ao tratar da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente no CPC/15, limitando-se ao disposto no art. 304 e, em razão disso, pairam diversas dúvidas sobre questões procedimentais relacionadas ao tema, as quais salientam a relevância do objeto do presente estudo.

Uma dessas questões relevantes está ligada ao fato de como se qualificar a força da estabilização depois de transcorrido o prazo de dois anos para revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada concedida, sem que tenha sido proposta a respectiva ação para cognição exauriente.

É imperioso destacar que, por força do art. 304, § 6º, do CPC, ao menos os efeitos dessa estabilização são equiparados aos efeitos do procedimento comum, este último realizado com atenção ao contraditório, à ampla defesa e à dilação probatória.

Contudo, insta frisar que a tutela antecipada antecedente é concedida em procedimento cognitivo sumário – tanto formalmente quanto materialmente – o que induz ao questionamento, inclusive, acerca da constitucionalidade dessa equiparação de efeitos em relação ao procedimento comum (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 148).

Nesse sentido, surge a insegurança a respeito da (im)possibilidade de o legislador ordinário conceber um instituto que tenha a mesma ou até mais força, por exemplo, que a coisa julgada, sendo que sequer houve uma cognição plena e exauriente apta a embasar a concessão da tutela.

Outra questão levantada, devido à ausência de previsão legislativa, consiste na hipótese de o réu não interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela antecipada antecedente, mas, em vez disso, impugnar de outra forma, ou então apenas contestar, indaga-se se essa manifestação de vontade no sentido de ver o mérito julgado, por si só, teria ou não o condão de evitar a estabilização da tutela defendida.

Indo além, questiona-se se bastaria ao réu impugnar para que fosse impedido o efeito da estabilização da tutela ou se seria necessário que o respectivo recurso fosse, no mínimo, admitido. A respeito disso, alguns doutrinadores, a exemplo de Heitor Vitor Mendonça Sica (2016), entendem que, ainda que o art. 304 do CPC se limite a submeter a não interposição de recurso, a inércia necessária para a estabilização da tutela antecipada iria além disso, ou seja, ocorreria caso o não fosse interposto nenhum recurso ou outro meio de impugnação da decisão. Por outro lado, Eduardo Talamini (2012, p. 29) sustenta que além de não recorrer da decisão que concedeu a tutela antecipada, seria necessário ainda que não houvesse nenhum tipo de defesa, assumindo, portanto, a condição de revel.

Destaca-se que, assim como no instituto do *référé* francês, o §6º do art. 304 do CPC estabelece que a decisão concessiva da tutela antecipada não faz coisa julgada, mas seus respectivos efeitos só podem ser afastados por decisão que rever, reformar ou invalidar a tutela, no prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

No entanto, a doutrina diverge no tocante à qualificação da força da estabilização depois de transcorrido o mencionado prazo de dois anos sem a propositura da ação visando a reforma da tutela.

De um lado, Daniel Mitidiero (2015, p. 791) expõe que o legislador foi claro ao prever que a decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente não faz coisa julgada, o que é peculiar aos procedimentos cognitivos exaurientes. No mesmo sentido, afirma também que, transcorrido o prazo de dois anos para revisão da tutela, permanece sendo possível exaurir tal cognição até que ocorra sobre a esfera jurídica das partes, por exemplo, eventual prescrição.

Por outro lado, Leonardo Greco (2016, p. 193) defende que a estabilização que alcança a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente opera os efeitos da coisa julgada, uma vez que os §§ 2º a 5º do art. 304 esclarecem que somente por meio da nova demanda, poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela estabilizada. Logo, para ele e Bruno Garcia Redondo (2015, p. 182), extrapolados os dois anos da

ciência da decisão que extinguiu o processo, incorre-se em decadência do direito à propositura desta.

Diante desse cenário, a sistematização procedimental da estabilização da tutela antecipada antecedente, sobretudo mediante a complementação doutrinária aos questionamentos surgidos da interpretação do art. 304, do CPC, contribuiria para a correta aplicação deste instituto.

Isso porque, assim como no ordenamento jurídico francês, a satisfação pela resposta célere e tempestiva garantida pela estabilização da tutela antecipada antecedente, em sede de cognição sumária, reduziria o anseio pela cognição plena e exauriente que, ainda que possibilitam a busca pela certeza do direito e segurança jurídica, agravam ainda mais o problema da morosidade na prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, originariamente presente no sistema do *référé* francês, constitui verdadeira inovação no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da expressa previsão pelo Código de Processo Civil de 2015.

O mencionado instituto tornou-se responsável por sopesar a dilação temporal dos processos, prestando a tutela jurisdicional de forma mais célere e efetiva ao encerrar o processo após conceder a tutela antecipadamente e posteriormente estabilizá-la. Isso, via de consequência, tende a reduzir a demasiada carga de processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro, assim como ocorre na França, país que deu origem ao instituto, mediante a implantação do sistema do *référé* francês.

Diante do cenário de patente morosidade na prestação jurisdicional pelo Judiciário brasileiro, a estabilidade conferida à tutela antecipatória constitui uma das diversas saídas para a racionalização efetiva das demandas e a consequente duração razoável do processo.

Não obstante, para que seja possível evitar o ajuizamento de inúmeras ações de cognição exauriente, satisfazendo os interesses dos litigantes apenas a partir da tutela sumária estabilizada, é necessário ir além da concisa redação do art. 304 do CPC, de modo que se torne possível sistematizar o procedimento inerente ao instituto.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das Tutelas de Urgência. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (Orgs.). 1. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- _____. Efetividade do processo e técnica processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017;
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca e GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re) Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

- FRANÇA. Code de Procédure Civile. La service public de la diffusion du droit. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 08 abr. 2018.
- GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). Doutrina Seleccionada: Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2600453/mod_resource/content/1/Procedimentos%20especiais%2C%20Fredie%20Jr..pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- _____. Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PAIM, Gustavo Bohrer. Estabilização da tutela antecipada. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PIGEAU, Eustache-Nicolas. La Procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume: démontrée par principes et mise en action par des formules – Tome Second. Paris:

- Chez la veuve Desaint, 1787. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6532520b>>. Acesso em 08 abr. 2018
- REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. Revista de Processo, vol. 244, p. 167-194, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela provisória no NCPC. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 18, n. 97, 2016.
- _____. Manual de Direito Processual Civil. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada estabilização da tutela antecipada. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, RAVI (Orgs.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 209, 2012.
- _____. Ainda a estabilização da tutela antecipada. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- VALIM, Pedro Losa Loureiro. A estabilização da tutela antecipada. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. 16, 2015.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ACORDOS DO BRASIL E ARGENTINA COM A SANTA SÉ: RECONHECIMENTO E HOMOLOGAÇÃO DAS DECISÕES ECLESIÁSTICAS MATRIMONIAIS?

Danilo Ribeiro Silva dos Santos¹

INTRODUÇÃO

A Igreja Católica no Brasil conseguiu estabelecer seu Estatuto Jurídico, ou seja, o Acordo Brasil-Santa Sé foi assinado entre o governo brasileiro e a Santa Sé na cidade-Estado do Vaticano, em 13 de novembro de 2008, com vistas a traduzir a relação amistosa e não para pôr fim a qualquer espécie de conflito.

Em 11 de fevereiro de 2010, por meio do Decreto de número 7.107, foi promulgado o Acordo supramencionado. Neste contexto, pode-se afirmar que, no caso do Brasil tardou-se em firmar o pacto, se comparado com a Argentina, que possui o Acordo Argentina-Santa Sé celebrado desde o ano de 1966.

É importante reconhecer que a Igreja Católica não pretender impor a religião católica como oficial e nem ferir a Constituição de 1988, ao revés disso, ao ler, atentamente, os itens constantes nos “considerandos” do Decreto número 7.107/2010, ver-se-á que existe a premente preocupação em corroborar adesão ao princípio constitucional da liberdade religiosa e o respeito ao direito à liberdade de culto inserto no artigo 5º, inciso VI da CR/88.

O presente artigo possui como pano de fundo a matéria de nulidade do matrimônio religioso constante tanto no Acordo Brasil-Santa Sé e quanto no Acordo Argentina-Santa Sé, perpassando sobre a questão

¹ Advogado. Mestrando da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: daniloribeiro19905.adv@gmail.com.

processual civil consistente no pedido homologatório de decisão de cunho eclesiástico e sobre a cooperação jurídica internacional com capítulo específico tratado no Código de Processo Civil de 2015.

ACORDO BRASIL-SANTA SÉ E O ARTIGO 12

Primeiramente, oportuno destacar que a Santa Sé abrange o Romano Pontífice, a Secretaria de Estado, o Conselho para assuntos públicos da Igreja e demais Organismos da Cúria Romana, nos termos do cân. 361 do Código de Direito Canônico.

De acordo com Guerra (2017, p. 65), a Santa Sé goza de personalidade jurídica internacional, não podendo ser confundida com a Igreja Católica que não a possui. No mesmo sentido, Rezek (2016, p. 287-288) reconhece que a Santa Sé detém personalidade jurídica, o que se extrai do contexto histórico.

Interessante tomar nota da lição de Carletti (2010, p. 33) de que o reconhecimento da Santa Sé como sujeito internacional data desde os primeiros estados absolutistas e ela quem atua nas relações diplomáticas junto aos Estados-nação.

Outra pontuação a ser feita é que o Vaticano não se confunde com a Santa Sé, sendo aquele no ensino de Rosa (2015, p. 45) compreendido como um Estado e a Instituição Católica se localiza na Cidade do Vaticano.

Neste contexto, convém esclarecer que o acordo foi firmado entre o Estado brasileiro e a Santa Sé e não com o Vaticano, com vistas a estabelecer o Estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil, reforçar a colaboração mútua entre as Altas Partes Contratantes (Estado e Igreja), a liberdade de cultos e corroborar o princípio da liberdade religiosa.

Partindo-se desta premissa, pertinente o ensino de Milani (2015, p. 207) que esclarece que o Estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil se atém ao respeito aos princípios previstos na Constituição da República de 1988, portanto, não há margem para suscitar violação à laicidade.

Deste modo, Hastreiter e Werlang (2016, p. 123) destacam que existe o interesse do Estado brasileiro de propiciar a presença da Igreja Católica no país, bem como de manter a relação amistosa com a Santa Sé, posto que haja o argumento da laicidade.

O foco deste presente estudo se relaciona à disposição contida no artigo 12 do Acordo Brasil-Santa Sé consistente no casamento religioso e a produção de seus efeitos civis e, conseqüentemente, o parágrafo primeiro do supracitado artigo, alusivo à possibilidade de homologação de sentença eclesiástica versando sobre a nulidade matrimonial religiosa.

Assim, antes de propriamente haver a homologação pelo STJ, é necessário compreender que o pedido de nulidade do matrimônio religioso é feito junto ao Tribunal da Igreja da Diocese onde houve o casamento ou da Diocese do local onde houve a separação.

Desta feita, o processo terá seu mérito examinado pelo Tribunal de Primeira Instância e pelo Tribunal de Segunda Instância chamado de Tribunal da Apelação, nos termos do cân. 1644 do Código de Direito Canônico, até chegar ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica no Vaticano, para que haja a confirmação pela Santa Sé.

DA ATUAÇÃO DO STJ NOS PEDIDOS DE HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ECLESIASTICA EM MATÉRIA MATRIMONIAL

Mister destacar que, a partir da Emenda Constitucional 45 de 2004, a competência para apreciar os pedidos de homologação de sentença passou a ser do Superior Tribunal de Justiça e não mais do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do STJ, em 2011, o Ministro Ari Pargendler se posicionou, em decisão monocrática na Sentença Estrangeira número 6.516 – VA (2011/0018250-4), favorável ao reconhecimento do pedido de homologação de sentença eclesiástica.

Passados quatro anos, em 2015, o STJ, no acórdão de relatoria do Ministro Felix Fischer na Sentença Estrangeira Contestada número 11.962

– VA (2014/0121085-1), afastou a tese da parte requerida versando sobre a inconstitucionalidade do artigo 12 do Acordo Brasil-Santa Sé e a suposta impossibilidade jurídica do pedido de não caber ao Judiciário homologar decisão eclesiástica.

Assim, até o atual momento de 2018, não existem casos pendentes de julgamento no STJ sobre o assunto de homologação de sentença eclesiástica de nulidade do matrimônio religioso, de onde se conclui pela tendência de manutenção da tese de constitucionalidade do artigo 12 do Acordo em comento e, via de consequência, pela tendência de deferimento do referido pleito homologatório, isto se for obedecido ao disposto no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 e aplicado na prática judiciária.

Para compreender como se dá o reconhecimento da sentença estrangeira, oportuno o ensino de Cunha e Tesheiner (2016, p. 37) para delimitar bem a atuação do STJ aos aspectos, que não dizem respeito ao mérito da decisão levada a ser objeto de homologação.

Destarte, nos pedidos de homologação de sentença eclesiástica, o STJ se restringe ao juízo homologatório, isto quer dizer que não compete fazer análise de mérito do pedido de nulidade matrimonial, mas sim analisar somente o preenchimento dos requisitos formais para o deferimento ou não do pedido.

Note-se que os requisitos formais previstos no artigo 17 da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, a saber: obediência à soberania nacional, aos bons costumes e à ordem pública nacional e nos artigos 5º e 6º da Resolução número 9 do STJ, tais como: sentença proferida por autoridade competente, citação das partes ou verificação da revelia, certificação do trânsito em julgado, autenticação do cônsul brasileiro acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado, além do já previsto na LINDB, quais sejam: respeito à soberania e à ordem pública.

Sobre o requisito da tradução oficial, Guimarães (2012, p. 339) adverte que não há necessidade de exigir esta formalidade, haja vista que a sentença eclesiástica já é redigida na língua portuguesa, bem como o documento oriundo do Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica.

No tocante à análise do requisito formal da ordem pública, Cunha e Tesheiner (2016, p. 38) advertem que o juízo de delibação não se limita ao entorno da decisão estrangeira, pois, neste caso, é necessário analisar o mérito, sem que haja juízo de valor acerca da sentença ou rediscussão do que já fora decidido.

De acordo com Maurício (2015, p. 349), a sentença de cunho eclesiástico tem por base o Direito Canônico e a Teologia, sendo, portanto, difícil encontrar ofensa aos requisitos legais da soberania e da ordem pública e incompatibilidade com os princípios e objetivos previstos na Constituição da República de 1988.

BREVE APONTAMENTO SOBRE O ACORDO ARGENTINA-SANTA SÉ

O Acordo Argentina-Santa Sé foi pactuado, em 1966, entre a Santa Sé e a República Argentina, anteriormente ao período ditatorial.

Segundo Arlettaz (2017, p. 60), o Acordo supramencionado foi negociado pelo governo de Illia, contudo, só o fora assinado e ratificado durante a presidência de Onganía na etapa da Revolução Argentina. Em razão disso, houve o reconhecimento à Igreja do livre e pleno exercício do poder espiritual, o livre e público exercício de culto, bem como da sua jurisdição no âmbito de sua competência. Além disso, o Acordo liberou a Igreja de maior parte da ingerência estatal e houve o reconhecimento da liberdade da Igreja de publicar na Argentina normas de Direito Canônico e a liberdade do clero argentino de comunicar-se, livremente, com Roma.

De acordo com Mendizábal (2012, p. 21), a aprovação do Acordo entre a Santa Sé e a Argentina foi aprovado por meio da Lei 17.032 de 23 de novembro de 1966 e foi ratificado em janeiro de 1967. Com a inspiração do Concílio Vaticano II, o Acordo trouxe modificações no regime constitucional das relações entre o Estado e a Igreja, de modo a estabelecer que a Igreja não estava ligada a nenhum sistema político,

ênfatizando a ideia de autonomia, independência e a separação do Estado Argentino com a Igreja.

CONCLUSÃO

É sabido que tanto no Brasil quanto na Argentina, a religião católica exerceu e exerce ainda forte influência na cultura dos aludidos países, tanto é verdade que em ambos foi possível pactuar o Acordo com a Santa-Sé para definir a situação jurídica da Igreja Católica.

Neste ponto, notam-se que o Acordo Brasil-Santa Sé e Argentina-Santa Sé foram essenciais para atualizar e delimitar o papel da Igreja Católica nos respectivos países, de modo a assentar a liberdade de exercício de culto, a separação entre Estado-Igreja e a autonomia entre as Altas Partes Contratantes.

No Acordo Brasil-Santa Sé, pode-se observar que o referido documento foi assinado no período democrático brasileiro e procurou ater-se às disposições constitucionais da Carta Magna de 1988, reforçando adesão ao princípio constitucional da liberdade religiosa e o respeito ao direito à liberdade de culto. Já o Acordo Argentina-Santa Sé, prévio ao período ditatorial, causou modificações no regime constitucional das relações entre o Estado e a Igreja.

Por derradeiro, esclarece-se que o presente estudo não pretendeu aprofundar os Acordos com a Santa Sé, mas sim dar um enfoque à cooperação mútua entre o Estado e a Igreja Católica, no tocante à homologação de sentença estrangeira em matéria de matrimônio religioso.

REFERÊNCIAS

ARLETTAZ, Fernando. Religiones y Estado en Argentina, entre la Constitución y el derecho internacional. *Derecho, Estado y Religión*, v. 3, n. 4, p. 45-76, 2018. Disponível em <<http://publicaciones>.

- uap. edu.ar/index.php/revistaDER/article/view/754> Acesso em: jun. 2018.
- BRASIL. Decreto número 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm> Acesso em: mai. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei número 4.657 de 04 de setembro de 1942. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: mai. 2018.
- BRASIL, STJ, Ac. Corte Especial, SEC 11.962/EX, rel. Min. Félix Fischer, j. 4.11.15, DJe 25.11.15. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401210851&dt_publicacao=25/11/2015> Acesso em: mai. 2018.
- BRASIL, STJ, SE 6516, rel. Min. Felix Fischer, j. 16.05.2013, DJe 22.05.2013. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18458807/suspensao-de-execucao-se-6516/decisao-monocratica-104022252?ref=juris-tabs>> Acesso em: mai. 2018.
- CARLETTI, Ana. A diplomacia da Santa Sé: suas origens e sua relevância no atual cenário internacional. In: Revista on-line Diálogo, n. 16, jan.-jun.2010, p. 33. Disponível em < <https://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Diálogo/article/view/69/87>>. Acesso em: mai. 2018.
- CUNHA, Marcelo Garcia da; TESHEINER, José Maria. Homologação de sentença estrangeira e carta rogatória no Novo Código de Processo Civil. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 70, jan.-fev. 2016, p. 37-38.
- GUERRA, Sidney. Curso de Direito Internacional Público.11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 65.
- GUIMARÃES, Fernando José Monteiro. Artigo 12. O matrimônio no Acordo Brasil-Santa Sé. In: BALDISSERI, Lorenzo et al. Acordo Brasil-Santa Sé comentado. São Paulo, LTr, 2012, p. 339.
- HASTREITER, Michele Alessandra; WERLANG, Beatriz Gomes de Sá. A relevância da Santa Sé como sujeito de Direito Internacional. In:

- Revista Relações Internacionais no Mundo Atual, n. 21, v. 1, p. 123. Disponível em < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/2228/1401> > Acesso em: mai. 2018.
- MAURICIO, Ubiratan de Couto. Eficácia jurídica brasileira de julgados de Tribunais Eclesiásticos sobre direito matrimonial: um ensaio introdutório. In: Revista Forense, vol. 422, jul.-dez.2015, p. 349.
- MENDIZÁBAL, Ignacio. Relación Estado – Iglesia en la Argentina: Aportes para el análisis y la discusión en el marco de una perspectiva constitucional. Disponível em < [http://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/758/1/\[P\]\[W\]%20Tes.%20Ab.%20Ignacio%20Mendizabal.pdf](http://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/758/1/[P][W]%20Tes.%20Ab.%20Ignacio%20Mendizabal.pdf) > Acesso em: jun. 2018.
- MILANI, Daniela Jorge. Igreja e Estado: relações, secularização, laicidade e o lugar da religião no espaço público. Curitiba: Juruá, 2015, p. 207.
- REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 16.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 287-288.
- ROSA, Lilian Rodrigues de Oliveira. A Santa Sé e o Estado brasileiro: estratégias de inserção política da Igreja Católica no Brasil. Jundiaí: Paco Editorial, 2015, p. 45.
- STJ. Resolução número 9 de 04 de maio de 2005 do STJ. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/> > Acesso em: mai. 2018.
- VATICANO. Código de Direito Canônico. Disponível em < http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf > Acesso em: mai. 2018.

O AUXÍLIO DIRETO NO CPC/2015: UM REEXAME DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NO JULGAMENTO DO HC Nº 105.905

Gabriela Galimberti de Souza Pimenta¹

Paula Soares Campeão²

O presente trabalho pretende desenvolver um reexame do acórdão proferido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 105.905, em face do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

À época em que o acórdão foi proferido, o instrumento do auxílio direto ainda não estava disciplinado pelo Código de Processo Civil, possuindo previsão apenas na Resolução 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que depois foi incluída ao Regimento Interno do Tribunal, e em tratados internacionais, bilaterais e multilaterais, firmados pelo Brasil.

A lacuna legal gerava constantes flutuações entre as decisões proferidas pelos Tribunais superiores nos julgamentos de casos que versassem sobre o auxílio direto. Assim, impossível não identificar a grave insegurança jurídica que pairava sobre o tema no País.

A promulgação do CPC/2015 inaugurou um Capítulo exclusivo para tratar de cooperação internacional, versando expressamente sobre o auxílio direto, dentre outros instrumentos de cooperação jurídica internacional também previstos no Diploma legal.

¹ Advogada; sócia do escritório Souza Pimenta Advocacia, na cidade de Vitória/ES; graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo em 2011; pós-graduada em advocacia trabalhista e advocacia empresarial; mestranda em Processo Constitucional pela Universidade Federal do Espírito Santo; Controladora Interna da Câmara Municipal de Vitória/ES; e-mail gabrielagsp@hotmail.com.

² Advogada; mestranda em Processo Constitucional pela Universidade Federal do Espírito Santo; e-mail paulacampeao@hotmail.com.

Tal previsão buscou pacificar algumas incertezas jurídicas que rodeavam o tema, dando segurança jurídica ao instrumento, de forma a propiciar e até incentivar seu desenvolvimento no ordenamento jurídico pátrio. As inovações do CPC/2015 no tocante ao auxílio direto levantaram alguns véus que cobriam o instrumento, o que restringiu a discricionariedade do julgador na hora de analisar sua aplicação.

Nesse contexto, este trabalho buscará analisar se o Acórdão proferido pelo STF no julgamento do HC nº 105.905 estaria em conformidade com a novel previsão do CPC/2015 no que tange o auxílio direto, destacando-se que tal análise não pretende afastar a validade do Acórdão, posto que fora proferido antes da promulgação do CPC/2015.

Buscar-se-á, apenas, avaliar se o mesmo caso teria resultado diferente caso fosse julgado nos dias de hoje, demonstrando, assim, a evolução legal e jurisprudencial no tocante à matéria.

HC Nº 105.905

O Habeas Corpus nº 105.905 (STF, 2011) foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal por condenado pela Justiça da República do Paraguai por roubo, lavagem de dinheiro e associação criminosa. Por meio do HC, o paciente buscava impedir a efetivação de medida de sequestro de seus bens requerida pelo Paraguai ao Brasil por meio de auxílio direto.

O pedido de cooperação jurídica internacional requerido consubstanciou-se no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais assinado pelos dois países, promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 3.468/2000 (BRASIL, 2000). O documento institui que a assistência compreenderá medidas acautelatórias sobre bens, e que cabe à autoridade competente do Estado Requerido diligenciar a solicitação de cooperação acautelatória.

Destaca-se que, no caso em exame, o Paraguai não requereu o cumprimento de uma decisão judicial por ele proferida, mas sim a adoção de medidas acautelatórias por parte do Estado brasileiro, razão pela

qual não havia que se falar em juízo de delibação por parte do STJ, nem tampouco de contenciosidade limitada.

Portanto, buscando obter autorização judicial para cumprimento das diligências solicitadas pelo Paraguai, a Advocacia Geral da União (AGU) provocou a Justiça Federal brasileira, a qual deferiu as medidas cautelares, autorizando o sequestro de bens do indivíduo condenado pela Justiça do Paraguai.

Inconformado com a decisão, o paciente impetrou HC perante o STF requerendo a nulidade dos atos praticados, alegando como vício ofensa à competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça pela ausência de *exequatur* proferido pelo Tribunal.

Provocada, a Procuradoria Geral da República (PGR) se manifestou pelo cabimento do auxílio direto no caso em exame, diante da inexistência de decisão ou determinação estrangeira a ser executada no Brasil. Apontou que o caso analisado pela Justiça Federal tratou de pedido formulado pelo Paraguai pelas vias adequadas – por meio da Autoridade Central brasileira – para que a autoridade judicial brasileira competente se pronunciasse a respeito do sequestro de bens do paciente. Portanto, não haveria qualquer vício capaz de anular os atos de cooperação praticados.

Contudo, o Acórdão proferido pela 1ª Turma do STF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, concluiu que o pedido de cooperação formulado pelo Paraguai não poderia ter ocorrido por meio do auxílio direto, pois a medida requerida tratava-se de ato de constrição dos bens do paciente a ser implementado no território brasileiro, decorrente de uma sentença judicial proferida por Estado estrangeiro.

Em razão disso, entendeu o Relator que a medida deveria ter sido submedida ao crivo do juízo de delibação do STJ, conforme disposição do artigo 105, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

Ademais, o Relator apontou, ainda, ofensa ao disposto no artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil – hoje Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942)–, a qual estabelece que a sentença proferida por autoridade estrangeira somente será executada no Brasil quando tiver sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal – incumbência que depois fora atribuída ao STJ pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Dessa forma, percebe-se que o Relator concluiu que o pedido de cooperação jurídica internacional em apreço tratava-se de caso de homologação de sentença estrangeira, em decorrência das medidas requeridas pelo Paraguai terem sido originadas a partir de uma sentença proferida naquele País.

Em seus votos, os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli foram além, e aduziram, ainda, que a utilização do auxílio direto no caso em apreço caracterizava ofensa à própria soberania nacional. O Relator foi, então, acompanhado pelos demais integrantes da Turma, restando, ao final, anulados os atos de constrição dos bens do paciente.

Contudo, importante destacar que o Paraguai não solicitou, no caso em contendo, a execução da sentença em si, mas a adoção de medida de sequestro de bens, de natureza acautelatória, prevista no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua ratificado pelos países. Ademais, o pedido fora formulado por meio das Autoridades Centrais designadas no Protocolo, razão pela qual fora enviado à Justiça Federal brasileira para a análise judicial da medida, que foi deferida por Juízo nacional competente para tanto, nos moldes do Acordo internacional firmado.

Assim, ainda que o pedido tenha, de fato, derivado de uma sentença judicial proferida no estrangeiro, a cooperação jurídica internacional requerida não se tratava de homologação de sentença estrangeira, nem tampouco de carta rogatória, posto que inexistia pedido de reconhecimento da sentença em si – ou de qualquer outra decisão judicial. Portanto, a análise proferida pelo Ministro Relator extrapolou os termos do pedido de cooperação efetivamente formulado pelo Paraguai, ultrapassando o exame de adequação, ou não, da via cooperativa eleita.

Tal fato pode ser justificado, como apontado na introdução deste trabalho, pela inexistência, à época, de regulamentação legal do instrumento do auxílio direto, o que gerava grave insegurança jurídica às partes envolvidas.

Dessa forma, caso o HC nº 105.905 fosse analisado hoje pelo STF, sob a égide do CPC/2015, é provável que o resultado alcançado fosse diferente. A promulgação do CPC/2015, portanto, caracterizou importante avanço para a matéria, conforme será demonstrado a seguir.

REEXAME DO CASO DIANTE DO CPC/2015

Como dito anteriormente, até a promulgação do CPC/2015 o auxílio direto estava previsto apenas em alguns tratados internacionais firmados pelo Brasil, e internamente possuía somente previsão administrativa.

Contudo, o CPC/2015 inaugurou um Capítulo exclusivo para versar sobre cooperação internacional³, incluindo uma seção destinada ao instrumento do auxílio direto, iniciada pelo artigo 28, o qual dispõe que o auxílio direto é cabível “quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de deliberação no Brasil” (BRASIL, 2015).

Assim, aplicando-se a previsão deste dispositivo legal ao caso analisado pelo HC nº 105.905, nota-se que a medida requerida pelo Paraguai não decorria diretamente de decisão estrangeira a ser reconhecida e executada no Brasil, razão pela qual claramente prescindível o juízo de deliberação do ato⁴.

³ “O tema da cooperação internacional é tratado em capítulo próprio, abarcando os arts. 26 a 41. [...] Antes relegada a normativos internos do STJ (primeiro, à Resolução 9/2005 e depois ao Regimento Interno do STJ), a matéria finalmente alcançou *status* de lei, o que certamente traz segurança a todos aqueles que, direta ou indiretamente, fazem uso da cooperação” (ARAÚJO, 2018, pp. 222, 223).

⁴ “Nesse sentido, o CPC, ao estabelecer regras para o seu cabimento, esclarecer que “cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de deliberação no Brasil”. Ou seja, se o pedido não proceder de decisão judicial (e sendo o aval judicial necessário para o cumprimento

O fato de o pedido ter derivado, dentro do Paraguai, de uma sentença lá proferida não o travestiu automaticamente de execução de sentença estrangeira, uma vez que não se pretende executar os termos da sentença em si. Afinal, formal e materialmente tratava-se de uma medida de natureza acautelatória, requerida nos moldes do Acordo internacional ratificado pelo Brasil e vigente à época dos fatos.

Importante destacar que os termos do Acordo se adéquam, hoje, às previsões do CPC/2015, o que reforça sua validade e eficácia. Dessa forma, a análise do mesmo caso na vigência deste Código levaria o julgador a reconhecer a natureza da medida requerida e a adequação do auxílio direto como via utilizada para a cooperação jurídica internacional pretendida.

Logo após, o artigo 30 do CPC/2015 estabelece que o auxílio direto terá como objeto “qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira” (BRASIL, 2015).

No caso em exame, restou claro que o objeto do pedido de cooperação jurídica internacional tratava-se de medida judicial não proibida pela lei brasileira, inclusive por existir previsão expressa de medidas acautelatórias de constrição de bens de particulares no próprio sistema processual brasileiro, seja em matéria penal ou civil.

Assim, demonstrados os requisitos ensejadores da medida por parte do Estado Requerente, o Juízo brasileiro competente poderia avaliar o cabimento da medida pleiteada e pronunciar-se por seu deferimento – como ocorreu – ou indeferimento, aplicando-se para tanto a legislação doméstica.

Tal feita certamente não representaria nenhuma ofensa à competência constitucional do STJ, como aduzido pelo Ilustre Relator em seu voto no HC nº 105.905, principalmente diante da previsão expressa do artigo 34 do CPC/2015, o qual dispõe que “compete ao juízo federal do lugar em que deva ser executada a medida apreciar pedido de auxílio direto passivo que demande prestação de atividade jurisdicional” (BRASIL, 2015).

No tocante à alegação constante nos votos dos Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, de que o uso do instrumento do auxílio direto no caso

do pedido no Brasil), nada haverá para o STJ delibar, devendo o pedido ser formulado diretamente na Justiça Federal” (ARAUJO, 2018, p. 229).

representava ofensa à soberania nacional, mostra necessária uma análise mais detida.

Decerto que a jurisdição é um dos atributos da soberania, de modo que a cooperação jurídica internacional não pode, a pretexto de dar celeridade e efetividade à justiça transfronteiriça, afastar o Poder de tutela jurisdicional dos Estados soberanos.

Contudo, o desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito Internacional e de seus instrumentos exige que os Estados atuem em reconhecimento dos demais Estados igualmente soberanos, o que não significa desrespeito à sua própria soberania nacional. Assim, a admissão das outras jurisdições alienígenas pelo Estado soberano não caracteriza uma ofensa a sua própria soberania, mas sim o exercício da soberania em si, uma vez que essa admissão é voluntária⁵.

No caso em apreço, o Brasil enquanto Estado soberano optou voluntariamente por ratificar um Acordo internacional que previa a cooperação jurídica internacional por meio do auxílio direto. Tal opção vinculou o Estado brasileiro aos termos deste Acordo, que não poderia deixar de observá-lo sob o pretexto de defesa de sua soberania nacional.

Enquanto Estado soberano, o Brasil poderia denunciar o Tratado e revogar o Decreto que o introduziu ao ordenamento jurídico doméstico. Não pode, contudo, ignorar sua existência sob pena de ver ruir toda a sistemática cooperativa que envolve os demais países participantes.

No mesmo sentido, os dispositivos introduzidos pelo CPC/2015 ao sistema processual brasileiro devem ser observados enquanto normas cogentes que vinculam não só os particulares, mas essencialmente a

⁵ Sobre o tema: “*First, public international law limits the exercise of sovereign power vis-à-vis the sovereign interests of other states; to the extent that adjudicatory jurisdiction is viewed as an exercise of sovereign power, it could therefore be limited (eg German Federal Court of Justice (BGH), 2 July 1991, 115 BGHZ 90)*” (MICHAELS, 2016, p. 5). No mesmo sentido: “Não poderia ser de outra forma: a realidade diuturna do convívio das nações não permite que o Poder Judiciário de cada Estado julgue toda e qualquer lide que ocorra no mundo, de forma indiscriminada, sob pena de a Justiça ficar excessivamente sobrecarregada e de as decisões proferidas serem despidas de coercitividade, dentre outras tantas consequências negativas de que se pode dar notícia. Por essa razão, cada Estado estabelece os limites do exercício da atividade jurisdicional, sempre balizados pelo princípio da efetividade” (ARAUJO, 2018, p. 165).

Administração Pública e o próprio Estado brasileiro, de modo que não cabe ao Poder Judiciário ignorá-los.

Portanto, ao afastar a eficácia do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais ao caso examinado, o STF não defendeu a soberania nacional, mas a desrespeitou, posto que deixou de observar uma regra à qual o Estado brasileiro soberanamente optou por submeter-se. Caso a decisão fosse proferida durante a vigência do CPC/2015, tal medida seria ainda mais indevida, posto que contrariaria dispositivos da própria legislação processual doméstica, cuja constitucionalidade não fora, até o momento, questionada ou afastada.

Dessa forma, a argumentação adotada pelos Ilustres Ministros para explicar a nulidade dos atos de cooperação praticados, de defesa da soberania nacional, certamente não encontra respaldo em uma perspectiva moderna quanto ao exercício da jurisdição nos casos em que haja elementos de estraneidade, como nos casos de cooperação jurídica internacional.

CONCLUSÃO

Analisando-se os termos dos votos e do Acórdão proferidos no julgamento do HC nº 105.905, conclui-se que, caso o julgamento fosse levado a cabo durante a vigência do CPC/2015, razão não subsistiria para a declaração de nulidade dos atos de cooperação jurídica praticados no caso levado ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Afinal, as medidas requeridas pelo Paraguai foram executadas no Brasil em perfeita consonância com o Acordo internacional firmado pelas partes e, considerando-se o Código hoje vigente, as medidas estariam em conformidade com as normas legais aplicáveis ao caso concreto.

Destaca-se que a anulação de atos de cooperação praticados pelo Estado brasileiro prejudica não só os Estados e as partes envolvidos, mas também o desenvolvimento do próprio sistema cooperativo no qual o Brasil busca se inserir.

Portanto, como demonstrado ao longo deste trabalho, as inovações trazidas pelo CPC/2015 no tocante ao instrumento do auxílio direto dariam maior segurança jurídica ao caso analisado, evitando que os atos praticados fossem declarados nulos, o que representaria grande avanço na forma como o Estado brasileiro relaciona-se com os demais Estados e atua no contexto da cooperação jurídica internacional.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado : teoria e prática brasileira* (7. ed. ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Diário Oficial da União. Publicado em 05 de out. de 1988.
- BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Brasília, DF: Diário Oficial da União. Publicado em 09 de set. de 1942.
- BRASIL. Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000. *Promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais*. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Diário Oficial da União. Publicado em 18 de mai. de 2000.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Diário Oficial da União. Publicado em 17 de mar. de 2015.
- MICHAELS, Ralf. *Jurisdiction, Foundations* (October 7, 2016). Forthcoming in *Elgar Encyclopedia of Private International Law* (Jürgen Basedow et al. eds.). Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2016-53, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2849467>. Acesso em 02 de jun. de 2018.
- STF. HC 105.905. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. DJ: 11/10/2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 2011. Disponível em: <http://stf.jus.br/>. Acesso em 08 de jun. de 2018.

TUTELA DE DIREITOS
E NOVAS TÉCNICAS
PROCESSUAIS

O RETARDAMENTO FORÇADO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE AGRAVO INTERNO

Tiago Figueiredo Gonçalves¹
Emmanuel Domingues²

INTRODUÇÃO

A introdução de um novo Código de Processo Civil no ordenamento jurídico pátrio fez incutir nos operadores do direito muitas dúvidas quanto à sua aplicação e operacionalização, as quais exigiram daqueles a adoção de novas posturas, cujos reflexos práticos só podem ser melhor observados agora, quando já transcorridos mais de dois anos de vigência da nova codificação.

Uma dessas posturas observáveis, muito comum quando surgem novas codificações, foi a adoção de técnicas ou artifícios com o intuito de refrear a aplicação de novas regras que pudessem ensejar o aumento da carga de trabalho dos tribunais, o que, em certa medida, pode até

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1999), mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Atualmente é Diretor da ESA/ES, Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário do Espírito Santo, Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Professor da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (graduação e mestrado), Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Espírito Santo. tfgoncalves2@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2007). Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Potiguar - UnP (2008) e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2014). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Assessor de Nível Superior para Assuntos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. mano029@gmail.com

ser compreensível diante do consabido estado de precariedade de sua infraestrutura física e de pessoal.

A regra do artigo 1.021, *caput*, do CPC/2015 consiste em uma das que representa esse indesejado risco de elevação da carga de trabalho, na medida em que ampliou as hipóteses de cabimento do recurso de agravo interno, passando a admiti-lo contra toda e qualquer decisão unipessoal do relator.

Por possuir tal potencialidade, a referida regra vem sendo alvo de algumas dessas técnicas ou artifícios refreadores, dentre os quais se incluem a denominada “jurisprudência defensiva” - mediante uma aplicação restritiva das hipóteses de cabimento do agravo interno para não admitir sua interposição contra decisões que versem sobre pedido de tutela de urgência em agravo de instrumento - e a técnica objeto deste trabalho, que vem sendo empregada em larga escala nos tribunais pátrios.

Essa técnica consiste na adoção de uma postura de retardar forçadamente o julgamento do agravo interno nas hipóteses em que este já tem condições de imediato julgamento, a fim de que se aguarde a instrução completa do agravo de instrumento e, conseqüentemente, se possibilite o julgamento conjunto de ambos, ocasionando a perda superveniente do objeto daquele recurso derivado.

Ocorre que, embora em um primeiro momento essa técnica extraprocessual possa parecer inofensiva, sua aplicação, na prática, acaba por esvaziar o objeto do agravo interno interposto contra decisões liminares recursais, aplicando pena capital à sua eficiência.

Como se verá adiante, essa praxe dos tribunais deve ser veementemente combatida, pois desconsidera que o agravo interno, no sistema do CPC/2015, é um dos principais - se não o principal - instrumentos de controle das decisões unipessoais do relator, revelando-se manifestamente contrária à sistemática principiológica adotada pela codificação atual.

A SISTEMATIZAÇÃO DOS PODERES DO RELATOR

O desenvolvimento do recurso de agravo interno no direito processual brasileiro é relativamente recente e está intimamente ligado ao aumento dos poderes do relator para proferir decisões unipessoais em hipóteses escolhidas pelo legislador que, à luz da razoabilidade, não seriam necessárias de ser levadas para o órgão colegiado.

Essa opção de aumento da atuação do relator por meio de decisão monocrática revela uma premente necessidade de desafogamento das pautas dos tribunais, abarrotadas de recursos e ações originárias repetitivas cuja solução já se encontra sedimentada na jurisprudência, concretizando, assim, o princípio da eficiência, aqui entendido como aquele que alcança o máximo de eficácia (concretização do direito afirmado) com um mínimo de esforço³.

De acordo com Lucas Buril de Macêdo (2017, p. 311-344), “no CPC/1939 (LGL\1939\3), os poderes do relator eram muito estreitos, sendo cabível o agravo na hipótese de seu art. 836, dispositivo que atribuía ao relator competência para proferir “despacho”, rejeitando os embargos de nulidade ou infringentes do julgado”.

No Código de Buzaid (CPC/1973), por sua vez, houve uma ampliação significativa dos poderes do relator, sobretudo com as reformas implementadas pelas Leis n.º 9.139/95 e 9.756/98, que alteraram a redação original de seu artigo 557 e passaram a ampliar as hipóteses de julgamento monocrático de recurso, o que, originariamente, só era possível quando o agravo de instrumento se revelava manifestamente improcedente - *rectius*, manifestamente improvido -, autorizando a não admissão, o improvimento e o provimento nos casos legalmente previstos.

Essas hipóteses de julgamento monocrático foram, inclusive, ampliadas posteriormente pela doutrina e jurisprudência pátrias, que passaram a admiti-lo no reexame necessário (neste sentido, *vide* enunciado n.º 253 do Superior Tribunal de Justiça) e nos processos de competência originária dos tribunais, tais como nos mandados de segurança e nas ações

³ Para Leonardo Carneiro da Cunha (2014, p. 67) “haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o melhor resultado possível”.

rescisórias em determinadas situações, como nos casos que reclamavam o indeferimento da inicial.

A propensão ao aumento dos poderes do relator foi, há muito, observada por José Carlos Barbosa Moreira (2001, p. 75) que, ao refletir sobre as alterações introduzidas no CPC/1973 pela Lei n.º 9.756/98, afirmou a existência de uma “tendência progressiva a transferir para o relator atribuições judicantes tradicionalmente reservadas ao órgão colegiado”.

O CPC/2015 confirmou esta tendência ao sistematizar as hipóteses de atuação monocrática do relator, disciplinando, por meio de seu artigo 932, não apenas os casos de juízo de admissibilidade e julgamento de mérito do recurso por meio de decisão unipessoal, mas também aqueles referentes aos pedidos de tutela provisória nos recursos e ações de competência originária do tribunal, e os atinentes à condução e organização do processo, tais como a produção probatória, a homologação de acordo, a desconsideração da personalidade jurídica, etc., o que possibilitou a extirpação de uma série de dúvidas procedimentais que existiam na doutrina e jurisprudência a esse respeito (LEMONS, 2017, P. 69).

Embora não se possa afirmar que o CPC/2015 ampliou as hipóteses de atuação monocrática do relator - tendo em vista a ausência de novidades neste quesito quando comparado com o CPC pretérito - é certo que a sistematização de seus poderes consiste em ferramenta extremamente eficaz para que sua atuação seja potencializada, pois além de espancar uma série de dúvidas procedimentais, sobretudo quanto à (im)possibilidade de afastamento da primazia do julgamento colegiado em determinadas hipóteses, facilita a operacionalização de sua atuação, a qual passou a ser disciplinada, em grande parte, por apenas um único artigo.

O AGRAVO INTERNO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ATUAÇÃO UNIPESSOAL DO RELATOR

Se, por um lado, o CPC/2015 cuidou de positivar os casos de atuação unipessoal nos tribunais - os quais foram, ainda, objeto de

ampliação pela Lei n.º 13.256/16, que alterou a redação do art. 1.030, para prever hipóteses em que o presidente ou o vice-presidente pode efetuar juízo de admissibilidade, mérito e sobrestamento de recurso especial e extraordinário de forma monocrática -, por outro, possibilitou o controle desta atuação através do recurso de agravo interno (artigos 1.021 e 1.030, § 2º, CPC/2015), numa clara demonstração de prestígio ao princípio do contraditório, seja sob o seu aspecto formal - garantia de participação no processo -, seja sob o prisma substancial, no sentido dar às partes a oportunidade de participar da formação da decisão, influenciando o convencimento do julgador (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 78-79).

Assim, à medida em que a atuação monocrática do relator é potencializada - consoante se pode depreender da sistematização de seus poderes pela regra do art. 932, do CPC/2015 -, mais importante se torna o agravo interno, não apenas porque este recurso se configura como instrumento de controle de atuação do julgador, protegendo o jurisdicionado contra eventuais arbítrios, mas também porque na atual fase de desenvolvimento do processo civil, inspirada pelas ideias do Formalismo-Valorativo, o contraditório deve se qualificar pelo princípio da cooperação, o qual está expressamente previsto no artigo 6º, do CPC/15 que dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O princípio da cooperação representa uma superação dos modelos tradicionais de organização processual, quais sejam, o adversarial e o inquisitivo -, nos quais seus protagonistas são, respectivamente, os litigantes e o juízo -, com a conseqüente condução do processo por todas as partes em condições de igualdade na busca pela efetivação da justiça.

De acordo com Fredie Didier Jr. (2005, p. 75) a partir desse princípio “encara-se o processo como produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual: prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio”.

Importante observar que o princípio da cooperação traz alguns deveres tanto para o magistrado quanto para as partes, a saber: a) o dever

de esclarecimento; b) o dever de diálogo (ou consulta); c) o dever de prevenção e; d) o dever de auxílio (ou adequação).

Pelo dever de esclarecimento exige-se que as partes e o juiz sejam claros em suas manifestações; o dever de diálogo (ou consulta), por sua vez, impõe a necessidade de debate entre os sujeitos do processo, impedindo que determinada decisão seja tomada sem a oitiva prévia dos litigantes (tal como disposto na regra dos artigos 9º e 10º, do CPC/15); pelo o dever de prevenção, exige-se que o magistrado alerte as partes quanto a eventuais deficiências em suas manifestações e estratégias processuais adotadas; já o dever de auxílio consubstancia-se no dever do magistrado em auxiliar as partes na superação dos obstáculos que atrapalhem o exercício de suas garantias processuais, adequando o processo às peculiaridades concretas do conflito - tal como ocorre com a distribuição dinâmica do ônus da prova entre as partes (TALAMINI, 2018).

Através desses conceitos, pode-se concluir, sem maiores dificuldades que o agravo interno, na forma como disciplinado pelo CPC/2015, consagra o princípio da cooperação, na medida em que busca efetivar o dever de esclarecimento -, possibilitando que as partes, por meio daquele recurso, exijam do julgador as explicações pelas quais se entendeu que a sua situação jurídica em concreto se enquadra nas hipóteses de julgamento monocrático -, bem como o dever de diálogo, aqui entendido em seu sentido *lato*, na medida em que permite que as partes participem da formação do convencimento a ser adotado pelo tribunal naquele caso específico.

Outrossim, observa-se que este recurso também objetiva concretizar o princípio da colegialidade, o qual admite a delegação de competência de julgamento do recurso para o relator apenas quando a sua decisão unipessoal seja recorrível, com a submissão da matéria ao órgão colegiado (NUNES, 2007, p. 54).

A efetivação deste princípio - que pode ser considerado como um subprincípio do contraditório, da ampla defesa e do direito constitucional ao recurso - se mostra necessária tendo em vista que nas hipóteses em que o relator julga monocraticamente um recurso ou uma ação originária, não

age em representação ao entendimento do órgão colegiado que compõe, mas atua de acordo com sua livre convicção quanto à situação jurídica que lhe é apresentada (GONÇALVES, 2010, p. 29).

Não é por outra razão que o CPC/2015 suprimiu a regra constante do artigo 527, parágrafo único, do CPC pretérito (1973), que obstava, tirante os embargos de declaração, a possibilidade de recurso contra a decisão unipessoal do relator que, em agravo de instrumento, ou (in)deferia requerimento de efeito suspensivo, ou (in)deferia requerimento de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Essa supressão veio em boa hora, visto que a regra acima referenciada já era objeto de crítica por alguns nomes da doutrina - nos quais se inclui a figura de Dierle José Coelho Nunes (2007, p. 56) -, a qual, inclusive, sustentava a sua inconstitucionalidade, e a possibilidade de insurgência contra qualquer decisão unipessoal do relator por meio de uma aplicação analógica da regra do art. 39, da Lei n.º 8.038/1990.

Desse modo, é possível concluir que a não reprodução da regra consubstanciada no art. 527, parágrafo único do CPC/73 também se encontra calcada na necessidade de consagração do princípio do contraditório, inclusive sob a sua forma qualificada - princípio da cooperação - possibilitando não apenas que as partes se insurjam contra as decisões que defiram ou indefiram os pedidos de tutela provisória recursal, mas também que elas participem de sua formação.

É certo que a possibilidade de interposição de agravo interno contra as decisões de tutela provisória recursal tende a ensejar o aumento do número de recursos nos tribunais e, dessa forma, provocar questionamentos doutrinários quanto à esta novidade, notadamente pela sua suposta contrariedade ao princípio da eficiência. Todavia, tal assertiva é insuficiente para contestar a nova opção legislativa, que impregnada pelas ideias do Formalismo-Valorativo entende o processo como uma «comunidade de trabalho»(DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 130), onde todos os sujeitos processuais devem atuar na formação da decisão, não mais se admitindo uma decisão unipessoal sem a possibilidade de impugnação, como ocorria na vigência do CPC/1973.

Não é à toa que o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) editou, após intensos debates, o enunciado n.º 142, que assim prescreve: “Da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal, cabe recurso de agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC”.

Nessa medida, pode-se concluir que a possibilidade de impugnação das decisões unipessoais do relator por meio do recurso de agravo interno consiste em corolário do próprio Estado de direito, o qual pressupõe a existência de instrumentos de controle com o objetivo de evitar eventuais arbítrios da Administração, aqui entendida em sentido *lato*, na qual se inclui, obviamente, o Poder Judiciário.

O RETARDAMENTO FORÇADO DO JULGAMENTO DO AGRAVO INTERNO

A despeito da já mencionada importância do agravo interno como instrumento de controle das decisões unipessoais do relator, os tribunais pátrios, receosos com aumento expressivo de sua carga de trabalho em razão da ampliação expressa das hipóteses de cabimento desta modalidade recursal, vêm se valendo de técnicas arditosas com o escopo de obstar esta tendência.

Uma das principais dessas técnicas ou artifícios é denominada de “jurisprudência defensiva”, por meio da qual os tribunais, valendo-se de interpretações e/ou aplicações desproporcionais e irrazoáveis de entendimentos jurisprudenciais, acabam criando restrições ilegítimas ao direito de recorrer e, conseqüentemente, contribuindo para dificultar o acesso à justiça (BARREIROS *et al.*, 2017, p. 115).

Exemplo de aplicação prática desta técnica consiste na não aceitação, por parte de alguns tribunais pátrios, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), do

cabimento do agravo interno contra decisões que deferem ou indeferem o pedido liminar recursal.

Nos autos do recurso n.º 0027152-62.2016.8.19.0000, julgado em 03/08/2016, de relatoria da Des.^a Marianna Fux, a 25ª Câmara Cível do TJRJ decidiu por não conhecer de agravo interno interposto contra decisão que indeferiu o efeito suspensivo pleiteado em agravo de instrumento ao fundamento de que embora o CPC/2015, em seu art. 1.021, admita a interposição desta modalidade recursal contra decisão proferida pelo relator, a sistemática do novo código processual “tem por escopo a redução das hipóteses de recurso”.

Para o não conhecimento daquele agravo interno, invocou-se, ainda, a súmula n.º 245, do TJRJ, editada sob a égide do CPC/1973, a qual dispunha ser “incabível agravo regimental contra as decisões de que trata o artigo 527, incisos II e III do Código de Processo Civil”. Nesse mesmo sentido, orientou-se a 26ª Câmara Cível daquele tribunal nos autos do agravo interno n.º 0028887-33.2016.8.19.0000, de relatoria do Des. Luiz Roberto Ayoub, julgado em 20/06/2016.

Embora a jurisprudência mais recente do TJRJ aponte para uma revisão desse posicionamento inicial, tal não é que se verifica no TJRS, onde se observa uma tendência muito forte em não admitir o agravo interno interposto contra decisão liminar recursal sob o frágil argumento de que essa decisão possui natureza precária, efetuada com base em juízo cognitivo sumário, e que estará sujeita à reapreciação quando do julgamento do mérito do agravo de instrumento (neste sentido *vide* agravo interno n.º 70077005288, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em 25/04/2018; agravo interno n.º 70076679034, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 28/03/2018; 70076603901, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Uhlein, Julgado em 28/03/2018).

Tais interpretações evidenciam-se como manifestamente contrárias ao direito ao recurso, o qual, nesse específico caso, encontra-se expressamente previsto na regra do art. 1.021, *caput*, do CPC/2015, que

admite a interposição de agravo interno contra toda e qualquer decisão do relator, sem impor qualquer exceção.

Nessa medida, pode-se afirmar que

[...] o que se convencionou chamar de “Jurisprudência Defensiva” deve ser considerado, na verdade, uma jurisprudência ofensiva, uma vez que ofende aos princípios da legalidade; da inafastabilidade do controle jurisdicional, do contraditório, da boa-fé, da cooperação, bem como o bom senso, a segurança jurídica e a razoabilidade (BARREIROS *et al.*, 2017, p. 115).

Aliada à essa perniciosa técnica de “jurisprudência defensiva” é possível observar, após a vigência de mais de dois anos do novo *Código* processual, que os tribunais pátrios têm se valido de outra artimanha para combater um eventual aumento do número de recursos em seus acervos, qual seja: o retardamento do julgamento do agravo interno no aguardo da instrução do agravo de instrumento, de tramitação reconhecidamente rápida, com o escopo de forçar a perda superveniente de seu objeto.

Tal conduta, que vem se tornando cada vez mais comum, não se coaduna com a intenção do legislador que, como visto, ao autorizar a interposição de agravo interno contra qualquer decisão proferida pelo relator (artigo 1.021), não fez qualquer limitação, não cabendo ao julgador fazê-la, sob pena de manifesta violação do direito constitucional ao recurso, corolário lógico dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tão privilegiados na nova ordem processual civil.

Trata-se de evidente violação ao princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC/2015), o qual exige que não apenas as partes, mas também o magistrado, atuem com lealdade, honestidade e probidade (CUNHA, 2017, p. 40). Por esse princípio, segundo Fredie Didier Jr. (2015, p. 107), “haveria um dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança de não agir com deslealdade”.

Sob essa perspectiva, é certo que o “retardamento forçado” do recurso de agravo interno, nessas situações frustrará a legítima expectativa dos jurisdicionados em ver a sua irresignação conhecida e julgada pelo tribunal, mitigando o princípio da boa-fé processual.

Desse modo, nas hipóteses em que se mostra possível o julgamento do agravo interno antes do julgamento do mérito do agravo de instrumento, os tribunais pátrios deverão assim fazê-lo, sob pena de completo esvaziamento daquela modalidade recursal, que se revelará, nesses casos, como um instrumento impugnativo totalmente inútil e ineficiente.

Outrossim, é importante consignar que uma decisão unipessoal que defere ou indefere um pedido liminar formulado em agravo de instrumento possui, segundo o recorrente, natureza de urgência, o que torna premente o cabimento e a análise do agravo interno, sob pena de se postergarem contra aquele os efeitos da decisão proferida pelo juízo *a quo*, ao menos até o julgamento do mérito do recurso principal caso este venha a ser provido.

Quando se deduz um pedido de efeito suspensivo em sede de agravo de instrumento, o objetivo da parte é ver apreciado imediatamente esse pedido, exatamente pelo conteúdo e pelo desiderato contido em tal postulação. Se o tribunal nega (ou concede) o efeito, permanece a (ou abre-se uma nova) pretensão de reformar a decisão para conceder (ou para negar) o efeito suspensivo.

Essa pretensão criada com a decisão liminar continua tendo urgência, notadamente porque se trata de uma pretensão dirigida ao efeito suspensivo, razão pela qual o recurso contra a decisão (agravo interno) deveria ser julgado imediatamente. (BECKER; PEIXOTO, 2018, p. 7).

De fato, em algumas situações, a instrução do agravo interno – que depende apenas da intimação do agravado para apresentar contrarrazões em 15 (quinze) dias – será mais célere do que a do agravo de instrumento⁴, e possibilitará o seu imediato julgamento pelo órgão colegiado.

Nesses casos, devem os tribunais assim proceder e passar ao julgamento do agravo interno de modo isolado, ou seja, sem aguardar a instrução integral do agravo interno para possibilitar um julgamento em conjunto, tendo em vista que posturas neste sentido são aptas a configurar

⁴ Tal é o caso, por exemplo, em que o agravado suscita questão preliminar em contrarrazões, o que exige que o relator, em atenção ao princípio que veda a decisão surpresa (artigos 9º e 10º, do CPC/2015), intime o agravante para se manifestar a respeito, ampliando, assim, o contraditório, e retardando, conseqüentemente, a completa instrução do recurso de agravo de instrumento.

verdadeira negativa de prestação jurisdicional, que vai de encontro a vários preceitos constitucionais, dentre os quais se destacam o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV), da legalidade e da eficiência (art. 37, *caput*).

Oportuno consignar que por meio de uma breve e simples pesquisa nos sistemas de busca de jurisprudência dos endereços eletrônicos (*sites*) dos tribunais do país é possível verificar a existência de vários acórdãos de julgamento isolado dos recursos de agravo interno, o que revela a sua plena viabilidade (nesse sentido *vide* agravo interno n.º 70.076.141.456, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, julgado em 08/03/2018; agravo interno n.º 1.0000.17.096909-1/002, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG; Relatora: Des.^a Shirley Fenzi Bertão, julgado em 10/04/2018).

Segundo Rodrigo Becker e Marco Aurélio Peixoto (2018, p. 7-8), esta posição “certamente é aquela que deveria ser adotada pelos tribunais, porque mantém relevância do agravo interno (recurso previsto expressamente no CPC), prestigia a celeridade processual, e mantém vivo o debate em torno da urgência do provimento liminar”.

Postura contrária se confronta com o querer do legislador do CPC/2015, o qual optou por rever a sistemática processual pretérita para expressamente admitir a interposição de recurso contra decisões liminares proferidas em agravo de instrumento, fazendo “letra morta” de parcela importante da regra do art. 1.021, *caput*, da nova codificação, numa volta indesejada ao modelo de organização processual inquisitivo, o qual não mais se coaduna com o modelo vigente, calcado no princípio da cooperação.

Enfim, a sistemática do CPC/2015 confere às partes recorrentes (agravante ou agravado) a oportunidade de se insurgir contra qualquer decisão proferida pelo relator, exercendo, dessa forma, os seus direitos ao esclarecimento e a influenciar na formação da convicção dos julgadores, direitos estes que não podem ser suprimidos monocraticamente com base em interesses extraprocessuais de redução de trabalho.

Contudo, nas hipóteses em que a instrução do agravo de instrumento finda antes ou concomitantemente com a do agravo interno - o que, diga-se de passagem, consistem nas situações mais comuns de ocorrer -, nada obsta que ambos sejam pautados em conjunto e que este último venha a ser julgado prejudicado na ocasião do julgamento, em uma nítida concretização do princípio da eficiência (art. 8º, do CPC/2015), visto que a análise daquele (o agravo de instrumento) será feita com base em cognição recursal exauriente, esgotando-se, desse modo, o objeto do recurso derivado.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 autorizou, de forma expressa em seu art. 1.021, *caput*, a interposição de agravo interno contra qualquer decisão proferida pelo relator, sem fazer qualquer exceção, o que acabou ampliando as hipóteses de cabimento desta espécie recursal, a qual doravante pode ser interposta, inclusive, contra decisões que versem sobre pedidos de tutela de urgência recursal.

Essa ampliação das hipóteses de cabimento do agravo interno, de fato, pode ensejar o aumento do número de recursos nos tribunais, visto que, em sua grande maioria, os agravos de instrumento contêm pedido liminar recursal. Todavia, essa tendência não pode ensejar o uso de técnicas ou artimanhas pelo julgador com o objetivo de obstá-la, a pretexto de evitar o aumento de trabalho em segunda instância.

Nessa medida, o retardamento forçado do julgamento do agravo interno a fim de que este seja julgado em conjunto com o agravo de instrumento, provocando-se, desse modo, a perda superveniente de seu objeto, consiste em medida perniciosa, pois esvazia o objeto recursal nessas hipóteses, o que não se coaduna com importantes princípios constitucionais e infraconstitucionais, tal como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o do contraditório e da ampla defesa, o da cooperação, e sobretudo daquele que consagra o direito ao recurso.

Portanto, nas hipóteses em que for possível o julgamento do agravo interno antes do agravo de instrumento dele dependente, devem assim fazer os tribunais fazer, prestigiando, desse modo, uma espécie recursal cuja importância foi devidamente ampliada pelo legislador do CPC/2015, o qual a consagrou como o principal instrumento de controle de atuação unipessoal.

Nada obsta, todavia, que o agravo interno seja julgado em conjunto com o agravo de instrumento nos casos em a instrução deste termine antes ou concomitantemente à daquele, pois, nesses casos, o julgamento simultâneo consiste em nada mais do que a concretização dos princípios da eficiência e economia processual.

REFERÊNCIAS

- BARREIROS, Letícia Mitsue Yoshida Mori et al. A mitigação da jurisprudência defensiva no novo Código de Processo Civil: uma expectativa de concretização do julgamento de mérito recursal. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. v. 13. São Paulo: RT, 2017.
- BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. Agravo interno contra decisão liminar proferida em agravo de instrumento. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/agravo-interno-contradecisao-liminar-proferida-em-agravo-de-instrumento-22022018>>. Acesso em: 12 mai. 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado. Salvador: Juspodivm, 2010.
- LEMONS, Vinicius Silva. Os aspectos gerais do agravo interno no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito da ADVOCEF, n.º 24, p. 67-93, 2017.

- MACÊDO, Lucas Buril de. Agravo interno. Análise das Modificações legais e de sua recepção no Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo, v. 269, 2017, p. 311-344.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NUNES, Dierle José Coelho. Colegialidade das decisões dos tribunais - Sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator. Revista IOB de Direito Processual Civil, n.º 50, p. 50-61, 2007.
- TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-Cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

A APLICAÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NO ÂMBITO DAS EXECUÇÕES FISCAIS

Roberto Sartório Junior¹

INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil/2015, houve uma inovação no que concerne ao surgimento de uma nova espécie de tutela provisória, qual seja, a tutela de evidência. Esta está disposta no art. 311 do referido Código cujas hipóteses são visualizadas em seus incisos. Por outro giro, nota-se que tal dispositivo, sobretudo seu inciso II, repercutirá sobremaneira na seara tributária.

Nesse aspecto, o presente trabalho pretende analisar a obtenção dos efeitos suspensivos com a tutela de evidência no âmbito da execução fiscal, por meio dos embargos à execução, de modo a evidenciar não apenas a necessidade da tutela de urgência para conseguir tais efeitos. Para tanto, de antemão, haverá o estudo dos requisitos para a concessão dos efeitos suspensivos antes do Código de 2015 e o posicionamento da corrente jurisprudencial.

Em seguida, será analisada a viabilidade da tutela de evidência nos processos tributários, de modo a haver um estudo das nuances trazidas do art. 311, inciso II, do CPC ao fixar que não há necessidade de demonstrar o *periculum in mora* para conceder a citada tutela provisória. Por conseguinte, terá a demonstração do uso da nova técnica processual pelos Tribunais Superiores, proporcionando ao contribuinte mais garantias no processo de execução.

Nesse novo contexto, se verificará a contribuição da tutela provisória de evidência para a busca de uma racionalização do discurso jurídico pelos

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: robertosartorio@hotmail.com

operadores do direito a fim de evitar a letargia do processo quando o autor que reivindica a tutela esteja perante a fatos comprovados que guardam consonância com o entendimento pacificado dos Tribunais Superiores.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONCESSÃO DOS EFEITOS SUSPENSIVOS AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

No anterior Código de Processo Civil/73, a atribuição de efeitos suspensivo aos embargos à execução fiscal dependia da demonstração da presença dos requisitos dispostos no art. 739-A².

A concessão de efeito suspensivo para sobrestar a execução fiscal não era automática, ficava atrelada à análise subjetiva do juiz quanto à presença das condicionantes do art. 739-A, que eram: (i) a execução tinha que está garantida por penhora, depósito ou caução suficientes; (ii) tinha que haver a relevância dos fundamentos apresentados pelo embargante, além de (iii) deixar cristalina o grave dano de difícil reparação oriundo da continuidade da execução. Percebe-se que a única opção para a concessão dos efeitos suspensivos feita pelo legislador era por meio da visualização dos requisitos da tutela de urgência, quais sejam, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Cumprе esclarecer, de antemão, que estão intrinsecamente ligados os efeitos suspensivos dos embargos à execução fiscal e a suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Esta, como é sabido, possui suas hipóteses elencadas no art. 151 do Código Tributário Nacional cujas conseqüências são o impedimento de que a Fazenda Pública possa proceder com a cobrança do crédito tributário tanto por meio da execução, quanto por meio da inscrição no Cadastro Informativos dos Créditos não quitados

² Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficiente.

de órgãos e entidades federais (CADIN) ou da não liberação de certidão de regulares fiscal.

Por outro lado, a suspensão da execução fiscal oriunda de embargos possui o escopo de impedir o prosseguimento dos atos executórios praticados contra o devedor, interferindo em nada nos meios coercitivos representados, por exemplo, pela inscrição no CADIN. Em que pese tais assertivas, a tutela de evidência implica a suspensão da exigibilidade da obrigação tributária, com o fito de conservar o direito discutido e resguardar o resultado útil do processo.

A propósito, é de bom frisar que a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80) não rege sobre a concessão automática de efeitos suspensivos aos embargos à execução fiscal. Os artigos 16 e 17 de tal Lei, os quais tratam dos embargos, não disciplinam sobre os efeitos da oposição destes. Nesse sentido, em razão do artigo 1º da LEF, a regra trazida pelo art. 919, § 1º³, do Código de Processo Civil é aplicada de forma subsidiária.

Vê-se que no referido dispositivo do CPC há três requisitos para a concessão de efeitos suspensivos: (i) o requerimento da parte, (ii) a existência de garantia do Juízo e (iii) a concessão dos requisitos de concessão da tutela provisória. À primeira leitura, visualiza-se que não há novidade quanto aos requisitos.

No entanto, a inovação trazida pelo art. 919, §1º, do Código de Processo Civil está na viabilidade do uso da tutela de evidência (espécie tutela de provisória) para atribuição dos efeitos suspensivos aos embargos. Tal possibilidade será estudada no tópico posterior.

³ Art. 919. Os embargos à execução não terão efeitos suspensivos.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

SOBRE A TUTELA DE EVIDÊNCIA

A tutela provisória de evidência está regulada no art. 311 do CPC/2015 cuja fundamentação é atrelada ao binômio constitucional efetividade e isonomia (RODRIGUES, 2016, p. 427). Curioso notar que sua substância está marcada pela ideia de direito e líquido e certo do mandado de segurança, já que por meio deste “tutela-se um direito evidente” (MEDINA, ARAÚJO, 2012, p. 33). Tal técnica processual⁴, portanto, possui característica de uma tutela sumária de cunho satisfativo, embasada num elevado grau de probabilidade da existência do direito.

Com maestria, o professor Fredie Didier Jr. (2016, p. 701) ensina o propósito da tutela de evidência:

Seu objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual.

Por essa razão se diz que o direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) exige que o ônus do tempo processual seja gerido com comedimento e moderação, considerando-se não só a razoabilidade do tempo necessário para concessão da tutela definitiva, como também a razoabilidade na escolha da parte que suportará o estorvo decorrente, concedendo uma tutela provisória para aquela cuja posição processual se apresenta em estado de evidência e com mais chances de sucesso.

Eis, para seguinte análise, os requisitos indispensáveis para a tutela de evidência contidos no art. 311, do CPC/2015:

⁴ Curioso notar que Humberto Theodoro Jr leciona que a tutela de evidência pode ser cautelar: “Não se pode, nada obstante, ser radical a ponto de se negar, em caráter absoluto, o cabimento de eventual medida cautelar, dentro da sistemática da tutela de evidência. [...] o direito positivo prevê alguns casos de medidas cautelares que, sem o pressuposto do *periculum in mora*, cuidam de proteção a direitos evidentes” (*Curso de Direito Processual Civil*. Volume I. 57ª Ed. Forense. 2016, p. 691).

Art. 311. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único – Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Observa-se, pelo teor do artigo, que o legislador fomentou a busca pela eficiência na prestação da tutela jurisdicional, a qual é uma das balizas do novo arcabouço processual civil, de modo que aquelas situações em que o direito se mostra tão exato ao juiz propicia à evitável sujeição das partes aos trâmites desgastantes do processo, respeitando o ditame constitucional da efetividade processual e o acesso à justiça sempre em busca de uma tutela adequada e efetiva.

Pela leitura do art. 311, observa-se que na tutela provisória o *periculum in mora* não possui importância, ou seja, a demonstração do risco de dano ou perigo ao resultado útil do processo é dispensável. Conforme ensinamentos de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 871), “em comparação com a tutela de urgência, a tutela de evidência igualmente exige a plausibilidade da demonstração do direito invocado, mas prescinde da demonstração do risco de dano. Vale dizer, o direito da parte requerente é tão óbvio que deve ser prontamente reconhecido pelo juiz”.

Tal reflexão é pertinente na medida que demonstra que a tutela de evidência sempre deduz a probabilidade real do direito do autor. Nesse aspecto, o *fumus boni iuris* sempre vai ser intrínseco a ela. Eis, portanto, a diferença que repercutirá nos processos que envolvam pedidos de efeitos suspensivos.

A novidade de tal artigo, para o âmbito tributário, fica restrito ao inciso II⁵ da tutela de evidência. Conforme exposto alhures, a demonstração do direito evidente por meio de prova documental é oriunda da concepção de direito líquido e certo do mandado de segurança, de maneira a transparecer a ausência de controvérsia fática sobre a questão de direito no documento apresentado.

Embora haja tal inspiração, o Código de Processo Civil acrescenta outros elementos ao da prova documental, haja vista a existência de súmula vinculante ou julgamento de caso repetitivo em relação à questão de direito discutida. Percebe-se, por conseguinte, que a pretensão do autor se mostra vigorosa em suas feições fáticas e jurídicas.

A CONCESSÃO DE EFEITOS SUSPENSIVOS POR MEIO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA NA EXECUÇÃO FISCAL

Conforme explanado no tópico anterior, o art. 919, §1º, do CPC/2015 expõe as condicionantes para a conceder os efeitos suspensivos através das tutelas provisórias.

Cumprir destacar, inicialmente, que o *caput* do art. 294 do CPC/2015 assevera que "a tutela provisória pode fundar-se em urgência ou evidência", de maneira a haver um entendimento que tais efeitos podem ser concedidos se presentes os requisitos da tutela de evidência e estiver a execução garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Assim, presentes os pressupostos para a concessão da tutela de evidência, factível será a obtenção de efeitos suspensivos na seara do tributária. Ora, não é atípico que o contribuinte consiga provar, tão somente através de documentos, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade do tributo cobrado indevidamente em consonância com o entendimento

⁵ Segundo o Enunciado 30 da ENFAM, "É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante."

pacificado pelo rito dos repetitivos ou súmula vinculante, com as alegações fáticas comprovadas documentalmente.

Ademais, ainda que o executado ofereça de modo parcial ou não ofereça garantia ao juízo, os efeitos concessivo devem ser concedidos aos embargos, uma vez que determinado tributo que foi declarado inconstitucional pelo STF deve ser visto como um direito evidente de maneira respaldar o embargos que foram oferecidos com garantia parcial.

Não há razão, em que pese o teor do art. 919 e seus parágrafos, para não paralisar a execução fiscal, contendo novas constrições, no momento em que se deparar com uma situação em o tributo fora declarado ilegal ou inconstitucional, sob prejuízo de rescindir aquela almeja racionalização do discurso uniforme que emana segurança jurídica.

Some-se a isso, a exigência de penhora de bens ou outra modo de garantia vai de encontro com a duração razoável do processo, isto é, à eficiência e à celeridade apregoada pelo art. 4º do CPC/2015

Aliás, importante destacar importante decisão monocrática oriunda do pedido de tutela provisória junto ao Superior Tribunal de Justiça, na qual foi concedida autorização para a não inclusão do ICMS na base de cálculo das parcelas futuras da PIS/COFINS, em conformidade com a tese fixada em repercussão geral no Recurso Extraordinário 574.706⁶. Segue abaixo parte da decisão:

⁶ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não

Ao que se observa, o deferimento do pedido formulado em sede de tutela de evidência dispensa a comprovação do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, exigindo-se, porém, que a tese discutida nos autos já tenha sido solucionada em sede de recurso repetitivo ou em súmula vinculante.

No particular, a tese suscitada encontra-se amparada pelo julgamento do RE 574.706/PR, e as alegações foram devidamente apreciadas no acórdão recorrido (e-STJ fl. 213/219), nos termos exigidos pelo art. 311, II, do CPC/2015.

Destaca-se que, segundo consta na exordial, os requerentes apresentaram pedido idêntico perante a Corte Regional, porém, naquela ação, foi proferida decisão para sobrestar a apreciação do pedido até a publicação do paradigma e referência pelo STF (fls. 298).

Sendo assim, imperiosa a expedida manifestação desta Corte Superior, não se podendo aguardar o desfecho do julgamento na origem, na medida em que os fundamentos da pretensão estão amparados nas conclusões do julgamento do RE, subsumindo-se, desse modo, à hipótese prevista no art. 311, II do CPC/2015.

Pelo exposto, presentes os requisitos, defere-se, por ora, porestá decisão, a tutela provisória de evidência, para determinar-se a suspensão da exigibilidade do crédito na forma do art. 151, V, do CTN, bem como para que se comunique à Fazenda Nacional e ao Delegado da Receita Federal do Brasil de Uberlândia/MG, a fim de que se abstenham de exigir o recolhimento de futuras parcelas das Contribuições ao PIS e da COFINS mediante a inclusão do ICMS em sua base de cálculo.⁷

Nessa linha raciocínio, a tutela de evidência proporcionará maior harmonização, maior uniformização entre as decisões, de forma a evitar falta de conformidade com o entendimento dos Tribunais Superiores e, assim, evitar execuções fiscais infundadas.

cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017).

⁷ STJ, Pedido de Tutela Provisória nº 586-MG (2017/0141585-6). Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 02.08.2017.

CONCLUSÃO

Extrai-se do exposto ao longo do presente trabalho que falta razoabilidade o normal curso do processo de execução a partir do momento em que o executado comprova, por meio de prova pré-constituída, os fatos alegados e, sobretudo, quando fica evidenciada a invalidade da cobrança que fora fixada pelo Tribunal Superior, haja vista em sede de repetitivos. As pretensões da tutela de evidência são incompatíveis com tramitação da execução fiscal de um tributo ilegal/inconstitucional.

A busca por uma racionalidade das decisões deve ser observada pelos operadores do direito, logo, imperiosa é a possibilidade de obter efeitos suspensivos com a tutela de evidência, ainda que tenha o oferecimento parcial da garantia.

Portanto, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao fazer a previsão de uma tutela de urgência que pode ser concedida pelo magistrado ainda que não haja a demonstração do perigo de dano decorrente da demora do provimento jurisdicional. Nessa linha, como forma de antecipar os efeitos de uma decisão final, foi inserida uma hipótese de tutela de evidência disposta no artigo 311, inciso II, do CPC cuja concessão ocorrerá quando houver prova documental das alegações de fato enquadramento em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, o que repercutirá sobremaneira nas discussões que envolvam matéria tributária de maneira a possibilitar a concessão dos efeitos suspensivos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Carlos Augusto de. Reflexões sobre os rumos da tutela de evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. In.: Coleção novo CPC doutrina selecionada (Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório). DIDIER JR., Fredie (Coordenador) Volume 4. Salvador: Juspodivm, 2015.

- DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento. Volume 2. 12 ed. Salvador: JusPodvim, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de segurança individual e coletivo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/15. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- QUEIROZ. Mary Elbe; SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos F. A tutela de evidência e a execução fiscal. In: Racionalização do sistema tributário. CARVALHO, Paulo de Barros (Coordenador). 1 ed. São Paulo: Noeses: IBET, 2017.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual. 6 ed. São Paulo: Forense, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 57ª Ed. Forense. 2016.

A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC/15 E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Carolina Biazatti Borges¹
Larissa de Almeida Silva²
Nauani Schades Benevides³

INTRODUÇÃO

O legislador do CPC/2015, sob o pretexto de acelerar a prestação da tutela jurisdicional, suprimiu os embargos infringentes e instituiu em seu lugar uma técnica de julgamento com quórum ampliado de julgadores em caso de divergência. Disciplinada no art. 942, *caput* e parágrafos, tal técnica, que conserva a essência do extinto recurso, é aplicada quando o resultado da apelação, do agravo de instrumento (quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito) ou da ação rescisória (quando o resultado for a rescisão da sentença) for não unânime. O julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, convocados nos termos do regimento interno, em número suficiente para possibilitar a inversão do resultado, assegurado às partes e a terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

O CPC, assim, vedou que o interessado se insurgisse contra decisão não unânime e implantou uma regra a ser aplicada de ofício em tais casos. Nesse contexto, o presente estudo visa analisar se a substituição do recurso

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela CAPES. Endereço eletrônico: carolinabiazatti@gmail.com.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela CAPES. Endereço eletrônico: larissa.al@gmail.com.

³ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela FAPES. Endereço eletrônico: nauani@gmail.com.

por uma técnica de julgamento tem a aptidão de encurtar o caminho para o desfecho do processo. Investiga-se se, de fato, a supressão de recursos é a resposta para o problema da lentidão do Judiciário. Ademais, sob a perspectiva da justiça da decisão colegiada, questiona-se se o art. 942, ao substituir os embargos infringentes, representou um avanço ou um retrocesso em matéria processual.

OS EMBARGOS INFRINGENTES COMO ESPÉCIE RECURSAL PREVISTA PELO CPC/73

Para melhor compreensão da técnica de julgamento prevista no atual art. 942 do CPC/15, é preciso traçar breves considerações acerca de sua origem. Com efeito, o dispositivo representa uma inovação em matéria processual civil, porém não nasceu *ab ovo*, consistindo no resultado de marchas e contramarchas ao longo da história dos embargos infringentes no Brasil (ZANETI JR., 2016, p. 1370).

Criação genuína do direito lusitano, sem correspondência nos direitos romano e canônico, os embargos infringentes foram extintos da legislação pelo CPC português de 1939. Desde então, o único país no mundo a prever o recurso foi o Brasil, que o manteve no sistema recursal até o advento do CPC/15.

Diante deste cenário, não se tarda a concluir que os embargos sofreram uma dura crítica por parte da doutrina. Aliado ao fato de que os recursos são, não raramente, vistos como uma das mais expoentes razões da morosidade na entrega da prestação jurisdicional, os embargos infringentes, em especial, eram alvo de censura por prolongarem a duração do processo de forma excessiva, dado que proporcionavam a revisão de julgado colegiado não unânime.

Para Carlos Alberto Carmona, por exemplo, tratava-se de velharia bolorenta que não deveria mais encontrar espaço em nossa legislação (1989, p. 20). Segundo Araken de Assis, os embargos nunca atingiram dois de seus objetivos: aperfeiçoar o julgamento da causa e uniformizar a

interpretação do direito, ao submeter o voto vencido à crítica dos colegas (2014, p. 596).

De toda sorte, previstos no CPC/39, os embargos foram preservados no ordenamento jurídico brasileiro com o advento do CPC/73. Na acepção de Pontes de Miranda, essa manutenção se deu em razão de haver uma alta probabilidade de não haver erro judiciário em uma decisão colegiada unânime (1974, p. 340). *A contrario sensu*, portanto, presumiu o legislador que, havendo divergência quanto ao resultado, seria muito provável que houvesse algum erro no acórdão que poderia ser arguido pela parte via recurso. Na verdade, houve a intenção de suprimir os embargos já no anteprojeto do código Buzaid. Entretanto, a espécie recursal restou mantida na versão final enviada ao então Presidente da República.

O CPC/73, dessa forma, regulou os embargos de forma idêntica àquela que estabelecia o CPC/39. Nesse sentido, segundo o art. 530, eram cabíveis quando não unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória e, se o desacordo fosse parcial, os embargos estariam restritos à matéria objeto da divergência.

Foi a Lei nº 10.352/2001 que alterou pela última vez os infringentes antes de sua extirpação do sistema recursal. Por meio dela, seu cabimento foi restringido, mediante o apelo doutrinário, e os embargos passaram a ser cabíveis quando o acórdão não unânime reformasse, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou julgasse procedente ação rescisória.

As opiniões favoráveis à manutenção dos infringentes no sistema recursal se voltam à própria experiência judicante (BARBOSA MOREIRA, 2013, p. 518). Defendeu Flávio Cheim Jorge que os embargos traziam mais segurança jurídica na medida em que proporcionavam a unanimidade no entendimento de uma lei (1999, p. 262). Ademais, sobre a crítica da demora na prestação jurisdicional em razão do recurso, sustentou Luiz Rodrigues Wambier que a mazela está mais ligada a fatores de ordem estrutural do que aos embargos, que buscam estabelecer uma decisão mais uniforme, aprimorada e fruto de uma reflexão mais apurada (1992, p. 27).

O legislador do CPC/15, embora tenha feito a vontade da maioria que suplicava pela extinção dos embargos, conseguiu introduzir,

no apagar das luzes do processo legislativo, uma engenhosa técnica processual de julgamento cujas hipóteses de cabimento têm por DNA aquelas que justificavam o cabimento dos infringentes (RODRIGUES, 2016, p. 1302). Dado que o presente estudo objetiva, em geral, analisar tal mudança processual, é preciso traçar algumas considerações sobre a regra do art. 942.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC/15

Primeiramente, convém analisar a natureza jurídica da regra do art. 942, a qual dispõe que quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, os embargos infringentes não foram suprimidos, tendo simplesmente deixado de ser voluntários para serem oficiosos (2014, p. 399). O autor, como parte da doutrina, entende que o elemento volitivo não é essencial para a caracterização de um recurso.

Tal posicionamento, no entanto, não parece o mais acertado. Isso porque, independentemente de se considerar a voluntariedade como elemento essencial do recurso, a questão é que não há decisão judicial que desafie a regra do art. 942. Em outras palavras, o recurso, como ato postulatório, é meio processual que impugna um pronunciamento judicial, e, neste caso, inexistente decisão judicial contra a qual a parte ou um terceiro possam se insurgir com fulcro no art. 942. Constatada a divergência, o julgamento simplesmente prossegue, oficiosamente.

Por isso, o dispositivo em análise revela ao intérprete uma regra de julgamento, e não um recurso. Assim, novos votos serão colhidos sem que o litigante necessite – ou mesmo possa – arguir suas razões, ressalvada a possibilidade de sustentação oral perante os novos julgadores.

Pontuada essa premissa, tem-se que as hipóteses de aplicação da técnica de julgamento são, segundo o *caput*, (i) divergência no julgamento da apelação, e, de acordo com o §3º, (ii) divergência no resultado que rescinde a sentença em sede de ação rescisória e (iii) divergência no resultado que reforma decisão que julgou parcialmente o mérito em sede de agravo de instrumento.

Ademais, o art. 942 não se aplica, nos termos do §4º, no julgamento dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, tampouco da remessa necessária e daqueles proferidos pelo plenário ou corte especial.

Como cediço, os embargos infringentes, como espécie recursal, devolviam ao órgão *ad quem* a matéria impugnada, como reflexo de seu efeito devolutivo, mensurado nos parâmetros de extensão e profundidade. Na lição de Barbosa Moreira, a extensão dos embargos se apurava pela diferença entre o decidido no acórdão e o que preconizava o voto vencido (2013, p. 530).

Transpondo tal ideia para a regra do art. 942, embora seja atécnico afirmar que há efeito devolutivo como consequência de sua aplicação, já que é técnica oficiosa, conclui-se que a matéria devolvida para apreciação dos novos julgadores é toda aquela posta para análise da apelação, da rescisória ou do agravo. Logo, os julgadores que complementam o julgamento não estão limitados à divergência. Como não foi lavrado o acórdão, o julgamento apenas continua, sendo que os julgadores que já votaram podem modificar seus votos e aqueles que ainda não se posicionaram podem analisar o pedido que foi dirigido ao tribunal como um todo.

Por fim, vale ressaltar que o disposto no art. 942 não viola o princípio do juiz natural, ora entendido como a realização de atos jurisdicionais por juízes competentes. Dessa forma, o fato de haver uma

mudança na composição de magistrados depois de iniciado o julgamento pelo colegiado não ofende o referido princípio, tendo em vista que o órgão fracionário é competente para decidir a matéria no âmbito dos tribunais. Estes, como órgãos colegiados do Poder Judiciário (art. 92, da Constituição Federal), devem elaborar seus regimentos internos (art. 96, I, “a”, da CF), observando as normas gerais de processo expedidas pela União (art. 22, I, da CF). Assim, havendo regramento da extensão do julgamento nos regimentos internos dos tribunais, não há que se falar em violação ao juiz natural.

A MUDANÇA PROCESSUAL E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

A previsão dos embargos infringentes pelo sistema era, por vezes, associada à desnecessária postergação da prestação da tutela jurisdicional, impedindo a proteção de direitos de modo célere, justo e, consequentemente, efetivo.

Entretanto, tal crítica era fundada na máxima de que recursos colaboram para a morosidade da justiça. Não há histórico de pesquisa que corrobore esta suposição, e, caso houvesse estudo cuja problemática fosse a relação entre a morosidade do Judiciário e os meios de impugnação das decisões, pensa-se – exclusivamente com base na prática forense –, que o resultado não poderia ser outro que não a “absolvição” dos recursos. A questão é que sempre houve, há e haverá juízes com o serviço em dia, em atraso e muito atrasados, mas a razão disso a ninguém interessa investigar, pois muito mais fácil é atribuir a culpa aos litigantes e ao número de recursos (MONIZ DE ARAGÃO, 2006, p. 14).

De toda sorte, optou-se por extinguir a espécie recursal, mas poupar sua essência, nos termos do art. 942. De acordo com o Min. Luiz Fux, que fez parte da comissão de juristas elaboradora do CPC/15, o excesso de recursos é um impedimento à ágil prestação de serviços no Judiciário e recursos infundáveis geram a prestação de justiça infundável também

(CONJUR, 2015). Cabe à doutrina, portanto, analisar se a almejada agilização do serviço judicial tende a ser alcançada por meio desta mudança processual específica.

Dessa forma, indaga-se em que medida a novidade legislativa contribui para a efetividade da tutela jurisdicional a ser prestada pelo Estado-juiz sob duas óticas: a da celeridade e a da justiça da decisão.

Sob a ótica da celeridade

A manutenção da possibilidade de inversão do resultado do julgamento pelo legislador não se deu por acaso. Em que pesem as críticas dirigidas aos embargos infringentes, é certo que houve algum interesse no resguardo de sua ideia central, a qual se julgou adequada e condizente com o novo sistema. Prova dessa afirmação – e, portanto, da importância outorgada pelo legislador à necessidade de propiciar à parte a chance de modificação do resultado – é a desnecessidade de provocação da parte para que o julgamento seja qualificado pela presença de mais magistrados.

Passou-se, assim, do recurso à oficiosidade. Haveria que se pensar, portanto, que em não havendo necessidade de se processar e julgar um recurso – o que demandaria significativo tempo dos serventuários e magistrados – o desfecho do processo tenderia a ser substancialmente adiantado.

Embora recém vigente o CPC/15, pesquisa realizada no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais parece demonstrar o oposto. Dados coletados por Letícia Fabel Gontijo e Jason Soares de Albergaria Neto apontaram que 1.729 embargos infringentes foram distribuídos entre as 18 Câmaras Cíveis e o Órgão Especial no período de um ano, até que vigesse o CPC/15, e, partir de então, até um ano após sua vigência, constatou-se que a técnica de julgamento do art. 942 foi aplicada em 5.244 processos, sendo 5.121 apelações, 85 agravos de instrumento e 1 ação rescisória (2018, p. 312).

Dado que os embargos infringentes, como recurso, dependiam da vontade das partes para serem opostos, é natural que nem sempre fossem utilizados pelas partes. Diferentemente ocorre com a regra do art. 942,

que é aplicada de ofício todas as vezes que preenchidos os pressupostos legais. Por isso, não é espantoso o resultado da pesquisa, que demonstrou que a técnica de julgamento foi aplicada aproximadamente três vezes mais em processos cíveis em relação ao número de causas em que se verificava a utilização dos embargos, no mesmo período de tempo.

Assim, sob a perspectiva da celeridade, cumpre ponderar: o processo era mais eficiente quando o tribunal tinha que processar e julgar os embargos infringentes opostos pelas partes (quando estas julgassem proveitosos)? Ou o é atualmente, haja vista a necessidade de ampliação do quórum de julgadores de modo oficioso?

Apesar de faltarem dados empíricos para se chegar a uma conclusão mais precisa, pensa-se não haver grandes avanços, em termos de celeridade, considerando a mudança processual ora estudada.

Explica-se. Estender o julgamento da apelação, do agravo de instrumento ou da ação rescisória na mesma sessão ou para sessão futura é, de fato, um procedimento menos demorado do que o processamento e julgamento de um recurso (embargos) que incidia sobre outro recurso (apelação) ou sobre a ação rescisória. Contudo, deve-se ressaltar que os embargos poderiam, à época do CPC/73, ser julgados monocraticamente em amplas hipóteses (inadmissibilidade manifesta, improcedência manifesta, prejudicialidade manifesta ou dissonância em relação a súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior), nos termos do art. 557. Nestas situações, portanto, os embargos não eram levados ao julgamento colegiado, e, portanto, eram julgados de modo mais célere. Ressalta-se, porém, a possibilidade de interposição de agravo em cinco dias da decisão do relator que não admitia os embargos, conforme o art. 532.

Ademais, embora a regra do art. 942 confira, a princípio, maior celeridade ao feito, o fato é que a técnica processual nela prevista incide sobre todos os julgamentos de apelação, agravo de instrumento (quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito) ou ação rescisória (quando o resultado for a rescisão da sentença) cujos resultados não forem unânimes. À época do CPC/73, a parte poderia ou não opor

embargos. Atualmente, a chance de inversão do resultado é aberta a todas as causas supracitadas, sem exceção. Isso significa que o julgamento será mais longo, uma vez que os novos julgadores muito provavelmente precisarão analisar os autos antes de proferirem suas decisões, o que implica no adiamento do desfecho para sessão próxima.

Repita-se, não há dados suficientes para embasar uma conclusão acurada sobre as consequências da mudança processual, sob a ótica do combate à morosidade do Judiciário, no sentido de propiciar a decisão final de modo tempestivo. No entanto, tendo em vista a pesquisa de campo realizada no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e algumas questões relativas ao processamento e julgamento dos extintos embargos infringentes e das causas em que incide a regra do art. 942, não parece que a lentidão do processo será sanada em virtude da inovação legislativa em tela.

Destarte, a supressão dos embargos não parecer ter sido determinante para que a obtenção da tutela jurisdicional seja obtida de forma mais célere. Em outros termos, não é por meio desta manobra que o Judiciário propiciará ao jurisdicionado uma resposta em menor tempo, mesmo porque, como já defendido, o problema da morosidade está arraigado para além dos meios processuais previstos em lei. Mudar a lei, sem o diagnóstico apropriado dos males a corrigir, tende a ser ineficaz (MONIZ DE ARAGÃO, 2006, p. 23).

Sob a ótica da justiça da decisão

Ao contrário do que se concluiu, ainda que de modo raso, no tópico anterior, entende-se que, sob a ótica da justiça da decisão, a opção do legislador por manter a essência dos embargos no CPC/15 parece ter sido louvável.

Quando se fala em justiça da decisão, deve-se entender pela preocupação do legislador com a qualidade do acórdão prolatado pelo órgão colegiado. Tal cautela, em um sistema democrático, somente poderia ser instrumentalizada pelo prestígio dado a opinião da maioria

dos julgadores. Vigora em nosso ordenamento jurídico a crença de que uma decisão originada de um juízo plural tende a ser mais justa e, conseqüentemente, mais efetiva.

Por isso, por ser fruto da vontade de uma maioria qualificada, isto é, de votos proferidos por mais julgadores do que o normal, o acórdão lavrado pelo relator ou pelo autor do primeiro voto vencedor em que houve incidência da regra do art. 942 é, naturalmente, considerado adequado e justo, já que, apesar da divergência, houve mais entendimentos em um sentido do que em outro. O critério é puramente quantitativo e possui caráter evidentemente democrático.

A intenção do legislador, sob a perspectiva da justiça da decisão, é revelada sobretudo pelo fato de que a técnica do art. 942 é aplicável preponderantemente em julgamentos ocorridos no âmbito dos tribunais de justiça. Como cediço, tais órgãos têm por escopo a preocupação com a justiça aplicada ao caso, isto é, com o direito subjetivo. Dessa forma, a ampliação do número de magistrados reflete esta função dos tribunais, tendo em vista que a agregação de mais pontos de vistas tende a garantir a correta interpretação e aplicação da lei ao caso concreto, conseqüentemente, tende a conduzir a uma menor chance de vício no acórdão. Não por outra razão o legislador vedou a ampliação do órgão colegiado no julgamento dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, nos termos do inciso I, do §4º, do art. 942, dado que se tratam de técnicas em que se visa proteger o direito objetivo (RODRIGUES, 2016, p. 1306).

Portanto, parece que sob a ótica da justiça da decisão, acertou o legislador em prever a possibilidade de inversão do resultado do julgamento de causas específicas, selecionadas, vale ressaltar, conforme o critério de importância no sistema. Sob este viés, assim, prezou-se pela segurança jurídica, na medida em que a vontade da maioria equivale a melhor solução possível a ser dada ao caso concreto.

CONCLUSÃO

A inovação legislativa contida no art. 942, do CPC/15, não é propriamente revolucionária, como visto, tendo em vista que conserva a essência dos embargos infringentes, espécie recursal suprimida pela lei processual civil. Contudo, a passagem de recurso à técnica de julgamento oficiosa gera a necessidade de ponderações acerca da aplicação da nova regra.

O estudo em tela teve início com algumas breves considerações sobre os embargos infringentes, os quais conformam a gênese do art. 942. Demonstrou-se que o recurso era alvo de vultosas críticas doutrinárias e que sua manutenção pelo sistema era rechaçada pela maioria dos juristas, embora houvessem válidos argumentos favoráveis a sua existência.

Em seguida, buscou-se fixar algumas premissas sobre a regra do art. 942, quais sejam, (i) a de que não se trata de recurso, mas de técnica de julgamento, (ii) a de que sua aplicação implica no julgamento de toda a matéria da apelação, agravo de instrumento ou ação rescisória pelos novos julgadores, isto é, não os limita a julgar o objeto da divergência, e (iii) a de que sua aplicação, desde que prevista no regimento interno do tribunal, não viola o princípio do juiz natural.

O presente trabalho se propôs a analisar a efetividade do art. 942 sob duas óticas: a da celeridade e a da justiça da decisão. Em relação a primeira, não se vislumbrou grandes avanços em termos de diminuição do tempo de duração do processo, tendo em vista que os poucos dados empíricos encontrados acerca do tema e a experiência forense conduzem a conclusão de que a oficiosidade gera uma maior demanda de julgamentos por parte do tribunal. Em relação a segunda, entendeu-se que o legislador, ao preservar a possibilidade de inversão do resultado, prestigiou a qualidade da decisão em uma perspectiva democrática, em que a maioria dos votos significa um resultado mais justo.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA NETO, Jason Soares de; GONTIJO, Letícia Fabel. A técnica de julgamento do art. 942 do CPC/15 e sua repercussão: pesquisa descritiva e quantitativa no âmbito do TJMG. *Revista de Processo*, v. 277, p. 305-322, mar./2018.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2014.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CARMONA, Carlos Alberto. Embargos infringentes. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 27, p. 20-27, fev./1989.
- CONJUR (Brasil). Novo CPC não limita poder de decisão dos juízes, diz Luiz Fux. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/cpc-nao-limita-poder-decisao-juizes-luiz-fux>>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Pequena história dos embargos infringentes no Brasil: uma viagem redonda. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Novas tendências do processo civil*. p. 381-402. Salvador: Juspodivm, 2014.
- JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. p. 258-303. São Paulo: RT, 1999.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? *Revista de Processo*, v. 136, p. 9-31, jun./2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 26-39, jul.-set./1992.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 942. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO CPC/15: O ROL DO ART. 1.015 E A POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

Carolina Biazatti Borges¹
Larissa de Almeida Silva²
Nauani Schades Benevides³

INTRODUÇÃO

O CPC/15 inaugurou, no art. 1.015, um rol de onze hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sem prejuízo de outros casos previstos em lei. A princípio, as matérias não expressamente ali versadas, quando são objeto de decisão interlocutória, não dão ensejo ao agravo, sendo impugnáveis em preliminar de apelação ou nas respectivas contrarrazões, nos termos do §1º do art. 1.009.

Logo, não existe mais uma cláusula aberta, tal como previa o art. 522 do CPC/73, pela qual o agravo de instrumento era utilizado para impugnar decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação.

Desde a edição do CPC/15, parte da doutrina defende a possibilidade de interpretar extensivamente os dispositivos do art. 1.015, com vistas a ampliar a abrangência da utilização do agravo, sendo que tal tese foi acolhida por alguns tribunais de justiça. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça afetou dois recursos especiais (REsp 1.704.520/MT e REsp 1.696.396/MT) para julgamento no rito dos repetitivos, visando decidir

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela CAPES. Endereço eletrônico: carolinabiazatti@gmail.com.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela CAPES. Endereço eletrônico: larissa.al@gmail.com.

³ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista pela FAPES. Endereço eletrônico: nauani@gmail.com.

acerca da natureza do rol do art. 1.015 – se taxativo ou exemplificativo – e sobre a possibilidade de interpretá-lo extensivamente para abranger decisões cujas matérias não estejam expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo.

Nesse contexto, o presente estudo visa analisar se a interpretação extensiva das hipóteses de cabimento do agravo representa o melhor caminho para a efetividade da tutela jurisdicional. O recurso, como instrumento processual, deve propiciar a tutela das pessoas de forma adequada, sendo que há uma enorme importância prática no posicionamento que será adotado pelo STJ.

Sob a perspectiva da segurança jurídica, indaga-se se haveria preclusão para a parte que não utilizou o agravo por entender ser incabível nos casos em que o tribunal estabeleça que seria o remédio processual adequado. Ademais, se toda decisão tem aptidão de causar prejuízo a alguém, questiona-se se suprimir a possibilidade de interposição imediata do recurso foi a melhor solução legislativa.

A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO CPC/15

Pelo sistema do CPC/1973, o recurso de agravo desafiava qualquer interlocutória, e em primeiro grau era interposto ora na forma de instrumento, ora na forma retida, observadas suas peculiaridades. Com efeito, a regra do art. 522 previa que as interlocutórias seriam impugnadas por meio de agravo retido, salvo se a decisão fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, oportunidade em que era utilizado o agravo de instrumento.

Na modalidade retida, a decisão não era prontamente reformada ou anulada, razão pela qual o agravo de instrumento funcionava como uma válvula de escape às partes, que frequentemente elaboravam teses que demonstravam o perigo de dano advindo da decisão, tal qual exigido pela lei para seu cabimento.

Isso acarretou o acúmulo excessivo desse recurso nos tribunais, especialmente após a reforma de 1994, que, dentre outras mudanças, facilitou a obtenção antecipada dos efeitos da tutela. Por tal razão, as reformas seguintes que alteraram a redação do CPC/1973 objetivaram afirmar o caráter residual do agravo de instrumento em face do agravo retido, em verdadeira experiência de ensaio e erro (WAMBIER, 2007, p. 235), o que, na prática, não logrou os resultados esperados, pois os litigantes sempre pretendiam, ao utilizar do agravo de instrumento, provocar o reexame imediato da questão recorrida, e não simplesmente evitar a preclusão, já que, para tanto, bastaria interpor o agravo retido (SICA, 2016).

Pelo código revogado, portanto, preenchidos os devidos requisitos de urgência, toda decisão interlocutória era recorrível de imediato pelo agravo de instrumento. Dito isto, insta observar que a existência do agravo no processo civil brasileiro foi mantida com o advento do CPC/2015. Entretanto, a sistemática mudou.

A possibilidade de interposição do agravo na forma retida foi extirpada do sistema recursal. Por opção legislativa, criou-se um “sistema misto” (JORGE, 2017, p. 288) quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias: o art. 1.015 prevê uma relação de cabimento do agravo de instrumento no processo de conhecimento, o qual se destina à impugnação imediata das interlocutórias ali contidas, ao passo que as demais, por exclusão, são irrecuráveis de imediato, ou seja, têm a recorribilidade diferida (FERREIRA, 2017, p. 196), podendo ser revistas apenas em eventual apelação ou em respectivas contrarrazões, por força do §1º do art.1.009.

Não existe hoje, portanto, uma cláusula aberta como havia no CPC/1973 (“decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”), mas propriamente um rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. A intenção do legislador foi claramente a de restringir a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias para determinados casos. Não obstante essa exaustividade do rol, cabe à

doutrina e à jurisprudência se posicionarem acerca da possibilidade atribuir uma interpretação extensiva ao mesmo.

A TAXATIVIDADE DO ROL DO ART. 1.015 E A POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

O princípio da taxatividade, na seara recursal, impõe que os recursos são apenas aqueles assim indicados em lei federal. Por isso, só é agravável a decisão que se enquadre em alguns dos incisos do art. 1.015, especialmente porque o legislador dedicou onze incisos para descrever as matérias impugnáveis de imediato, bem como um inciso para resguardar as demais situações previstas em lei.

Entretanto, desde a edição do CPC/15, alguns autores já vêm defendendo a possibilidade de interpretação extensiva do rol do art. 1.015, tese esta que alguns tribunais acolheram e que será em breve julgada sob o rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, que afetou o REsp 1.704.520/MT e o REsp 1.696.396/MT para tais fins.

Interpretar extensivamente um dispositivo legal significa ampliar o sentido da norma para além do contido em sua letra (CUNHA; DIDIER JR., 2015, p. 278). Portanto, para Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr., expoentes do entendimento sobre a possibilidade de interpretação extensiva do rol do art. 1.015, em que pese a enumeração *numerus clausus* apresentada pelo legislador, segundo sua evidente intenção, é possível que as hipóteses ali listadas sejam interpretadas (porque são normas jurídicas) de forma a abranger matérias não expressamente previstas na letra da lei.

Como exemplo, fala-se na interpretação extensiva do inciso III, que admite o agravo contra interlocutória que versa sobre rejeição da alegação de convenção de arbitragem. Isso porque, em sua essência, uma decisão que trata sobre convenção de arbitragem é um pronunciamento que versa sobre competência. Defendem os autores, portanto, que não poderia ser dado tratamento desigual a casos semelhantes e que deve ser admitido agravo que desafia decisão sobre competência.

Dentre as interlocutórias com recorribilidade diferida mais famigeradas na doutrina, até então, destaca-se também as decisões sobre provas (exceto sobre exibição ou posse de documento ou coisa, prevista no inciso VI, do artigo 1.015, e sobre redistribuição dinâmica do ônus probatório, prevista no inciso XI).

Em suma, conforme acrescentam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a taxatividade não elimina a necessidade de se adscrever sentido aos textos mediante interpretação (2015, p. 946).

A questão é de suma relevância, eis que a aplicação de técnica interpretativa às hipóteses de agravo de instrumento dá margem para que as partes façam uso do recurso de forma indiscriminada. Por isso, enquanto não houver uma precisa delimitação desse tipo de interpretação pelos órgãos julgadores, caso seja esse o caminho escolhido, há de imperar a insegurança jurídica (NEVES, 2016, p. 2077).

Até o presente momento, os tribunais parecem tender a aceitar a tese da interpretação extensiva. O próprio STJ já se posicionou sobre o tema, sendo relevante o julgamento do recurso especial 1.679.909/RS, em cujo andamento votou o Min. Luis Felipe Salomão no sentido de que se deve estabelecer alguma forma mais célere de impugnação à decisão interlocutória que defina a competência do que sua ventilação apenas em sede de apelação, já que a demora pode acarretar consequências danosas ao jurisdicionado e ao processo, além de se tornar extremamente inútil o aguardo da definição da questão apenas no julgamento pelo tribunal de justiça.

Seja como restar firmado no julgamento dos recursos especiais repetitivos sobre a temática – isto é, pela possibilidade ou não de interpretar extensivamente o rol do art. 1.015 –, o fato é que haverá consequências para as partes e interessados recursais, as quais precisarão ser cautelosamente analisadas pelo STJ com vistas a escolher a opção que confira maior efetividade ao processo. O acórdão a ser exarado pela corte, convém destacar, será de observância obrigatória a todos os juízes e tribunais do país, nos termos do inciso III do art. 927 do CPC/15.

A DECISÃO DOS TRIBUNAIS, A PRECLUSÃO TEMPORAL E O RISCO DE DANO

Como visto, até então impera a segurança jurídica em relação a temática do cabimento do agravo de instrumento em hipóteses concebidas por meio de interpretação extensiva do rol taxativo do art. 1.015 Tendo em vista que o agravo, apesar de comportar juízo de retratação pelo magistrado em primeiro grau, é interposto e submetido ao juízo de admissibilidade pelo tribunal de justiça.

A jurisprudência das cortes estaduais não é firme no sentido de vedar ou permitir a interpretação extensiva, e, conseqüentemente, de conhecer ou não agravo fundado em decisão cujo conteúdo não seja aquele expressamente previsto nos incisos legais, o que resulta em uma grave problemática de ordem prática.

Imagine-se que a parte entenda que uma determinada decisão não é recorrível por não estar inserida no rol do artigo 1.015 e que deve aguardar a oportunidade da apelação para impugnar determinada questão ali veiculada. Nesse caso, se os tribunais estabelecessem que a decisão era agravável de imediato, haveria incidido a preclusão temporal, o que a tornaria indiscutível, com potencial prejuízo à parte.

Como cediço, a preclusão, nas suas variadas formas, impede que a parte pratique o ato postulatório que deseja. Por isso, a temática deve ser encarada com seriedade, sob pena de cercear a atuação dos litigantes. Ademais, todo e qualquer pronunciamento judicial de natureza decisória está apto a causar prejuízo à parte, razão pela qual suprimir a possibilidade de interposição imediata de recurso não parece ser a melhor das soluções.

A VEDAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO IMEDIATA: MELHOR CAMINHO PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL?

De acordo com o Min. Luiz Fux, que fez parte da comissão de juristas elaboradora do CPC/15, o excesso de recursos é um impedimento

à ágil prestação de serviços no Judiciário e recursos infundáveis geram a prestação de justiça infundável também (CONJUR, 2015). No entendimento do ministro, que não é isolado na doutrina, um dos maiores vilões da morosidade do Judiciário é a disponibilidade de muitos recursos às partes. Na verdade, conforme se depreende da lição de Egas Dirceu de Moniz Aragão, sempre houve, há e haverá juízes com o serviço em dia, em atraso e muito atrasados, mas a razão disso a ninguém interessa investigar, pois muito mais fácil é atribuir a culpa aos litigantes e ao número de recursos (2006, p. 14).

Embora o legislador não tenha vedado a impugnação imediata de decisões interlocutórias que versem sobre matérias alheias àquelas do rol do art. 1.015, houve uma notória intenção de postergar tal análise com vistas a tentar desafogar os tribunais de justiça. A tentativa de redução do número de agravos que chegam às cortes estaduais é apenas mais uma (diante de todas as reformas em torno desse recurso ao longo dos anos) que tende a não lograr o êxito esperado.

Isso porque a adoção da sistemática de irrecurribilidade imediata de algumas poucas hipóteses estatisticamente insignificantes não representará um alívio aos julgadores (CARVALHO; JOBIM, 2014, p. 277).

Malgrado tenha o legislador buscado incluir tantas hipóteses quanto julgasse necessárias no rol do artigo 1.015, buscando atentar para o risco de dano irreparável ou de difícil reparação daquelas situações específicas, é evidente que uma relação exaustiva não tem o condão de alcançar todas as situações que podem gerar aos litigantes um dano grave em potencial.

Por esta razão, enquanto não houver decisão de caráter persuasivo sobre o tema, os tribunais devem, das duas, uma: ou admitir o agravo para interlocutórias não previstas expressamente no rol taxativo ou admitir o cabimento do mandado de segurança (JORGE, 2017, p. 289), sob pena de impedir que a parte se insurja de forma imediata contra um pronunciamento potencialmente lesivo. Decerto, nenhum jurisdicionado pode ficar de mãos atadas diante de risco de dano grave, sob pena de esvaziamento da inteligência do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal,

pelo qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Não nos parece, portanto, que a restrição à recorribilidade imediata das interlocutórias tenha sido o melhor caminho para a efetividade da tutela jurisdicional. Refletindo-se sobre o atual sistema, especialmente sobre este clima atual de total insegurança jurídica, seria mais razoável que o legislador do CPC/2015 mantivesse a recorribilidade imediata das interlocutórias quando demonstrado o perigo de dano grave ou de difícil reparação, tal como se verificava no CPC/1973.

CONCLUSÃO

Com efeito, a possibilidade de ser admitida uma interpretação extensiva das hipóteses previstas no rol do art. 1.015 é viável. Entretanto, independentemente do acolhimento ou não da referida tese pelo STJ quando do julgamento dos recursos especiais afetados para submissão ao rito dos repetitivos, é imprescindível que os tribunais brasileiros tenham cautela no trato da temática, sob pena de obstar o direito da parte de se insurgir contra um pronunciamento potencialmente lesivo.

Dessa forma, enquanto não firmada uma tese sobre a possibilidade de ampliação do sentido dos incisos do art. 1.015, os magistrados devem agir de modo a não prejudicar a parte, dado que existe uma dúvida objetiva na impugnação da decisão, isto é, quanto ao próprio sistema recursal e a forma como foi apresentado pelo legislador.

Partindo-se da premissa que a delimitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento ocorreu com vistas a desafogar o trabalho cotidiano dos tribunais de justiça brasileiros, não se obterá, aparentemente, o resultado esperado, tendo em vista que o rol do art. 1.015 abrange a maioria das decisões mais importantes e frequentes em termos de interlocutória. Ademais, da maneira como proposto, o sistema apenas incentiva a utilização de sucedâneos recursais, tais como

o mandado de segurança, que acabam por entregar o mesmo trabalho ao tribunal por uma via distinta.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Fabrício Farias; JOBIM, Marco Félix. A disciplina dos agravos no projeto do novo Código de Processo Civil. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 265-288, set./2014.
- CONJUR (Brasil). Novo CPC não limita poder de decisão dos juízes, diz Luiz Fux. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/cpc-nao-limita-poder-decisao-juizes-luiz-fux>>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER Jr., Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento. Revista de Processo, São Paulo, v. 242, p. 275-284, abr./2015.
- FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – o direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. Revista de Processo, São Paulo, v. 263, p. 193-203, jan./2017.
- JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 8 ed. São Paulo: RT, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme et al. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2015.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? Revista de Processo, v. 136, p. 9-31, jun./2006.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Recorribilidade das interlocutórias e sistema de preclusões no Novo CPC – primeiras impressões. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/04/07/recorribilidade-das>>

interlocutorias-e-sistema-de-preclusoes-no-novo-cpc-primeiras-
impressoes/>. Acesso em: 23 abr. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O agravo: visão crítica de um apanhado das últimas alterações. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, v. 20, p. 233-242, jul.-dez./2007.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O SEU PROCEDIMENTO ESPECIAL: AS EXPERIÊNCIAS LEGISLATIVAS BRASILEIRA E ARGENTINA

Gabriela Azeredo Gusella¹

Bruna Figueira Marchiori²

Gilberto Fachetti Silvestre³

INTRODUÇÃO

Foi aprovado na Organização das Nações Unidas, em dezembro de 2006, o texto final da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo. A Convenção de Nova Iorque, como ficou conhecida, foi assinada por pelo menos 160 nações, dentre elas o Brasil e a Argentina. Este diploma possibilitou uma mudança de paradigma no tratamento das pessoas com deficiência nos países signatários, tendo em vista seu propósito de promover e assegurar o exercício pleno dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, visando o respeito a sua dignidade e capacidade de autodeterminação.

¹ Advogada. Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Penal pela Damásio Educacional (FD). Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: gabrielagusella@gmail.com

² Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq. E-mail: brunafigueiramarchiori@gmail.com

³ Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES, no Mestrado em Direito Processual. Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br

O artigo 12 da Convenção pode ser apontado como a diretriz seguida pelos legisladores brasileiros e argentinos para a criação da Tomada de Decisão Apoiada (TDA) e do *Apoyo al ejercicio de la capacidad (Apoyo)*, respectivamente, pois dispõe sobre a necessidade do reconhecimento isonômico perante a lei da capacidade plena da pessoa com deficiência, devendo os Estados criarem medidas apropriadas para promover o apoio ao seu exercício.

Desse modo, o legislador brasileiro ao introduzir no ordenamento pátrio, no artigo 1783-A do Código Civil, a medida protetiva judicial alternativa à curatela, denominada Tomada de Decisão Apoiada, visa que a pessoa com deficiência tenha a sua disposição uma medida que garantirá o exercício pleno de sua capacidade, por meio de apoios nas decisões que serão por elas tomadas acerca de atos da vida civil. De igual forma e com os mesmos propósitos, foi criada a medida alternativa à curatela introduzida no artigo 43 do Código Civil e Comercial argentino – o *Apoyo al ejercicio de la capacidad*.

No que tange à TDA, o legislador, diferentemente do que fez com a curatela, não previu o seu procedimento no bojo do Código de Processo Civil de 2015, disciplinando-o exclusivamente no artigo 1.783-A do Código Civil, de maneira incompleta, o que acaba dificultando a sua efetiva utilização. Para auxiliar na solução desta problemática, inclusive, já está em trâmite o Projeto de Lei nº 757/2015 do Senado Federal. Dessa forma, mostra-se oportuno, o estudo desse instituto e do seu procedimento especial, por meio da análise das normas heterotópicas e bifrontes que tratam da temática e das propostas de alteração que estão em tramitação. Quanto ao procedimento do *Apoyo*, observa-se que muito embora se trate de um instituto semelhante à TDA, o legislador argentino acabou por adotar procedimento diverso, podendo se tratar tanto de uma medida judicial quanto extrajudicial, sendo válido, pois, tecer uma análise comparativa.

Diante de todo exposto, principalmente, levando em consideração a necessidade de um maior detalhamento sobre o procedimento e efeitos da TDA, objetiva-se analisar criticamente as experiências legislativas brasileira

e argentina, dando enfoque às diferenças e semelhanças do procedimento especial adotado, visando concluir se as inovações introduzidas em ambos os ordenamentos jurídicos são capazes de promover efetiva proteção às pessoas com deficiência.

Para alcançar o objetivo traçado, foi realizada uma pesquisa documental, com base na literatura jurídica e nas legislações argentina e brasileira. Além disso, foram destacados alguns julgados sobre a matéria, que demonstram a tendência inicial de aplicação desses institutos.

A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E O SEU PROCEDIMENTO ESPECIAL

A Tomada de Decisão Apoiada (TDA) recebeu, com a alteração promovida pelo artigo 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD), capítulo próprio no Código Civil Brasileiro (CC), qual seja, o capítulo III, “Da Tomada de Decisão Apoiada”, do Título IV, que também teve redação alterada para “Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada” e, passou a ser disciplinada no *novel* artigo 1.783-A do Código Civil.

O objetivo da criação desse novo instituto, seguindo as diretrizes do artigo 12 da Convenção de Nova Iorque, foi garantir a autonomia da pessoa com deficiência, no sentido de que esta, enquanto sujeito de direitos plenamente capaz, poderá escolher quem irá auxiliá-la “nos atos de sua vida com base em uma rede de indivíduos no qual ele confia, evitando as situações que o processo de interdição defere a curatela à revelia e muitas vezes contrários ao interesse do curatelado” (AQUINO; TOSTES, 2017, p. 72).

O legislador brasileiro optou “pela convivência entre a curatela e o novo regime, servindo inclusive as disposições gerais daquela para este” (REQUIÃO, 2016, p. 44), de modo que a ação de curatela de interditos, passou a ser a exceção, devendo ser utilizada somente como última opção e em casos excepcionais, nos quais não seja cabível a TDA⁴. A distinção

⁴ Isso fica claro pelo que está estipulado no artigo 84 do EPCD, pois tendo em vista que

entre a curatela e a TDA, dessa forma, residirá no limite do exercício da autonomia da pessoa com deficiência, quando “seu comprometimento for reduzido, terá espaço o processo de tomada de decisão apoiada, enquanto que a curatela estabelecida pela interdição referir-se-á a um dos quadros indicados no art. 1.767 do CC” (ESTEVES; CRUZ; SILVA, 2016, p. 291).

A Tomada de Decisão Apoiada, segundo consta no *caput* do artigo 1783-A do CC, é o processo judicial autônomo, com rito próprio, em que a pessoa com deficiência irá escolher no mínimo 02 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e sejam de sua confiança e estas irão lhe prestar apoio, fornecendo elementos e informações necessárias nas decisões que serão tomadas acerca de atos da vida civil, para que possa exercer plenamente sua capacidade de fato.

Observa-se, que na TDA, o apoiador, “não será representante nem assistente, mas sim, como a própria denominação indica, uma figura de apoio que forneça segurança à pessoa que solicita” (DANELUZZI, 2016, p. 74). A pessoa com deficiência, portanto, não perderá ou terá sua capacidade limitada, ao requerer a Tomada de Decisão Apoiada, pois,

[...] não se apresenta a referida medida como causa de suprimento de incapacidades, como a representação e a assistência, na curatela, mas, a validade dos negócios jurídicos intitulados no instrumento constitutivo, dependerá da assistência dos apoiadores. Pensamos tratar-se de uma hipótese de legitimação imposta pela própria pessoa com deficiência, a fim de que tenha mais segurança jurídica diante de suas vulnerabilidades (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 47).

Ademais, é válido ressaltar que “a tomada de decisão apoiada não se relaciona, necessariamente, com o portador de transtorno mental, podendo ser requerida por qualquer sujeito classificável deficiente nos termos do Estatuto, incluindo deficiências físicas, mentais, sensoriais e intelectuais” (PEDRINI; COELHO, 2017, p. 50). Trata-se, portanto, “de

a pessoa com deficiência tem assegurado o pleno exercício de sua capacidade, a curatela, enquanto medida protetiva extraordinária, deverá durar pelo menor tempo possível, de modo que ficará restringida aos atos relacionados a direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando aspectos existenciais das pessoas com deficiência (artigo 85 do EPCD).

um negócio jurídico gratuito, plurilateral, solene, personalíssimo, com ou sem prazo determinado” (GABURRI, 2017, p. 131) que visa garantir a autonomia da pessoa com deficiência. O procedimento da TDA não foi previsto pelo legislador, como ocorreu com a ação de curatela de interditos, no bojo do Código de Processo Civil de 2015 (NISHIYAMA; TOLEDO, 2016, p. 46), estando disciplinado de forma condensada e insuficiente no artigo 1783-A do CC.

Quanto ao procedimento especial propriamente dito, tem-se, inicialmente, que o advogado ou defensor público da pessoa com deficiência, na petição inicial da ação de TDA, que deverá atender aos requisitos dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, deve fazer constar o pedido expresso de nomeação dos apoiadores. A competência será da Justiça Comum Estadual, devendo a inicial ser endereçada ao juízo de primeiro grau, e o foro competente é o do domicílio do requerente, ou seja, da pessoa com deficiência que será apoiada (VIGLIAR, 2018 p. 203).

O pedido de tomada de decisão apoiada somente pode ser requerido pela pessoa com deficiência, uma vez que esta é o único legitimado ativo para propor a ação. Inclusive, embora ainda seja cedo para se falar em jurisprudência pátria, é possível encontrar alguns julgados firmando o posicionamento no sentido de que não há a possibilidade de o pedido ser realizado por outra pessoa, tão quanto de a medida ser instaurada de ofício, exatamente por a legitimidade ativa ser exclusiva da pessoa apoiada e pela necessidade de haver um requerimento expresso.⁵ Ademais, como a TDA está relacionada à capacidade de fato, a pessoa com deficiência para pessoalmente ter legitimidade processual para requerer tal medida, deve ter total discernimento e ser maior de 18 (dezoito) anos completos ou, ainda, ser maior de 16 (dezesesseis) anos e estar emancipada (GABURRI, 2017, p. 130-131).

⁵ Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina: (TJRS; AC 0425884-97.2016.8.21.7000; Porto Alegre; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl; Julg. 09/03/2017; DJERS 21/03/2017); (TJSC; AC 0001812-05.2004.8.24.0031; Indaial; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel^a Des^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta; DJSC 25/05/2017; Pag. 72).

O pedido formulado na exordial, por sua vez, deve ser acompanhado de um instrumento público ou particular reduzido à termo, apresentado pela pessoa com deficiência e seus apoiadores, no qual irá constar os limites do apoio que será oferecido e os compromissos assumidos pelos apoiadores, além do “prazo de vigência do acordo, o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa com deficiência e a indicação expressa de quem são as pessoas aptas para prestar esse apoio, conforme redação do artigo 1783-A, §1º e §2º, CC.

Observa-se, assim, que a TDA, será diferente para cada pessoa, uma vez que os limites do apoio, tão quanto os compromissos assumidos pelos apoiadores e demais especificidades, serão definidos pelo instrumento reduzido à termo juntado ao pedido inicial da ação específica (AQUINO; TOSTES, 2017, p. 73). Vale ressaltar, ainda, que conforme a nova sistemática processual brasileira, no caso de o juiz verificar que a exordial não preenche os requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC/15, apresentando defeitos, irregularidades ou, não esteja acompanhada do instrumento reduzido à termo, ele não poderá indeferir-la de plano, devendo possibilitar à emenda à inicial, no prazo de quinze dias, conforme artigo 321 do CPC/15.

No tocante aos conteúdos e limites do compromisso assumido, é importante frisar que, muito embora seja um instituto utilizado, *a priori*, para questões de natureza negocial, é possível que o termo de apoio contemple além dos atos da vida civil de natureza patrimonial, os de natureza existencial, inclusive, envolvendo direitos da personalidade (GABURRI, 2017, p. 131).

Dando prosseguimento ao procedimento, o magistrado, diante de um pedido de TDA irá, antes de se pronunciar, assistido por equipe multidisciplinar, após manifestação do Ministério Público (MP), fazer a oitiva pessoal do requerente e dos apoiadores (artigo 1783-A, §3, CC). A possibilidade de concessão de tutela de urgência de forma liminar na TDA será reduzida, uma vez que se tratando de pessoa plenamente capaz e pelo fato de a decisão ser por ela tomada, mostra-se oportuno aguardar a oitiva e manifestação do MP antes do magistrado se pronunciar.⁶

⁶ Entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: (AI 0339809-

Ademais, a participação obrigatória do MP, demonstra que os interesses tutelados são indisponíveis, no que se refere à condição de vulnerabilidade dos apoiados (VIGLIAR, 2018, p. 201). A decisão que for tomada pela pessoa com deficiência apoiada tem validade e produz efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que não ultrapasse os limites do acordo de apoio estabelecido (artigo 1783-A, §4, CC). Além disso, o terceiro que possuir alguma relação comercial com o apoiado, pode solicitar que os apoiadores contrassinem os acordos e contratos firmados, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (artigo 1783-A, §5, CC), “o que gera maior segurança jurídica junto ao negócio celebrado” (OLIVEIRA, 2017, p. 55), de modo a reforçar sua validade, evitando alegações futuras de eventual nulidade.

Caso o negócio jurídico possa trazer qualquer risco ou prejuízo relevante e, se houver divergência de opinião entre o apoiado e um de seus apoiadores, o magistrado que irá decidir sobre a questão, após manifestação do Ministério Público (artigo 1783-A, §6, CC). Neste tocante, diante da ausência de especificação do que viria a ser “risco ou prejuízo relevante”, principalmente, levando-se em consideração que estamos, atualmente, inseridos em uma sociedade de riscos, poderia ter sido mais claro o legislador, privilegiando a segurança jurídica. Os apoiadores não podem agir com negligência, pois se assim o fizerem, exercendo pressão indevida ou não adimplindo com as obrigações assumidas, podem ser “denunciados” ao Ministério Público ou ao juiz, que no caso de procedência, irá destituir o apoiador e nomear outro, respeitando a vontade do apoiado (artigo 1783-A, §7º e §8º, CC).

Embora tenha prazo de duração estipulado, a pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado no processo judicial e, de igual forma, o apoiador pode solicitar ao juiz a sua exclusão do processo. Entretanto, no caso do apoiador, seu desligamento estará condicionado à manifestação do magistrado sobre o pedido (artigo 1783-A, §9º e §10, CC). Os apoiadores ao assumirem compromisso formal perante

21.2017.8.21.7000; Gravataí; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol; Julg. 28/03/2018; DJERS 02/04/2018).

à Justiça, devem prestar contas, “sob pena de destituição e responder por danos na esfera cível e penal” (ARAÚJO; COSTA FILHO, 2015, p. 70-71), de modo que o procedimento seguirá no que couber as disposições referentes à prestação de contas da curatela (artigo 1783-A, §11, CC).

Quanto aos casos anteriores à legislação, nos quais a curatela de interditos tenha sido a medida adotada, pela ausência de previsão da TDA, tem-se que “em respeito a coisa julgada, como a interdição decorre de sentença, não se pode afirmar que os interditos que são deficientes mentais e intelectuais estarão automaticamente livres dela” (CASSETTARI, 2016, p. 265), será preciso que os interditados ingressem com pedido de levantamento da interdição e requeiram, posteriormente, a TDA. Entretanto, não sendo o caso de TDA,

[...] a interdição em curso poderá seguir o seu caminho, observados os limites impostos pelo Estatuto, especialmente no que toca ao termo de curatela, que deverá expressamente consignar os limites de atuação do curador, o qual auxiliará a pessoa com deficiência apenas no que toca à prática de atos com conteúdo negocial ou econômico (THOMASI; SILVA, 2017, p. 98).

Além disso, no caso de “a pessoa com deficiência perder a capacidade durante a vigência do termo de apoio, a tomada de decisão apoiada deverá ser extinta e concomitantemente ser requerida a curatela do incapaz” (GABURRI, 2017, p. 132). Nesse tocante, seria interessante se houvesse uma disposição legal que permitisse ao magistrado a conversão da interdição no processo de TDA, observando a sistemática do artigo 14 do EPCD (PASSARELLI, 2016, p. 372), tão quanto, a possibilidade de, mediante um pedido de TDA, em que a equipe multidisciplinar observar que seria caso de curatela, fosse possível ao juiz efetuar a conversão.

Projeto de Lei nº 757, de 2015 do Senado Federal

O Projeto de Lei nº 757, de 2015, oriundo do Senado Federal, busca solucionar algumas das problemática que foram acima analisadas, principalmente, no que diz respeito aos efeitos e ao procedimento da

TDA. O artigo 8º do Projeto de Lei visa inserir três novos parágrafos (§12 ao §14) ao artigo 1783-A do Código Civil e, além disso, o artigo 9º visa acrescentar o artigo 763-A no Código de Processo Civil de 2015.

Segundo a redação que possui até o momento, o §12⁷ pretende dirimir qualquer dúvida que possa existir acerca da TDA no sentido de que a decisão é tomada pela pessoa apoiada, que é plenamente capaz, não podendo, portanto, ser alegada por terceiros eventual invalidade ou nulidade dos negócios jurídicos praticados, ainda que os apoiadores não participem ou não contrassinem o negócio firmado. O §13⁸ proposto, assim como o §12, também visa reforçar algo que já está claro na literatura jurídica: a curatela deve ser adota em casos excepcionais.

No que tange à inclusão do §14 no artigo 1783-A do CC, por sua vez, tem-se que: “A tomada de decisão apoiada não será registrada nem averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais”. Flávio Tartuce sustenta que o registro e averbação no Registro Civil seria um “requisito formal dispendioso e desnecessário” (2016, p. 14). Entretanto, entendemos que esta medida é necessária, pois a “previsão expressa de registro no Registro Civil, como forma de publicizar uma situação que é de evidente interesse de terceiros que forem entabular negócios jurídicos com a pessoa” (PASSARELLI, 2016, p. 373) apoiada, traria maior segurança jurídica à TDA.

Por fim, é proposta a inclusão do artigo 763-A⁹ no CPC/15. Quanto a este dispositivo proposto, além de explicitar que as disposições processuais sobre interdição, curatela e tutela serão aplicadas, no que couber, à TDA, traz uma importante inovação no parágrafo único – a

⁷ §12. Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo.

⁸ §13. Excepcionalmente, não será devida a tomada de decisão apoiada quando a situação da pessoa exigir a adoção da curatela.

⁹ Artigo 763-A. Aplica-se, no que couber, o disposto nas Seções IX e X do Capítulo XV do Título III deste Código ao processo de tomada de decisão apoiada. Parágrafo único. Se o juiz entender que não estão presentes os requisitos legais da tomada de decisão apoiada, poderá, se for o caso, definir a curatela.

possibilidade de o juiz, diante de um pedido de decisão apoiada em que não estiverem presentes os requisitos legais da TDA, definir a curatela.

Observa-se, assim, que o Projeto de Lei nº 757/2015, em tramitação no Senado Federal, é um passo importante para que a TDA possa vir a ser utilizada com maior segurança, diante das complementações propostas ao instituto, que visam a harmonização do sistema jurídico.

O APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD: ANÁLISE COMPARATIVA DAS EXPERIÊNCIAS LEGISLATIVAS BRASILEIRA E ARGENTINA

O Código Civil argentino entrou em vigor em 1871 e viveu por um longo período de 147 anos. Ele foi profundamente inspirado por Teixeira de Freitas (FERREIRA, 1929, p. 182) e o grande codificador argentino Vélez Sarsfield foi responsável pelo seu projeto, marcado pelo rigor científico, tornou-se inspiração para diversas outras codificações ibero-americanas (BRITO, 2006, p. 274). Apesar da qualidade do trabalho desenvolvido por Sarsfield, após quase um século e meio de vigência, a legislação civil carecia de uma atualização, no intuito de se adaptar à nova realidade em que se encontrava a sociedade argentina no início do século XXI.

Nessa toada, o novo Código Civil e Comercial argentino foi promulgado em 2014, e passou a vigor em 2016. Dentre os novos desafios a serem enfrentados pela nova legislação, encontra-se o tratamento legal do regime de capacidades e a tutela dos direitos das pessoas com deficiência. Com enfoque às problemáticas que podem advir da novidade legislativa, é válido analisar o novo Código Civil e Comercial argentino no tocante ao procedimento da ação de *Apoyo al ejercicio de la capacidad*, instituto análogo à Tomada de Decisão Apoiada brasileira, que também foi inspirado pelo artigo 12 da Convenção de Nova Iorque.

No artigo 43 do Novo Código, a finalidade do instituto se apresenta de forma clarividente:

Artículo 43. Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

No código de Vélez, assim como acontecia no Direito brasileiro em momento anterior a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e da promulgação do EPCD, a estipulação da curatela era a regra e a figura do curador mostrava-se como elemento limitador da manifestação de vontade e da livre determinação das pessoas com deficiência (CAPPELLO, 2016, p. 48). Contudo, assim como ocorreu no direito nacional, a curatela passou a ser estabelecida no direito argentino como medida excepcional, que deve ser utilizada apenas nas situações em que o *Apoyo* não se mostre a ferramenta apropriada.

Enquanto na legislação brasileira somente a própria pessoa com deficiência é legitimada para solicitar a TDA, no direito argentino são legitimados para requerer o *Apoyo* tanto o interessado quanto seu cônjuge, companheiro, parente até quarto grau, ou se forem por afinidade, até o segundo grau e o Ministério Público, conforme artigo 33 do Código Civil e Comercial. Ademais, o próprio juiz indicará quais atos necessitarão do recurso ao apoio, não sendo estes requeridos, conforme no direito brasileiro, mediante a juntada do instrumento reduzido à termo.

Outro importante aspecto a ser esmiuçado se refere à natureza do procedimento. A Tomada de Decisão Apoiada, instituída no artigo 1783-A do Código Civil brasileiro, apresenta, conforme já foi demonstrado, natureza de jurisdição voluntária, sendo vedada sua instituição por meio de procedimento extrajudicial. De forma menos restritiva, o *Apoyo*

apresenta-se no artigo 43 do Código da Nação como qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite à pessoa que necessite de apoio para o exercício de sua capacidade de fato.

Sobre sua possibilidade enquanto procedimento extrajudicial, pode-se afirmar que:

En cuanto a la primera, surge de la misma comunidad, es decir, el apoyo surge de la relación de la persona con discapacidad con sus pares, de parte de quienes recibe el apoyo para la toma de decisiones, no desarrollándose solamente en su grupo familiar más cercano, sino también extendiendo dicha posibilidad a los que no se encuentran en línea de grado mas próximo. Esta normalización significa un gran avance respecto de la manera en la que se trataba el tema de la representación, ya que muchas veces ese lugar quedaba ocupado o a cargo de personas que en la mayoría de las veces no habían tenido contacto alguno con quien representaban, no conocían sus sentimientos y su manera de pensar (CAPELLO,2016, p. 54).

Nessa toada, Raineri, Palacios e Closs (2017, p. 5) afirmam que a medida extrajudicial poderá ser realizada por meio de instrumento público ou privado, respeitando-se as exigências típicas dos atos jurídicos. Levando em consideração que a instituição da TDA no Brasil, realizada exclusivamente por via judicial, mostra-se custosa, burocrática e, portanto, mais demorada, a possibilidade de a medida ser realizada extrajudicialmente mostra-se, *a priori*, interessante.

Observa-se, entretanto, que assim como no direito brasileiro, o legislador argentino poderia ter sido mais minucioso ao trazer junto à inovação, disposições mais claras sobre o procedimento adotado, como por exemplo, trazer explícito em que casos deverá ser realizado extrajudicialmente ou judicialmente, já que traz as duas possibilidades procedimentais para instituição do *Apoio*, principalmente, tendo em vista que se trata de uma medida protetiva e, portanto, deve garantir efetivamente a proteção das pessoas com deficiência que farão uso dela.

Outro elemento de distinção entre os modelos argentino e brasileiro refere-se à quantidade de apoiadores. O Código da Nação estabelece, em seu artigo 32, que o apoio pode ser fornecido por um único indivíduo ou

mais de uma pessoa. Por sua vez, a lei brasileira exige claramente em sua redação a necessidade de se indique, pelo menos, dois apoiadores.

Essa exigência estabelecida no artigo 1783-A do Código Civil brasileiro pode sofrer algumas críticas, como a realizada por Anderson Schreiber (2016) que alerta para o fato de que a condição estabelecida no artigo poderá ser elemento complicador para o emprego do instituto. Isso pois, por parte do apoiado, havendo apenas uma pessoa de confiança, que preencha satisfatoriamente os três pressupostos legais para qualificação como apoiador¹⁰, ele não poderá se valer do instituto, devendo buscar outro indivíduo para se adaptar à exigência legal. Por sua vez existem também dificuldades a serem enfrentadas por parte do apoiador, na medida em que, apesar de possuir relação de confiança com o apoiado, pode se sentir provocado a declinar do exercício do apoio por não se mostrar confortável em realiza-lo de forma conjunta a outra pessoa, com quem não possui forte vínculo.

No que tange ao registro, estabelece o Código Civil e Comercial da Argentina, em seu artigo 43, que as medidas de *Apoio* deverão passar por inscrição no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas. Por sua vez, o já citado Projeto de Lei nº 757/15 em tramitação no Senado brasileiro visa alterar o artigo 1783-A do Código Civil pátrio para adicionar o §14 no qual se estabelecerá o não registro nem averbação da TDA no Registro Civil de Pessoas Naturais. Nesse tocante, conforme já afirmado, mais acertada a legislação argentina, pois, muito embora a decisão seja da pessoa com deficiência, enquanto plenamente capaz, a averbação no Registro Civil de Pessoas Naturais garantiria uma maior publicidade da medida.

Um aspecto relevante em relação ao procedimento judicial do *Apoio* se encontra na materialização da presunção da capacidade da pessoa em âmbito processual quando afirma o Código da Nação, em seu artigo 31, que a pessoa, mesmo quando internada em estabelecimento assistencial de saúde, tem direito a participar do processo. Ainda nessa toada, estabelece o artigo 36 que a pessoa “que em cujo interesse o processo é levado

¹⁰ A saber: idoneidade, confiança e vínculo com o futuro apoiado.

adiante” é parte e pode apresentar todas as provas para a realização de sua defesa. Uma análise cuidadosa do instituto demonstra sua preocupação na garantia de tutela de direitos, buscando afastar exigências de cunho formal que inviabilizem a concretização da tutela buscada. Para tanto, assegura o artigo 35 do Código da Nação a possibilidade de que o juiz realize ajustes e adequações ao procedimento de acordo com as circunstâncias do caso concreto para que se garanta “a bilateralidade em relação a todas as partes” (BERIZONCE, 2015, p. 180). Nesse sentido, pelo menos um advogado e o Ministério Público deverão estar presentes nas audiências para que se preste assistência à parte interessada.

A fundamentação da sentença deve se embasar em parecer proferido por equipe interdisciplinar, juntamente com outros elementos de prova (como prova testemunhal e documental). No que se refere especificamente à opinião desta equipe, pode-se afirmar que:

El dictamen de un equipo interdisciplinario, imprescindible a los fines de la fundamentación de la sentencia, ha de versar sobre: a) diagnóstico y pronóstico de la adicción o alteración mental, especificando si es permanente o prolongada, gravedad y si, en su caso, del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona en el sentido del art. 32; b) época en que la situación se manifestó; c) recursos personales, familiares y sociales existentes; d) régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible (art. 37). Ha de convenirse que el primer y fundamental aspecto del diagnóstico y pronóstico de la dolencia, resulta como regla de exclusiva incumbencia de los médicos psiquiatras; a salvo algunos supuestos en que pudiere requerirse dictamen de psicólogo. Y lo propio acaece con relación a la determinación de la época en que se manifestó la dolencia y en punto al régimen que se propone para la protección, asistencia y promoción de la autonomía. En cuanto a la cuestión restante, relativa a los recursos personales, familiares y sociales existentes, serán de competencia de un asistente social (BERIZONCE, 2015, p. 180).

De forma adicional, deverá haver revisão judicial das decisões proferidas no âmbito dos processos relativos ao exercício da capacidade jurídica ou à implementação de sistemas de apoio e salvaguardas em um prazo não superior a 3 (três) anos ou, se necessário, em um prazo inferior.

Segundo Cerda (2016, p. 77), parte da doutrina estabelece críticas a esse dispositivo, por ser elemento de burocratização do procedimento, bem como por se mostrar instrumento de nova vitimização da pessoa com deficiência em casos nos quais não haveria tal necessidade.

As inovações do Código Civil e Comercial argentino são recentes, e, portanto, não se pode falar em jurisprudência sobre o *Apoyo*. Todavia, uma análise de julgados sobre a declaração de capacidade revela significativa virada interpretativa, com o surgimento de sentenças mais humanizadas, focadas na garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse sentido:

Este cambio rotundo que plantea una visión más humanista y puramente relativa al ámbito de los derechos humanos, ha generado en el poder judicial una revisión de las sentencias y ha implicado también, el estudio de diferentes instrumentos y del propio Código Civil y Comercial, que hoy en día podemos apreciar en diversos fallos (AWE, 2016, p. 50).

As maiores problemáticas do modelo argentino, conforme argumenta Carlos Muñiz “*no están en lo que dice sino en lo que no dice. Los mayores defectos no están en las instituciones reguladas, sino en los grandes espacios que deja indefinidos*” (MUÑIZ, 2012, p. 157). Crítica semelhante pode ser oposta ao modelo nacional de Tomada de Decisão Apoiada. O procedimento já nasceu incompleto, sendo, inclusive, alvo de propostas de modificação legislativa. Ademais, o sistema desenvolvido no Brasil mostra-se evidentemente abstrato e formal, não enfrentando com propriedade problemáticas práticas e pecando na criação de medidas de funcionalização dos valores do EPCD, o que, pode desestimular o seu uso.

Vê-se, portanto, que pelos elementos analisados na legislação argentina, o *Apoyo* mostra-se a figura mais próxima da TDA brasileira (MENEZES, 2017, p. 43) e mesmo sendo passível de críticas, ainda se mostra, *a priori*, instrumento mais efetivo na tutela dos direitos das pessoas com deficiência, pois os mecanismos criados buscam fornecer soluções mais rápidas e acessíveis, o que favorece a sua aplicabilidade (SAMPAIO JÚNIOR; PAULINO, 2016, p. 176).

CONCLUSÃO

A Tomada de Decisão Apoiada brasileira e o *Apoyo al ejercicio de la capacidad* argentino são instrumentos de fundamental importância para a tutela dos direitos das pessoas com deficiência. Ambos os institutos analisados, seguindo os ditames do artigo 12 da Convenção de Nova Iorque, constituem medidas apropriadas para promover o acesso das pessoas com deficiência a todo tipo de apoio que venham a necessitar para o exercício pleno de sua capacidade, entretanto, poderiam ter sido melhor regulados pelo legislador, principalmente no tocante ao procedimento, que, uma vez incompleto, gera insegurança jurídica e desestimula a utilização dos institutos.

Dentre os aspectos que merecem destaque na legislação brasileira, pode-se destacar que houve um maior respeito à autonomia e à capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência, na medida em que foi estipulada a legitimidade ativa exclusiva da pessoa com deficiência, tão quanto foi delegado a ela a tarefa de formular mediante termo particular ou público os limites do apoio e os compromissos que serão assumidos pelos apoiadores.

No tocante à legislação argentina, o fato de o *Apoyo* se constituir em uma medida judicial ou extrajudicial, possivelmente garantirá uma maior utilização do instituto, na medida em que a longa duração de um processo judicial e os altos custos dele decorrentes, podem ser fatores a desestimular sua utilização pelas pessoas com deficiência que gostariam de ser apoiadas.

Por fim, é importante que o legislador venha a corrigir as eventuais falhas e omissões observadas principalmente no que tange ao procedimento de ambos os institutos, como, inclusive, já está tentando ser realizado no Brasil por meio do Projeto de Lei nº 757/2015 em tramitação no Senado Federal. Ademais a literatura jurídica e, em um segundo momento, a jurisprudência, em ambos os países terão forte importância na atenuação das falhas específicas dos institutos a partir de uma interpretação diligente, que vislumbre garantir maior funcionalidade que, em seu cerne, tem

grande valia e é de fundamental importância para a tutela dos direitos das pessoas com deficiência, enquanto sujeitos de direito plenamente capazes.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Leonardo Gomes de; TOSTES, Camila Strafacci Maia. A repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência no regime da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 75, p. 63-77, mar., 2017.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O estatuto da pessoa com deficiência - EPCD (lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 962, p. 65-80, Dez., 2015.
- AWE, S. Marina. El nuevo paradigma en Salud Mental: adiós al binomio capacidad-incapacidad. 58 f. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidad Nacional de Rio Negro, Viedma.
- BERIZONCE, Roberto O. Normas Procesales en el Código Civil y Comercial. Personas con capacidades restringidas. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, p. 175-182, Nov., 2015.
- BRITO, Alejandro Guzmán. Historia de la Codificación Civil em Iberoamérica. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.
- CAPPELLO, Maria Florencia et al. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad en el régimen jurídico argentino. 2016. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidad Siglo 21, Córdoba.
- CASSETTARI, Christiano. Os desafios impostos pelo estatuto da pessoa com deficiência em razão das modificações na teoria das incapacidades e os seus reflexos a atividade de registradores e notários. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 259-272, Jan./Jun., 2016.
- CERDA, Susana Beatriz et al. Personas con discapacidad: acceso a la justicia en el nuevo código civil y comercial. 2016. 88 f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidad Siglo 21, Córdoba.

- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, v. 66, p. 57-82, Abr./Jul., 2016.
- ESTEVES, Diogo; CRUZ, Elisa Costa; SILVA, Franklyn Roger Alves. As consequências materiais e processuais da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência e o papel da defensoria pública na assistência jurídica das pessoas com deficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, p. 281-314, Ago., 2016.
- FERREIRA, Waldemar. Teixeira de Freitas e o Código Civil argentino. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 25, p. 181-186, 1929.
- GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do estatuto da pessoa com deficiência no direito civil. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 118-135, jun., 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/304>>. Acesso em: 21 maio 2018.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil*, v. 9, n. 03, 2017.
- MUÑIZ Carlos. Personas con discapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental en el anteproyecto de Código Civil y Comercial, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/personas-incapacidad-capacidad-restringida.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 35-62, dez., 2016.
- OLIVEIRA, Leonardo Alves de. O estatuto da pessoa com deficiência (lei 13.146/2015), seus direitos e o novo paradigma da capacidade civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 76, p. 49-58, Abr., 2017.

- PASSARELLI, Luciano Lopes. Estatuto da pessoa com deficiência: reflexões aplicadas ao direito notarial e registral. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 80, p. 345-385, Jan./Jun., 2016.
- PEDRINI, Tainá Fernanda; COELHO, Luciana de Carvalho Paulo. A modificação da teoria das capacidades diante da aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Processual Civil. *Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil*. v. 1. n. 2. p. 37-55, 2017.
- RAINERI, Marta Lucila Alejandra Torres; PALACIOS, Amanda Elizabeth; CLOSS, Mónica Elisa. Capacidad restringida. Análisis del artículo 43 sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad del Código Civil y Comercial, Ley 26994—propuestas. 2017. 11 f. XXVI Jornadas de Argentinas de Derecho Civil - La Plata, Buenos Aires.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 37-54, jan./mar., 2016.
- SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto; PAULINO, Daniella Bernucci. O sistema de incapacidades no direito civil brasileiro e argentino. *Anais XXV Congresso do CONPEDI, Direito Civil Constitucional*, Florianópolis, v. 1. p. 158-177, 2016.
- SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade. *Carta Forense*, 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 15 maio 2018.
- TARTUCE, Flávio. Parecer. Projeto de Lei do Senado Federal n. 757/2015. Altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil, 2016. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&ts=1528372833873&disposition=inline&ts=1528372833873>>. Acesso em: 10 maio 2018.

THOMASI, Tanise Zago; SILVA, Karlison Daniel Souza da. A interdição e os reflexos da lei 13.146/2015. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 86-85, jan./jun., 2017.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tomada de decisão apoiada: aspectos sobre a confiança e vontade da pessoa com deficiência. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 8, p. 199-215, Jan./Mar., 2018.

COMO DISTINGUIR A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE FIGURAS AFINS? PANORAMA DO PROBLEMA E REPERCUSSÕES (POSSÍVEIS E ATUAIS) NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Hector Cavalcanti Chamberlain¹

Patrícia de Arruda Pereira²

Filipe Ramos Oliveira³

INTRODUÇÃO

É bastante difundida na doutrina a ideia de que a desconsideração da personalidade jurídica (DPJ) não deve ser confundida com os demais institutos jurídicos que, pela via da responsabilização pessoal dos sócios e administradores, também podem tutelar os direitos de credores da sociedade.

Encontramos frequentemente, assim, na dogmática brasileira, um rol de figuras do direito civil contrapostas à DPJ, especialmente as que dizem respeito (a) à culpa *lato sensu*, ao abuso do direito ou ao risco imputável ao sócio ou administrador, (b) aos limites da capacidade da pessoa jurídica, à luz da teoria *ultra vires* e da teoria da aparência e (c) à fraude *lato sensu*⁴ e à simulação. Para fins didáticos, convém arrumá-las sob duas categorias mais amplas envolvendo a atuação da sociedade e dos sócios: (i) responsabilidade civil (“a” e “b”) e (ii) invalidade ou ineficácia de negócios jurídicos (“c”).

¹ Mestrando em Direito Processual pela UFES, advogado, hector.cavalcanti@hotmail.com.

² Mestranda em Direito Processual pela UFES, advogada, patriciaarrudap@gmail.com.

³ Mestrando em Direito Processual pela UFES, servidor público, filipero@gmail.com

⁴ O termo “fraude *lato sensu*” quer significar toda violação indireta à norma jurídica por meio de atos jurídicos aparentemente lícitos e válidos, englobando, assim, todas as modalidades de fraude (fraude à lei *stricto sensu*, fraude contra credores *lato sensu* e fraude à execução).

Não obstante a diferenciação, a doutrina ainda titubeia ao delimitar os contornos de aplicação de cada figura, estando longe de chegar a um consenso que inspire confiança e segurança jurídica, especialmente pela acirrada divergência a respeito de quais institutos diferem – e sob que circunstâncias diferem – da DPJ, e quais lhe serviriam de fundamento.

O problema de distinguir casos de desconsideração de casos solucionáveis pelas vias clássicas do direito civil permanece uma questão inquietante, que ganha novo fôlego com o incidente de DPJ concebido pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).

Assim, o artigo tem como metas: (a) esboçar um panorama e destacar a relevância do problema, passando pelas soluções dogmáticas encontradas na doutrina brasileira; (b) analisar como a questão pode repercutir (e tem repercutido) no incidente de DPJ e (c) ensaiar uma solução no plano processual.

PANORAMA DO PROBLEMA

Delimitação e relevância

O problema de distinguir casos de desconsideração de casos solucionáveis pelas vias clássicas do direito civil tem raízes nas pioneiras cogitações da doutrina da “*disregard of the corporate fiction*” (ou do “*piercing the veil of corporate entity*”), feitas pelo estadunidense Maurice Wormser, nos anos 1910 e 1920. Wormser construiu uma ideia de *veil-piercing* intimamente ligada às nossas noções de fraude e simulação, as quais ainda estão arraigadas na fundamentação da teoria da DPJ desenvolvida pela academia brasileira.

O alemão Rolf Serick, tido como o grande sistematizador da matéria, absorveu as ideias de Wormser e também vinculou a DPJ à ideia de abuso da personalidade jurídica (SERICK, 1958), criando laços com a doutrina moderna do abuso de direito, que à época florescia nos sistemas jurídicos europeus romano-germânicos.

Muitas objeções, no entanto, seriam formuladas à posição “unitarista” de Serick, especialmente as advindas da escola dos “centros de imputação” do alemão Muller-Freienfels. Dentro do escopo do artigo, ganha destaque a crítica de que o “poder sugestivo” da ideia de desconsideração teria feito com que casos perfeitamente remediáveis pela terapêutica clássica de direito civil posassem de problemas tão somente solucionáveis pela DPJ (LAMARTINE, 1979, p. 610).

Conforme aduz a italiana Zorzi (2004), a doutrina alemã teve o mérito de pôr de manifesto que os problemas de repressão ao abuso da personalidade jurídica (*Durchgriffsprobleme*) não reclamariam necessariamente uma solução “desconsiderante” (*Durchgriff*).

Mesmo com os possíveis substitutivos do direito civil, a teoria da DPJ pôde ganhar muito destaque nos meios jurídicos, e a razão fundamental para tanto estava na possibilidade de superação da autonomia da pessoa jurídica⁵, lançando, assim, condições para a quebra paulatina da resistência encontrada na jurisprudência e na doutrina⁶, especialmente no tocante à relativização da regra da responsabilidade limitada a fim de estender obrigações da sociedade aos sócios e vice-versa.

Desde 1969, quando Rubens Requião introduziu o tema na nossa academia (REQUIÃO, 1969), o modelo brasileiro de aplicação da DPJ tem estado preponderantemente fundado no binômio *abuso de direito-fraude*, implicando naturais associações com a responsabilidade civil e os defeitos do negócio jurídico.

Hoje, podemos afirmar que as críticas dirigidas à Serick tiveram pouco impacto no Brasil, onde a desconsideração tem sido estudada e aplicada com um viés eminentemente pragmático, mais voltado para

5 Embora hoje estejamos num momento completamente diferente, deve ser lembrado que a autonomia da pessoa jurídica funcionava como um verdadeiro dogma na segunda metade do século XX, conforme ratifica Koury (KOURY, 2000, p. 84-85).

6 Também informam, na doutrina alemã, que as razões para a difusão da *disregard* estariam na força sugestiva da noção de desconsideração, de fácil utilização pelos advogados e juízes, e, ainda, no uso desta técnica como forma de desenvolvimento complementar do Direito, feito às ocultas, quando parecesse demasiado antiquado ou rígido; ofereceria, assim, possibilidades tentadoras para o juiz de racionalização *a posteriori* de resultados na verdade encontrados a partir de outros fundamentos (LAMARTINE, 1979, p. 279-280).

a tutela do direito de credores sociais do que para a fixação de um conceito preciso⁷.

Cumprido, todavia, pontuar que, nos sistemas jurídicos europeus, como os de Portugal, Itália e Alemanha, a legislação não faz referência à DPJ, pois a teoria continua seriamente questionada, a ponto de muitos levantarem “teses negativistas”, recusando a pretensa “autonomia” da DPJ enquanto instituto (RIBEIRO, 2016, p. 110 *et seq.*). Na contramão disto, as legislações latino-americanas fizeram expressa referência à figura⁸.

Tudo indica que a *larga aplicação da desconsideração no Brasil denuncia a ineficácia das técnicas civis clássicas para tutelar o direito de credores sociais*, pois, muitas vezes, impõem empecilhos intransponíveis⁹ ou simplesmente não têm sido capazes de debelar satisfatoriamente as engenhosas falcaturas empresariais, que contribuem para o alto índice de inadimplemento das sociedades¹⁰.

Não obstante a postura mais pragmática das cortes nacionais, a doutrina brasileira vem tentando responder à pergunta de como distinguir a desconsideração da personalidade jurídica de institutos afins sob enfoques diversos, analisados a seguir.

⁷ Suzy Elizabeth, uma autoridade no tema, depois de dar a definição que entende correta, aceita, ainda assim, o uso da desconsideração para problemas que seriam remediáveis pelas soluções clássicas, especialmente de direito civil, admitindo “que é extremamente difícil formular um conceito único, aplicável a todas as hipóteses normalmente tidas como justificadoras da desconsideração” (KOURY, 2000, p. 81-86).

⁸ Como no Brasil (art. 28 da Lei 8.078/90; art. 4 da Lei 9.605/98; art. 34 da Lei 12.529/11; e art. 14 da Lei 12.846/13), no Uruguai (arts. 189 a 191 da Lei 16.060/89) e na Argentina (art. 144 da Lei 26.994/14), os últimos pelo nome de “*inoponibilidad de la personalidad jurídica*”.

⁹ Vide a fraude contra credores, para qual doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de elementos subjetivos (*consilium fraudis*), bem como o ajuizamento de ação autônoma.

¹⁰ Cumprido citar, a título meramente informativo, que o Brasil encerrou o ano de 2017 com o número recorde de 5,3 milhões de “empresas” (*rectius*: sociedades) inadimplentes, segundo os dados levantados pelo Serasa (<https://g1.globo.com/economia/noticia/numero-de-empresas-inadimplentes-no-brasil-bate-recorde-em-dezembro-diz-serasa.ghtml>). Evidentemente, o inadimplemento de sociedades empresariais está diretamente relacionado ao momento econômico de um dado país. Mas qualquer observador atento do judiciário tupiniquim irá certamente atestar a proliferação de uma cultura egoística, na qual as sociedades, especialmente as ditas “de pessoas” e algumas companhias de capital fechado, têm servido à consecução de fins escusos dos sócios. Facilita o agravamento do quadro a insuficiente regulamentação e a tímida fiscalização do poder público, tanto na fase de criação quanto durante o funcionamento das sociedades.

Soluções na doutrina

Confrontados com o problema de diferenciação, especificamente com relação à responsabilidade civil, muitos doutrinadores de escol têm lançado mão do aspecto dualista da obrigação (*shuld* ou *debitum* x *haftung* ou *obligatio*), para concluir que, diferentemente da responsabilidade civil, a DPJ implica a responsabilidade subsidiária ou secundária do sócio pela dívida da sociedade (LAMARTINE, 1979, p. 610; RODRIGUES FILHO, 2016, p. 107).

Permanecendo no campo da responsabilidade civil, Coelho, para diferenciá-la da desconsideração, identifica nesta um “pressuposto de licitude” (COELHO, 2012, p. 65-66):

[...] cabe invocar a teoria quando a *consideração* da sociedade empresária implica a licitude dos atos praticados, exurgindo a ilicitude apenas em seguida à *desconsideração* da personalidade jurídica dela. [...]. Em outros termos, enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou administrador. [...]. Assim, se o ilícito, desde logo, pode ser identificado como ato de sócio ou administrador, não é caso de desconsideração. *Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos*. [...]. O pressuposto da licitude serve, em decorrência, para distinguir a desconsideração de outras hipóteses de responsabilização de sócios ou administradores de sociedade empresária, [...].

Retomando a atenção para os demais institutos civilísticos, duas soluções, não necessariamente convergentes, têm obtido maior destaque.

Para uma delas, a resposta reside na chamada “subsidiariedade”, quer dizer, na ideia de que a DPJ somente poderia ser aplicada quando não fossem encontradas alternativas nas demais normas do sistema jurídico, restando-lhe um papel de solucionar problemas residuais para os quais não houvesse soluções legais possíveis (LAMARTINE, 1979, p. 612; RIBEIRO, 2016, p. 640; FIUZA, 2008, p. 158).

Finalmente, a última solução estaria, novamente, na identificação de um pressuposto para a desconsideração, a saber: a necessidade de identificação de uma atividade societária lesiva, e não apenas

de um determinado ato (a menos que o único ato tenha exigido a participação da organização societária) (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 262; PARENTONI, 2012).

O intuito da análise acima encerra uma descrição meramente expositiva, para demonstrar o ponto de situação da questão no plano conceitual, não havendo tempo para discutir o mérito de cada uma das soluções encontradas na doutrina. Resta ainda dizer que a jurisprudência ainda tem dado pouca atenção ao tema, adotando, como dito alhures, uma postura mais pragmática.

Balanço final

Embora não constitua o objetivo principal do trabalho, aproveitar-se-á para tomar um posicionamento diante da questão posta.

O ponto de vista assumido, desde a formulação da pergunta até a análise das soluções da doutrina, tomou como verdadeira a premissa de que a DPJ é uma figura autônoma, não coincidindo com os demais institutos civilísticos.

Ademais, queda claro que a DPJ tem pressupostos e resultados específicos, não devendo ser aplicada toda vez que caiba imputar responsabilidade civil ao administrador que agiu com culpa, violou o objeto social ou ultrapassou os limites dos poderes derivados do estatuto ou contrato social.

O administrador ou sócio que, nesta qualidade, faz publicamente apologia de crimes ou omite informações do consumidor, obviamente, não abusou da forma da pessoa jurídica para encobrir uma fraude, eis que o predicado societário põe-se como um elemento acidental, contingente, do ato ilícito; uma eventual responsabilidade solidária da sociedade, aqui, nada tem a ver com a DPJ.

Mas tampouco seria correto ignorar uma zona cinzenta, onde as noções de responsabilidade civil e defeitos dos negócios jurídicos estarão umbilicalmente conectadas, podendo inclusive compor, conjunta,

alternativa ou subsidiariamente, a causa *petendi* do pedido de DPJ. É simples constatar os motivos para tal zona cinzenta.

Da perspectiva organicista da sociedade, toda vez que o administrador toma uma decisão, a sociedade estará atuando no “mundo jurídico”. Logo, atribuir ao sócio um ato formalmente imputável à sociedade inevitavelmente traz dúvidas quanto a estarmos ou não diante de uma hipótese de desconsideração¹¹.

Norberto da Costa cita que um estudo de Matteo Tonello revelou numerosos casos, no direito norte-americano, nos quais os juízes condenaram os sócios ao pagamento dos credores sociais, não através da penetração do véu da pessoa jurídica, mas a título de responsabilidade direta, especialmente quando a fraude não era imputável à sociedade como um todo, porém resultava do comportamento particularizado de um ou mais sócios (TONELLO, 1999).

Quadra observar, contudo, que uma eventual análise da casuística brasileira muito provavelmente não encontraria os mesmos resultados, à luz do citado modelo pragmático.

No fim e ao cabo, parece que uma eventual solução acabaria simplesmente adstrita ao grau de complexidade da organização societária, afinal, nem sempre o credor terá a possibilidade ou quiçá o interesse de produzir provas capazes de individualizar a conduta ilícita e identificar os sócios ou administradores faltosos, mormente nas sociedades anônimas de capital aberto ou nos grupos societários.

De qualquer forma, forçoso convir que a sociedade, enquanto ente abstrato, não age senão pelos seres humanos. Vivêssemos num mundo ideal, toda conduta ilícita da pessoa jurídica levaria à punição das pessoas físicas

¹¹ Calixto chega à conclusão de que qualquer tipo de discussão a respeito da imputação de direitos e obrigações implica investigar os limites de cada centro de imputação (sujeito) e, consequentemente, a respectiva possibilidade de desconsideração, considerada enquanto “problema” (e não “método”), ou seja, encarada no mais amplo sentido, abrangendo toda situação de imputação à pessoa diversa daquela que seria o destinatário normal da norma, dever ou obrigação (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 259). Para consultar a distinção que o mestre faz com relação às acepções de desconsideração, enquanto problema e método, consultar: *ibidem*. Também Lamartine fazia notar que “os problemas ditos de “desconsideração” envolvem frequentemente um problema de imputação” (LAMARTINE, 1979, p. 613).

responsáveis. Todavia, como nem sempre é viável fazer tal investigação, o direito pode e deve dispensá-la para fins de responsabilização - e dentro desta categoria está a DPJ.

Noutro giro, uma leitura rápida de dispositivos permite intuir o potencial para a incidência de figuras diversas. Basta ver que os requisitos do “desvio de finalidade” e “da confusão patrimonial”, previstos no art. 50 do Código Civil, podem atuar também no campo dos pressupostos, respectivamente, da teoria *ultra vires* e das fraudes patrimoniais.

Neste ponto, importa sublinhar que, devido à riqueza de possibilidades do mundo, um mesmo suporte fático pode atrair a incidência plural de normas jurídicas. Uma mesma situação fática, assim, eventualmente poderá preencher, simultaneamente, os pressupostos da DPJ e de figuras correlatas. No negócio simulado pode estar embutida uma fraude que, ao mesmo tempo, constitua um ato *ultra vires* e um abuso da personalidade jurídica, caracterizando o “desvio de finalidade”. Na fraude contra credores que envolva a transmissão de bens da sociedade para o sócio e vice-versa, ficará caracterizada a confusão patrimonial.

Reconhecer, contudo, que a DPJ possui requisitos e resultados peculiares, não significa que um caso deva ser preferencialmente solucionado pelas técnicas de direito civil, mesmo porque a escolha caberá ao credor, e não ao juiz.

No lugar de uma aplicação subsidiária ou residual da DPJ, deve ser admitida uma aplicação compartilhada com as ferramentas jurídicas suplementares¹², afinal, quanto mais diversificado for o cardápio de instrumentos aptos a coibir fraudes e abusos, mais efetivo será o direito.

O problema deverá ser encarado sob a perspectiva processual, eis que incumbirá às partes delimitar os limites objetivos da demanda, de acordo com a tática processual adotada e a pretensão ou defesa deduzida, vinculando a atuação do juiz às alegações deduzidas no processo.

¹² Parte da doutrina tem admitido a possibilidade de hipóteses de DPJ também abrirem para o credor a alternativa de lançar mão da fraude contra credores e da fraude à execução, desde que individualizáveis as operações e identificáveis os bens subtraídos (RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. 2016, p. 74); ou da simulação, “cuando em la litis se acrediten los extremos requeridos por la ley” (GÓMEZ, 2008, p. 35).

O PROBLEMA NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Repercussões

O problema posto pode repercutir (e tem repercutido) no processo civil. O novel Código processual inovou nossa ordem jurídica ao regulamentar um “incidente” de DPJ, do art. 133 ao art. 137, voltando a fazer remissão à matéria nos arts. 674, §2º, III (embargos de terceiro), 790, VII (responsabilidade patrimonial), 792, §3º (fraude à execução), 795, §4º (obrigatoriedade do incidente), 932, VI (competência do relator), 1.015, IV (agravo de instrumento) e 1.062 (cabimento do incidente nos juizados especiais).

O problema abordado no trabalho certamente irá influenciar o plano processual, porque a subsunção *in status assertionis* das alegações feitas pela parte aos pressupostos da DPJ mostrar-se-á decisiva, tanto na formação do juízo de admissibilidade do pedido incidental de desconconsideração, quanto na decisão final.

Eis, aqui, a pergunta: como o juiz deverá proceder quando a controvérsia versar sobre qual instituto tem pertinência *in casu*?

Curiosamente, o incidente pode mostrar-se conveniente ou inconveniente tanto para o credor como para o devedor. O credor terá interesse na instauração do incidente para viabilizar a execução incidental do sócio (ou da sociedade, na desconconsideração inversa), quando a alternativa seria ajuizar ação autônoma com o mesmo fim. Mas o inverso também é possível, ou seja, ao sócio ou à sociedade pode convir a instauração do incidente, buscando assegurar a observância de garantias processuais, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

Tomemos, como exemplo, os litígios tributários, que servirão, também, para demonstrar a repercussão atual do problema no processo civil.

Na sistemática processual anterior, a execução fiscal movida contra a sociedade era redirecionada, sem muitas formalidades, ao sócio, a quem restava um contraditório diferido e eventual.

Com a edição do CPC/15, a Fazenda Pública, tentando elidir os “inconvenientes” do incidente, especialmente a prévia citação do sócio e a suspensão do processo para produção de provas, tem alegado que a responsabilidade do sócio fundada nos art. 135, III, do Código Tributário Nacional¹³ (CTN), não configura um caso de DPJ. Conta, neste ponto, com o respaldo da doutrina tradicional e moderna, bem como da jurisprudência, que consideram o dispositivo uma hipótese legal de responsabilidade civil do sócio.

O problema, contudo, não desaparece simplesmente porque o redirecionamento da execução fiscal tem como fundamento legal o diploma tributário. Conquanto acertado o enquadramento abstrato do dispositivo, as execuções podem estar, no fundo, discutindo um problema de abuso da personalidade jurídica, conforme acontece nas execuções fundadas na malograda súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça¹⁴ (STJ). Assim, não basta o mero acionamento do sócio com fulcro no dispositivo fiscal, sob pena de o poder público utilizá-lo indevidamente como válvula de escape.

De todo modo, vistas as repercussões na seara tributária, fica fácil visualizar como o problema pode vir a afetar os demais ramos jurídicos sujeitos ao influxo das normas de processo civil, mormente porque, com o advento do incidente de descon sideração, tendem a proliferar as alegações de inadequação procedimental do incidente, sob o pretexto de ser inaplicável para figuras diversas. O artigo tentará, a seguir, adiantar um esboço de solução.

¹³ Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...]; III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

¹⁴ Súmula 435 do STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

O papel do incidente de desconsideração

Feita nossa ressalva particular de que os pressupostos da DPJ e das demais figuras civilísticas poderão conviver num mesmo sistema jurídico e coincidir no caso concreto, importa mesmo reconhecer que a dogmática jurídica não alcançou ainda um nível de maturidade e consenso suficientes para delimitar, com uma mínima dose de precisão, a definição e os limites de aplicação da DPJ.

Cumpra então indagar como o juiz deverá proceder ao lidar com a antes denominada zona cinzenta, onde paira a dúvida quanto à possibilidade de, ao invés de aplicar uma sanção verdadeiramente desconsiderante, imputar responsabilidade direta aos membros da pessoa jurídica ou declarar a nulidade ou ineficácia de um negócio jurídico levado a cabo pelo sócio ou sociedade.

Entende-se que a resposta mais consentânea com a confiança e a segurança jurídica parece estar no admitir certa flexibilidade ao incidente, a fim de que todo o potencial instrumental do procedimento, destinado a assegurar uma tutela diferenciada, seja aproveitado, independentemente do sentido restrito que o termo “desconsideração” porventura possa guardar no direito material.

Forçoso convir, ademais, que o incidente possui, especialmente no contexto do direito processual brasileiro, um forte apelo funcional, pois aproxima as atividades cognitiva e executiva (cuja divisão muitas vezes atua como dogma), viabilizando a tutela de credores sociais a todo instante no processo, inclusive durante a fase executiva¹⁵, momento no qual costumam vir a lume as chicanas processuais envolvendo bens individuais e sociais, bem como a utilização dos mais variados subterfúgios, como o aproveitamento de interpostas pessoas (“laranjas”), a simulação de negócios, as fraudes e a criação de sociedades de fachada.

¹⁵ CPC/15. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

O incidente deve ser, assim, recebido como um instrumento de superação do contexto de insuficiência procedimental-legal para efetivar a tutela no curso da lide, possibilitando que o juiz conheça diferentes pedidos e execute diversas pessoas, sem ficar preso a amarras processuais, mas agindo dentro dos limites predefinidos pela lei, plenamente ajustados aos preceitos constitucionais.

Calha anotar, ademais, que, ao mesmo tempo que tem uma função de otimização do processo e efetivação da tutela, o incidente também garante o devido processo legal, mediante o estabelecimento prévio de um rito formal, que prestigia o contraditório, com a citação prévia do réu, desde que não estejam presentes os requisitos para a concessão de tutelas provisórias, bem como a ampla defesa, por meio de produção de provas¹⁶.

Também não podemos perder de vista que, a não ser pelo incidente de DPJ, a lei não prevê um procedimento legal padrão de responsabilização incidental de administradores, sócios, sociedades e interpostas pessoas. Ou seja, a solução sugerida também favorece a previsibilidade e a segurança jurídica das decisões judiciais, evitando que cada juiz adote um rito diferente.

No afã de concretizar a efetividade e o contraditório no processo, o incidente deverá assumir o posto de procedimento adequado de apuração – e eventual efetivação – incidental das responsabilidades civil, societária e patrimonial de sócios, administradores, sociedades e interpostas pessoas.

Não obstante, registre-se que, ainda assim, será descabido dar início ao incidente para todas as hipóteses de responsabilidade civil ou defeitos dos negócios jurídicos, como na responsabilidade civil individual (lembrar do exemplo da apologia ao crime), na responsabilidade patrimonial *ex lege* do sócio (na qual a solidariedade do sócio deriva do tipo societário) ou

¹⁶ Oportuna a lição de Thiago Siqueira: “[o incidente de DPJ] trata-se de um modelo que, ao mesmo tempo em que assegura a plena observância da garantia do contraditório, é capaz de atender ao ideal de efetividade da tutela executiva. Por isso mesmo, pode ser utilizado em hipóteses nas quais a lei não é clara quanto à forma como deve se dar o ingresso do responsável secundário no processo, ou em que a disciplina legal não seja satisfatória” (FERREIRA, 2016, p. 209).

quando o sócio ou administrador assume a condição de fiador da sociedade, pois tais situações não condizem com os fundamentos que ensejam a DPJ.

O incidente somente poderá ser deflagrado quando as razões da parte interessada estiverem relacionadas ao *abuso da personalidade jurídica*, ao emprego da personalidade jurídica como uma ferramenta para cometer atos ilícitos; ainda que a solução, ao final do procedimento, não seja necessariamente uma desconsideração num sentido estrito, ou seja, de sanção consistente na declaração de ineficácia episódica da personalidade jurídica.

O incidente de DPJ terá cabimento, assim, mesmo que o juiz decida, por exemplo, preservar a personalidade do ente – que entenda ter sido mantida como centro autônomo de interesses, malgrado o desvio momentâneo levado a cabo pelo(s) administrador(es) ou sócio(s) – e resolva aplicar os instrumentos clássicos do direito civil, vale repetir (a) responsabilização pessoal e individual de sócios ou administradores ou (b) invalidade ou ineficácia de um determinado negócio jurídico¹⁷.

Finalmente, cumpre ressaltar que a jurisprudência, convergindo para o entendimento aqui esposado, tem dado certa flexibilidade ao incidente para lidar com situações que sequer configuram necessariamente abuso da personalidade jurídica, como no reconhecimento de grupos econômicos ou de sucessão empresarial¹⁸.

¹⁷ Sob tal prisma, serão ampliadas as possibilidades de objeto cognitivo e conteúdo decisório do incidente, eis que será viável o reconhecimento incidental da fraude contra credores, a ensejar uma possível afronta à antiquada súmula 195 do STJ. Não obstante, estando a responsabilidade civil e os defeitos do negócio jurídico no epicentro do modelo brasileiro de interpretação/aplicação da DPJ, cairíamos numa sofismável contradição ao proibir que tais figuras fossem reconhecidas incidentalmente no procedimento dedicado justamente ao instituto. Toda a situação exposta pode parecer ainda meramente hipotética, uma vez que a casuística brasileira pouca ou nenhuma atenção tem dado à controvérsia, que permanece bem viva a nível teórico. No entanto, a questão tende a surgir com mais frequência a partir da criação de um incidente processual que tem como meta evidente prestigiar o contraditório.

¹⁸ TJES – AI 48179000970, rel. Ewerton Schwab Pinto Júnior, 1ª Câmara Cível, j. 20/06/2017, DJe 27/06/2017; TJMG – AI 1.0079.15.043259-3/001, rel. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, j. 13/03/2018, DJe 23/03/2018.

FECHAMENTO

Este trabalho buscou analisar como o problema de distinguir a desconsideração da personalidade jurídica (DPJ) das demais figuras clássicas de direito civil repercutiu na doutrina e como pode e tem repercutido no âmbito do incidente de DPJ trazido pelo CPC/15.

Para conformação de diversos preceitos fundamentais, tais como a efetividade da tutela, o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica, bem como à luz da função de instrumentalidade do processo, a solução encontrada para o problema no plano do direito processual está na utilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica como um procedimento destinado a garantir a solução das complexas situações que envolvem o conflito entre a tutela de credores sociais *versus* o direito de defesa de sócios, administradores, sociedades e interpostas pessoas, eis que possui total condição de ser um ambiente adequado de apuração – e eventual efetivação – incidental das responsabilidades civil, societária e patrimonial de tais pessoas.

REFERÊNCIAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. vol. 2. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DE OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FERREIRA SIQUEIRA, Thiago. A responsabilidade patrimonial no novo sistema processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GÓMEZ, Miguel Ángel Tomé. Negocios jurídicos simulados y fraudulentos. 2^a ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- GUSMÃO, Mônica. Lições de direito empresarial. 11^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresa. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PARENTONI, Leonardo Netto. Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira. 2012. 203 f. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. Revista dos Tribunais. vol. 410. ano 58. dez. 1969. p. 12-24.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”. Coimbra: Almedina, 2016.
- RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. Desconsideração da personalidade jurídica e processo: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário. 4^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SERICK, Rolf. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por medio de la persona jurídica. trad. Jose Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.
- TONELLO, Matteo. L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali. Padova: CEDAM, 1999. In: MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Pessoa jurídica: questões clássicas e atuais (abuso – sociedade unipessoal – contratualismo). Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. n. 22. p. 300-376. set. 2002.
- ZORZI, Nadia. El abuso de la personalidad jurídica. trad. Paola Spada. Revista Derecho del Estado. n. 16. Bogotá. jun. 2004. p. 29-34.

DA NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS À LUZ DO CPC/15 E DA CRFB/88

Aline Maria Quarto Silva¹

André Silva Martinelli²

INTRODUÇÃO

O CPC/15, Lei 13.105/2015, inaugura um novo pensar do direito processual, estabelecendo premissas fundamentais a serem seguidas pelos intérpretes da norma adjetiva, dentre as quais a exigência da *fundamentação adequada*³ das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

Nesse sentido, o referido Código Processual não considera fundamentada a decisão judicial que *deixa de enfrentar todas as razões deduzidas pelas partes que sejam capazes de influenciar no julgamento da causa*⁴, considerando esta decisão *omissa*⁵ e passível, portanto, de embargos de declaração⁶.

¹ Mestranda em Direito Processual – UFES, Aluna Especial – Prof. Dr. Tiago Gonçalves. Advogada. E-mail: aline_mqs@yahoo.com.br.

² Mestrando em Direito Processual – UFES. Analista Judiciário do TRT da 1ª Região. E-mail: andre.s.martinelli@hotmail.com.

³ CPC/2015. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

⁴ CPC/2015. “Art. 489 [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV- não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

⁵ CPC/2015. “Art. 1.022. [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: [...] II- incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.”

⁶ CPC/2015. “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...] II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento.”

Ademais, determina o CPC/15 a proibição de o julgador prolatar decisão com base em *fundamento*⁷ ou *fato*⁸ a respeito do qual as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar⁹, evitando-se, deste modo, as chamadas “decisões surpresa”.

Tem-se, assim, um novo modelo de processo, o processo dialógico e cooperativo¹⁰ em que as decisões judiciais “precisam ser legitimadas pela efetiva participação das partes na formação do juízo” (MADUREIRA, 2017, p. 63), como verdadeira concretização do princípio constitucional do contraditório¹¹, o qual não pode mais ser compreendido apenas como o direito de informação e de reação a fundamento deduzido nos autos, mas principalmente como o poder das partes de influenciar na decisão final.

Este novo modelo de processo estabelecido na Codificação de 2015 vem corroborar o mandamento constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais,¹²consolidando, assim, a força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil e sua supremacia material.

Pretende-se, assim, perquirir se essas premissas estatuídas pelo CPC/15, que se encontram em compasso com a Constituição de 1988, seriam aplicáveis também no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis,

⁷ CPC/2015. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

⁸ CPC/2015. “Art. 493. [...] Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”

⁹ CPC/2015. “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida [...]”

¹⁰ CPC/2015. “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

¹¹ CPC/2015. “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

¹² CRFB/88. “Art. 93. [...] IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

sem que comprometessem os seus princípios norteadores,¹³ tais como oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Objetiva-se, ainda, fazer um cotejo das referidas disposições processuais acerca do novo modelo de processo cooperativo com a previsão da legislação dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95) no sentido de ainda se permitir que o juiz decida com base em seus “elementos de convicção”¹⁴, mas que, por outro lado, invoca os casos previstos no CPC/15 para fins de cabimento de embargos de declaração¹⁵.

Para tanto, serão abordadas as normas fundamentais do CPC/15 que guardam relação com o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Em seguida, parte-se para a análise do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, analisando-se seus princípios informadores, bem como os artigos 38 e 48 da Lei 9.099/95, em paralelo aos artigos 489, §1º, IV e 1.022, parágrafo único do CPC/15. Por fim, pretende-se demonstrar a possibilidade de aplicação das normas fundamentais do CPC/15 no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis no que se refere à imprescindibilidade da fundamentação de todas as decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito.

¹³ Lei 9.099/95. “Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

¹⁴ Lei 9.099/95. “Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.”

¹⁵ Lei 9.099/95. “Art. 48. Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil [...]”

DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO E AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO CPC/15

Estabelece a Constituição Brasileira, em seu artigo 93, inciso IX¹⁶, a necessidade de fundamentação de todas as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário¹⁷, sob pena de nulidade.

Esse dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais é corolário do próprio Estado Democrático de Direito, já que as decisões judiciais apenas serão legitimadas se for garantida às partes uma verdadeira participação na construção do convencimento do magistrado, prevenindo-se, assim, o arbítrio estatal.

Tal participação efetiva das partes é uma exigência do direito constitucional ao contraditório (art. 5º, inciso LV, CRFB/88¹⁸), o qual, em sua visão atual, não apenas garante aos sujeitos parciais do processo o direito de informação e de reação nos autos, mas também o direito de

¹⁶ CRFB/88. “Art. 93. [...] IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

¹⁷ É oportuno ressaltar que a recente Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que inclui novos dispositivos à LINDB (Decreto-Lei nº. 4.657/1942) prevê a necessidade de motivação não só no âmbito judicial, mas também nas esferas administrativa e controladora, consoante previsão do novo artigo 20, incluído na LINDB, *in verbis*: “ Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” E, acerca da necessidade de fundamentação das decisões também no âmbito administrativo, a própria CRFB-88 em seu artigo 93, inciso X, assim determina: “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”. Assim, mister observar que a exigência constitucional de fundamentação das decisões não se dá apenas no âmbito judicial. Contudo, por focar este artigo nas decisões judiciais, é que foi mencionado em seu texto apenas o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

¹⁸ CRFB/88. “Art. 5º. [...] LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

influência na tomada de decisão do processo¹⁹, já que esta vai projetar efeitos jurídicos sobre suas próprias vidas. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2010a, p. 65) assinala que:

[...] a doutrina há muito percebeu que *o contraditório não pode mais ser analisado apenas como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas como uma possibilidade de influência (Einwirkungsmöglichkeit) (Baur, 1954, p. 403) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa. Tal concepção significa que não se pode mais, na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e ao contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial (destacou-se em itálico).*

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1998, p. 12), do mesmo modo, defende a necessidade da compreensão do contraditório de maneira renovada, com o efetivo poder das partes de participar na formação do convencimento do magistrado:

A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no *princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões ente as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição (destacou-se em itálico).*

¹⁹ Daniel Carneiro Machado (2014, p. 69-84) fala em visão tridimensional do contraditório (informação – reação - influência) em superação à visão tradicional do contraditório (informação - reação).

Sendo assim, a atual concepção do contraditório no sentido de se conferir às partes a real possibilidade de interferir no convencimento do julgador concretiza o verdadeiro Estado Democrático de Direito na medida em que elas efetivamente poderão participar no processo como atores principais e não como meros sujeitos acrílicos e subordinados passivamente à decisão construída exclusivamente pelo magistrado.

Reconhecendo a supremacia da Constituição e visando conferir concretude às disposições constitucionais, o CPC/15 estabeleceu, já em seu artigo inaugural²⁰, a necessidade de que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas estabelecidos na Constituição de 1988.

Em seguida, ainda em seus primeiros dispositivos, o CPC/15 repete as normas constitucionais do contraditório (artigo 7^{o21}) e do dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 11²²), sem olvidar de estabelecer outras normas fundamentais do processo civil que guardam estreita relação com tais normas constitucionais. Dentre essas normas fundamentais do processo civil intimamente relacionadas ao dever de fundamentação e à garantia do contraditório, deve ser destacado o princípio da cooperação, estatuído no artigo 6^{o23} do CPC/15.

Pelo princípio da cooperação, qualquer sujeito que participe do processo tem o dever de colaborar para que se alcance no devido tempo a efetiva e justa tutela de mérito. Nesse sentido, em um processo cooperativo, assim como as partes têm o dever de apresentar seus pleitos de forma clara, objetiva e devidamente fundamentada, compete também ao magistrado, em seu *decisum*, analisar todos os fatos e fundamentos

²⁰ CPC/2015. “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

²¹ CPC/2015. “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

²² CPC/2015. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

²³ CPC/2015. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

invocados pelas partes e fundamentar, de forma adequada, o porquê de se acolher ou de se afastar as pretensões invocadas nos autos.

E essa decisão judicial com fundamentação adequada, qualificada ou analítica, é também exigência do CPC/15, conforme previsão de seus artigos 11 e 489, §1^o²⁴. Rodrigo da Cunha Lima Freire (2017) ensina-nos que o §1^o do artigo 489 visa concretizar o comando constitucional do dever de fundamentação, indicando algumas situações exemplificativas em que a decisão do magistrado não se considera fundamentada, manifestando-se nos seguintes termos:

Portanto, o § 1º do art. 489 do CPC, ao concretizar o comando constitucional, exemplificando situações nas quais não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, *apresenta a necessidade de uma fundamentação racional, lógica, previsível, acessível e controlável. Ao contrário, uma fundamentação arbitrária, discricionária, imprevisível, introspectiva, subjetiva, solipsista, calcada em meras convicções pessoais ou em posições pré-concebidas, por vezes submetida a justificativas meta-jurídicas de ordem ideológica, não se revela compatível com o estado democrático de direito e com o devido processo legal, nem com os princípios do contraditório substancial* (as partes devem ter o poder de influenciar o resultado do processo, razão pela qual os seus argumentos devem ser levados em consideração, impedindo-se que o juiz proferida [sic] decisões surpresa), *da boa-fé objetiva* (a lealdade do magistrado com os demais sujeitos do processo, e com a própria sociedade, exige do julgador que este não surpreenda o jurisdicionado com um discurso alheio à racionalidade e aos argumentos previamente submetidos ao debate) e *da cooperação* (o magistrado tem o dever de esclarecer os seus pronunciamentos e de consultar as partes antes de resolver questões de fato ou de direito), expressamente consagrados pelo CPC brasileiro de 2015 (*destacou-se em itálico*).

²⁴ CPC/2015. “Art. 489 [...], §1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; **IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador**; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. ”

Assim, para que se tenha uma decisão devidamente fundamentada, a teor do que prescreve o CPC/15 o qual se coaduna com a Constituição da República vigente, é mister que o magistrado efetivamente enfrente todos os fundamentos relevantes do litígio que sejam capazes de alterar o julgado, explicitando as razões concretas que o levaram a decidir daquela determinada maneira naquele caso específico.

Destaca Daniel Mitidiero (2015, p. 149) que:

[...] a fim de que se sinta pulsar também no âmbito do processo civil do Estado Constitucional, *é imprescindível que a motivação da decisão efetivamente conste a apreciação do órgão jurisdicional a respeito dos fundamentos deduzidos pelas partes ao longo do processo*. Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um *efetivo diálogo* com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais (*destacou-se em itálico*).

Dessarte, com a devida fundamentação judicial será possível às partes restarem-se convencidas de que naquele dado caso concreto todas as suas pretensões foram analisadas e debatidas e que foi aplicado, de fato, o melhor direito, evitando, assim, que o processo se prolongue de forma desarrazoada²⁵ no tempo. Afinal, como bem observado por Cláudio Madureira (2017, p. 75), “o processo civil não é, nem nunca foi, espaço adequado para a resistência imotivada a pretensões jurídicas fundadas no Direito”.

Outro princípio que guarda estreita relação com o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais e, por consequência, com a garantia constitucional do contraditório, é o conhecido doutrinariamente como proibição das decisões por emboscada ou surpresa, prescrito nos

25 CPC/15. “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

artigos 9º, *caput*²⁶, 10²⁷ e 493, parágrafo único²⁸ do CPC/15, princípio este que também encontra-se umbilicalmente ligado ao princípio da boa-fé, o qual tem previsão no artigo 5º²⁹ do mesmo Diploma Processual.

Pelo princípio da vedação das decisões surpresa tem-se que o magistrado, ao proferir o seu julgamento, deve ater-se aos fatos e fundamentos discutidos no processo. Estabelece o Código Processual que, mesmo se se tratar de matéria cognoscível de ofício pelo juiz, as partes devem ter a oportunidade de se manifestar previamente ao *decisum*.

Caso o juiz, ao julgar a causa, se utilize de elementos estranhos aos autos, sobre os quais as partes não tiveram a devida oportunidade de se manifestar, ter-se-á a chamada “decisão surpresa”, “decisão solitária” ou “sentença de terceira via” (CARACIOLA, 2017). Neste caso, não haverá o respeito ao processo dialético (tese-antítese-síntese) e cooperativo, na medida em que o julgador decidirá sem dar voz às partes e sem possibilitar-lhes o direito de prestar melhores esclarecimentos acerca da norma empregada e de influenciar no julgamento.

Daniel Mitidiero (2015, p. 89-90) aduz que o direito ao contraditório como direito de influência e dever de debate confere ao juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão sobre todas as questões postas em juízo, esclarecendo que:

Objetiva-se com isso evitar decisões que apanhem de *surpresa* as partes, protegendo-se mediante a construção de um processo civil pautado pela colaboração não só o *direito ao contraditório*, mas também a confiança das partes na prolação de uma decisão dentro do quadro de expectativas gerado pelo conteúdo do debate – em outras palavras, protegendo-se igualmente a boa-fé no processo (art. 5.º do CPC/2015, *grifos do autor*).

²⁶ CPC/2015. “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida [...]”

²⁷ CPC/2015. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

²⁸ CPC/2015 “Art. 493. [...] Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”

²⁹ CPC/15. “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

Desta feita, uma decisão surpresa violará o contraditório, o modelo cooperativo de processo, a legítima confiança das partes em ter um julgamento com base no que fora discutido no processo, bem como a boa-fé processual, já que se estará diante de um julgamento proferido de forma isolada pelo magistrado, sem que se tenha possibilitado às partes o efetivo diálogo quanto às razões de decidir. Sem olvidar que será violado também o dever de fundamentação judicial, uma vez que o juiz não terá refutado as razões deduzidas pelas partes, mas tão somente decidido com base em suas próprias convicções.

O MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

O rito dos Juizados Especiais Cíveis é estabelecido pela Lei nº. 9.099/95, a qual veio implementar o comando constitucional insculpido no artigo 98, inciso I da Constituição Brasileira de 1988³⁰.

Após a Lei nº. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Estaduais), foram editadas as seguintes legislações: Lei nº. 10.259/2001³¹ (Lei dos Juizados Especiais Federais e que inclui, portanto, a Fazenda Pública Federal^{32 33}) e Lei nº. 12.153/2009 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública

³⁰ CRFB/1988 “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

³¹ Referida Lei foi editada também seguindo o comando constitucional, consoante previsão no §1º, do art. 98 da Constituição de 1988, *in verbis*: “Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” Esta determinação foi inserida pela Emenda Constitucional nº. 22/1999, que inseriu o parágrafo único no artigo 98 da CRFB/1988, o qual foi renumerado para §1º após a edição da Emenda Constitucional nº. 45/2004.

³² Lei nº. 10.259/2001 “Art. 6º. Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível: [...] II- como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.”

³³ CRFB/1988 “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, às de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

Estadual e Municipal). Há previsão normativa de aplicação subsidiária da Lei nº. 9.099/95 às Leis nºs. 10.259/2001³⁴ e 12.153/2009³⁵, pelo que deve ser tratada como Lei Geral dos Juizados Especiais.

Essas três leis, assim, formam o chamado sistema ou microsistema dos Juizados Especiais, de forma que as Leis de 2001 e de 2009 possuem, respectivamente, disposições específicas acerca do Juizado Especial da Justiça Federal e do Juizado Especial Fazendário Estadual e Municipal. O que nelas faltar e não houver incompatibilidade com suas disposições, deve ser aplicada de forma subsidiária a Lei Geral dos Juizados de 1995, a qual estabelece princípios e disposições comuns atinentes a todos os Juizados Especiais.

Por se tratar de sistema próprio, Humberto Theodoro Junior (2010b) vai além, e ressalta que em razão desses três diplomas normativos formarem uma “unidade institucional, isto é, um só estatuto, qual seja o estatuto legal dos Juizados Especiais brasileiros”, não só a Lei Geral (1995) é que teria aplicação subsidiária às outras duas legislações que regulam os Juizados Especiais (de 2001 e de 2009), mas também que “os dispositivos de qualquer das três leis” poderiam “ser aplicados nos procedimentos de qualquer um dos diferentes Juizados”.

Deve-se ressaltar, ainda, a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC/15 a esse microsistema normativo dos Juizados Especiais Cíveis, desde que constatada omissão nesses três diplomas especiais e desde que não haja incompatibilidade com os princípios norteadores dos Juizados Especiais. Tal aplicação subsidiária da Codificação Processual ao procedimento dos Juizados Especiais decorre de expressa disposição normativa, consoante prescrito no §2^o³⁶, do artigo 1.046 do CPC/15.

³⁴ Lei nº. 10.259/2001 “Art. 1º. São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, *no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.*”

³⁵ Lei nº. 12.153/2009 “Art. 27. Aplica-se subsidiariamente o disposto nas Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.”

³⁶ CPC/15 “Art. 1.046 [...] §2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.”

Princípios Informadores dos Juizados Especiais Cíveis

Os princípios norteadores, orientadores, informadores ou estruturantes dos Juizados Especiais, em especial dos Juizados Especiais Cíveis, ora analisados nesta pesquisa, encontram-se disciplinados no artigo 2^o³⁷ da Lei n.º. 9.099/95, sendo os seguintes: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

O *princípio da oralidade* compreende, segundo Giuseppe Chiovenda (2010, p. 61-67), os seguintes elementos: (i) a prevalência da palavra falada; (ii) a imediatidade; (iii) a identidade física; (iv) a concentração; e (v) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

Pela *prevalência da palavra*, tem-se que no processo dos Juizados Especiais essencialmente se priorizará pela forma oral para a prática dos atos processuais, mas sem, contudo, que se abandone, por total, a forma escrita. Como bem assinalado por Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 7-8): “quando se diz, portanto, que o processo dos Juizados Especiais Cíveis é um processo oral, está-se com isso querendo dizer que nesse processo a palavra falada prevalece sobre a escrita”.

A *imediatidade*, por sua vez, pressupõe que o juiz possua um contato direto com as provas e com todos os sujeitos envolvidos no processo, a exemplo das partes, advogados, testemunhas. E relacionado a este último elemento, encontra-se a *identidade física* do juiz, pela qual deve-se buscar, sempre que possível, que o mesmo juiz que teve o contato direto com as partes e com as fontes de prova seja o prolator da decisão que irá resolver o litígio posto em juízo.

A *concentração* recomenda que a maior parte dos atos processuais sejam praticados em audiência, a qual, em regra, será uma³⁸, de conciliação, instrução e julgamento.

³⁷ Lei n.º. 9.099/95 “Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

³⁸ Lei n.º. 9.099/95 “Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei. Art. 24. Não obtida a

Por fim, pela *irrecorribilidade das decisões interlocutórias*, tem-se que não será possível, em regra, recorrer das decisões interlocutórias em separado. Deve-se recorrer ao final, quando da prolação da sentença, de forma que ao se impugnar a sentença por recurso inominado³⁹, também sejam impugnadas todas as decisões proferidas no curso do processo e que lhe foram desfavoráveis.

O *Princípio da Simplicidade* consubstancia-se em estabelecer um iter processual o menos complexo possível, com o mínimo de interrupções ou interferências, não sendo, cabível, por exemplo intervenção de terceiros ou assistência⁴⁰. A simplicidade, assim, leva ao melhor curso possível do procedimento. Do mesmo modo, a simplicidade leva a um processo descomplicado e de fácil compreensão e acesso a todos os jurisdicionados.

O *Princípio da Informalidade*, por sua vez, não exige maiores formalidades legais para a prática dos atos processuais no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a exemplo do que ocorre com o ato processual de intimação (não o de citação) que pode se dar por qualquer meio idôneo de comunicação⁴¹, inclusive por meio telefônico, ou do que se dá com a possibilidade da prática dos atos processuais em primeiro grau pela própria parte, sem a necessidade de estar assistida por advogado em causas de até 20 salários mínimos⁴².

O *Princípio da Economia Processual* indica que no processo do Juizado Especial Cível os atos processuais devem ser praticados de forma menos custosa possível para os envolvidos. Eduardo Luiz Cavalcanti Campos (2018, p. 84) leciona que o referido princípio exige que se busque uma

conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. Art. 27. Não instituído o juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa.”

³⁹ Lei n.º. 9.099/95 “Art. 41 Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.”

⁴⁰ Lei n.º. 9.099/95 “Art. 10. Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.”

⁴¹ Lei n.º. 9.099/95 “Art. 19. As intimações serão feitas na forma prevista para citação, ou por qualquer outro meio idôneo de comunicação.”

⁴² Lei n.º. 9.099/95 “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.”

redução dos custos no processo, custos estes que podem ser tanto financeiros quanto relativos ao próprio tempo, asseverando que:

Com efeito, a economia processual diz respeito à tomada de comportamentos necessários para que os atos processuais sejam praticados com os menores custos possíveis. No conceito de custos, são abrangidos os *custos financeiros* e também o próprio *tempo*, que não deixa de ser um custo econômico do processo. Sendo assim, prefere-se a utilização do termo *economia processual*, que abrange todos os custos econômicos do processo à utilização do termo *celeridade processual*, que diz respeito somente ao custo-tempo.

Nesse contexto, o *Princípio da Celeridade*, por dizer respeito apenas ao fator “tempo” importa em conferir maior rapidez na prática dos atos processuais, com o desfecho do processo do Juizado em um menor tempo, já que abarca situações de menor complexidade jurídica.

Uma nova interpretação acerca da expressão “elementos de convicção do juiz”

O artigo 38 da Lei nº. 9.099/95, ao tratar dos elementos da sentença a ser proferida em sede de Juizado Especial Cível, dispõe que: “A sentença mencionará os *elementos de convicção do Juiz*, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.”

Será que esses “elementos de convicção do juiz” importam em uma carta branca ao julgador para proferir decisões que fujam totalmente aos fatos e fundamentos alegados pelas partes e a elementos que sequer tiveram a oportunidade de se manifestar antes do julgamento?

Será que se trata de hipótese em que o legislador excepciona o mandamento constitucional de fundamentação das decisões judiciais, por se tratar de um processo mais simples, informal, oral, célere e com economia processual?

Certamente que não. O próprio artigo 48 da Lei nº. 9.099/95 recebeu nova redação pelo CPC/15 e passou a prever em seu *caput* que

“cabirão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos *casos previstos no Código de Processo Civil*”.

Conforme dispõe o artigo 1.022 do CPC/15, será cabível o oferecimento de embargos declaratórios, entre outros casos, para suprir omissão do julgador, sendo considerada omissa a decisão que incorra em qualquer das condutas descritas no artigo 489, §1º do mesmo *Codex*.

E, se uma das hipóteses previstas no §1º do artigo 489 do CPC/15 é justamente o não enfrentamento de todos os fundamentos⁴³ deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador (inciso IV), resta claro que se trata de norma de aplicação obrigatória também no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, por expressa disposição de lei⁴⁴.

Reforça essa conclusão o Enunciado nº. 309 aprovado no IV Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) ocorrido em Belo Horizonte no ano de 2014, que impõe a necessidade de uma fundamentação *adequada* das decisões proferidas em sede de Juizados Especiais ao prever que “o disposto no §1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais”.

⁴³ CPC/2015. “Art. 489 [...], §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV- não enfrentar todos os *argumentos* deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. A despeito de o artigo 489, §1º, IV, do CPC-15 referir-se a “argumentos”, optou-se no texto do presente artigo pela expressão “fundamentos”, por entender como sendo a que melhor traduz a *mens legis*, já que conforme ensina a melhor doutrina, “argumentos” não se confundem com “fundamentos” e a exigência constitucional contida no artigo 93, IX da CRFB-88 está relacionada aos “fundamentos”, os quais seriam as proposições jurídicas aduzidas pelas partes. Ao passo que “argumentos” seriam meros reforços aos “fundamentos”. Nesse sentido, preciosos são os ensinamentos de Rodrigo Reis Mazzei (2015, p. 1-14): “Há dever de decidir (e sempre com motivação) acerca das postulações, pois estas não podem ficar sem respostas. No entanto, acerca dos motivos que sustentam as postulações, o órgão judiciário deve se ater aos seus *fundamentos*, isto é, o material jurídico que pode levar ao sucesso ou insucesso da ação e/ou do(s) pedido(s). No entanto, *fundamentos não se confundem com argumentos*, pois os últimos são tão somente raciocínios para fortalecer os primeiros, estes sim com densidade jurídica e com vinculação de análise e de motivação para o órgão judiciário”.

⁴⁴ Contudo, de forma dissonante da previsão expressa constante no CPC/15 e da determinação constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais, foi aprovado, no ano de 2015, o Enunciado nº. 162 do Fórum Nacional de Juizes Estaduais (FONAJE), o qual estabelece que “não se aplica ao Sistema dos Juizados a regra do art. 489 do CPC/15 diante da expressa previsão contida no art. 38, caput, da Lei 9.099/95.” (XXXVIII Encontro – BH/MG).

“Elementos de convicção”, assim, conforme previsto no artigo 38 da Lei nº. 9.099/95, para que sejam constitucionais, apenas podem ser entendidos como aqueles em que o magistrado consignou após o devido enfrentamento de todas as questões necessárias e pertinentes ao justo deslinde da controvérsia, tendo oportunizada a manifestação das partes em um modelo cooperativo e dialógico de processo que também deve existir no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

DA APLICAÇÃO DOS PRECEITOS DE FUNDAMENTAÇÃO DO CPC/15 AO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Não há falar, assim, em incompatibilidade normativa entre as disposições do CPC/15 quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais e os princípios informadores dos Juizados Especiais Cíveis. Pelo contrário; tais disposições processuais apenas vêm para ratificar esses princípios, na medida em que não impedem um processo com oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Um processo oral, simples e informal também não prescinde da devida fundamentação pelo juiz e da garantia do contraditório assegurado às partes. Não se trata de interrupção desnecessária no caminho processual nem de exigência excessiva de formalidade para a prática dos atos processuais. Trata-se de uma efetivação das garantias constitucionais do contraditório e da devida fundamentação das decisões judiciais que não podem ser afastadas em qualquer processo, ainda que relativo a causas jurídicas de menor complexidade.

Ademais, não há violação à economia processual e à celeridade, pois não se aumentam os custos do processo, sejam os custos financeiros para a prática dos atos processuais ou sejam aqueles relacionados ao custo tempo.

Isso porque a partir do momento em que as partes sejam efetivamente ouvidas e sintam que de fato estão participando ativamente do processo, que estão dialogando entre si e que estão exercendo influência sobre a

decisão do magistrado, sentir-se-ão protagonistas na tomada de decisão e serão plenamente esclarecidas e convencidas pelos devidos fundamentos judiciais de que foi dado ao caso *sub judice* a melhor aplicação possível da norma jurídica invocada em juízo.

E ainda que isso possa levar a um adiamento da decisão judicial, talvez em alguns meses, não se trata de um aumento do custo tempo. E por que não, já que a decisão judicial poderá demorar um pouco mais para ser prolatada? Porque assim busca-se evitar futuramente que as partes queiram levar adiante o litígio para além da sentença de primeiro grau. Restarão as partes convencidas de que ajudaram a construir a decisão do juiz, evitando-se, assim, muitos embargos declaratórios, recursos inominados, mandados de segurança, impugnações e tantas outras medidas judiciais (cabíveis ou não) que muitas vezes são propostas com o único fim de se descobrir quais os reais fundamentos que levaram o juiz a decidir, pois não é raro as partes se depararem com decisões dissociadas das provas constantes dos autos e isoladas da discussão posta em juízo.

Os princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis não podem servir como escudo para se deixar de aplicar o contraditório e o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, os quais vieram reafirmados no CPC/15. Como é cediço, as normas infraconstitucionais é que devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição e não o contrário, sob pena de desvirtuamento de todo o ordenamento jurídico pátrio, que tem a Constituição no topo da pirâmide normativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Só se estará diante de um verdadeiro Estado Democrático de Direito se no processo judicial for garantido às partes o efetivo contraditório, com o direito de participação ativa e com o poder decisivo de influir no julgamento final pelo magistrado, após assegurados efetivos debates e diálogos no modelo de processo cooperativo introduzido no ordenamento jurídico pelo CPC/15.

Esse modelo cooperativo e dialógico de processo apenas vem para reafirmar os valores constitucionais, de forma que também deve ser aplicado no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, em que a despeito de tratar de processos de menor complexidade, não prescindem da necessária fundamentação adequada das decisões judiciais por parte do magistrado, como uma exigência constitucional e um direito assegurado aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. v. 15, p. 7-20, 1998. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70385/39893>>. Acesso em: 29 abr. 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica. 6. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7-8.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da eficiência no processo civil brasileiro. [coord. Leonardo Carneiro da Cunha]. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- CARACIOLA, Andrea Boari. Contraditório e Vedação da Decisão Surpresa no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Publicações da Escola da AGU, Brasília, v. 9, n. 2, p. 7-24, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1957>>. Acesso em: 01 maio 2018.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Vol. 3. Campinas: Bookseller, 2000.
- LIMA FREIRE, Rodrigo da Cunha. O dever de fundamentação adequada das decisões judiciais. 15. abr. 2017. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/04/15/o-dever-de-fundamentacao-adequada-das-decisoes-judiciais/>>. Acesso em: 30. abr. 2018.

- MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 69-84, dez. 2014. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/art_visao_tridimensional_contraditorio.pdf>. Acesso em: 30 de abr. 2018.
- MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O dever de motivar e o “livre convencimento” (conflito ou falso embate?): breve análise do tema a partir de decisões do Superior Tribunal de Justiça e com os olhos no novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*. n.8, p. 1-14, 2015. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/134/127>>. Acesso em: 06. jun.2018.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3.ed. rev., atual. e ampl. De acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Rio Grande do Sul, v. 2, n. 1, p. 64-71 jan.-jun. 2010a. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>>. Acesso em: 29 de abr. 2018.
- _____. Os juizados especiais da Fazenda Pública Lei nº 12.153, de 22.12.2009. III Encontro de Juízes Especiais do Estado de Minas Gerais. [Palestra proferida em 19.02.2010]. I Seminário de Direito Processual Civil do Triângulo Mineiro: o processo civil no século XXI. [Palestra proferida em 26.02.2010b]. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/668/1/palTJ-OSJ.pdf>> p. 3. Acesso em: 02 maio.2018.

O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL COLETIVO ÀS ESPÉCIES DE DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Maria Luiza Arminio Machado¹

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 inaugurou em sua ordem a viabilidade do reconhecimento de uma lesão causada ao âmbito moral e a sua respectiva compensação, assim como disposto no art. 5º, inciso X. Neste contexto, o Código Civil de 2002, pautando-se no formalismo valorativo (ZANETI JR., 2014, p. 42-43), refletiu as determinações impostas pela Constituição Federal, na medida em que nesta encontra seu fundamento de validade (KELSEN, 2005, p. 182).

No entanto, tendo em vista a ausência de pacificação no ordenamento jurídico à concessão destes danos morais na tutela aos direitos coletivos *lato sensu*, este estudo visa oportunizar uma melhor análise dos requisitos necessários à compreensão do dano moral coletivo.

Busca-se, portanto, a fixação de conceitos civis tradicionais aplicáveis aos processos individuais, bem como uma breve explicitação dos objetos processuais coletivos, seguido de uma análise sobre o modo em que a jurisprudência vem se manifestando acerca do assunto para que delineemos os conceitos aptos a serem transpostos e aplicados ao procedimento coletivo, a fim de que se reconheça a compensação por danos morais coletivos.

¹ Graduanda da Universidade Federal do Espírito Santo; estudante; e-mail: marialuiza.arminio@gmail.com.

DANOS MORAIS EM SUA PERSPECTIVA INDIVIDUAL

O corte metodológico realizado pelos iniciais estudos acerca dos danos morais partiam de uma perspectiva superficial do mandamento constitucional, na medida em que o termo ‘das pessoas’, utilizado pelo constituinte originário, nos remete *prima facie*, a uma concepção individualista do instituto.

Sobre este pilar foram criadas as teorias principais para a caracterização do dano moral. Acerca do tema, Antônio Jeová Santos (SANTOS, 2016, p. 60) expõe em sua obra que três seriam as teorias a serem adotadas sobre o dano moral. A primeira delas parte da conceituação negativa do termo, isto é, dano moral seria todo e qualquer dano que não seja de origem patrimonial, caracterizando-se como extrapatrimonial. Na segunda acepção ao vocábulo aparece a teoria que caracteriza como de índole moral a lesão causada a algum direito da personalidade. Na terceira e última das teorias trazidas pelo autor, já adiantando neste momento que é a que Santos se filia, parte-se da ideia de que o dano moral é o resultado da violação do direito ligado ao bem protegido.

Flávio Tartuce não se oculta na demonstração de sua perspectiva de caracterização do dano moral, defendendo que ‘os bens jurídicos cuja afronta caracteriza os danos morais são os denominados pela doutrina como direitos da personalidade, que são aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade’. Expõe, ainda, que a corrente categórica que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade é aquela que prevalece na doutrina brasileira (TARTUCE, 2016, p. 526).

No entanto atualmente as discussões se amenizaram dada a ampla utilização e difusão do instituto, fazendo com que se chegasse a uma espécie de ponto comum, qual seja, o liame existente entre o instituto e os direitos da personalidade.

Cumprе destacar que esta relação pode ser considerada apenas a título exemplificativo, sendo possível que os danos morais atinjam um espectro maior que aquele abrangido pelos direitos da personalidade,

devendo sempre relacionar-se à condição humana da vítima, zelando por sua dignidade.

BREVE APRESENTAÇÃO DOS OBJETOS PROCESSUAIS COLETIVOS

A tutela dos direitos coletivos pode ser considerada em seu sentido *lato*, isto é, como um gênero, mas há de se ressaltar que este âmbito se subdivide em três espécies, (i) a tutela de direitos difusos, (ii) de direitos coletivos *stricto senso* e (iii) de direitos individuais homogêneo, sendo a diferenciação entre eles é feita em razão da natureza e titularidade do direito tutelado.

A delimitação sobre cada um deles é feita pelo artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, que considerado como um dos núcleos do microsistema de processo coletivo (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, 2017, p. 56), dispõe de grande relevância ao estudo do tema.

A tutela dos direitos difusos visa aquelas relações existentes entre pessoas que se relacionam a partir de uma situação fática comum, considerando-se, inclusive, para análise do instituto, como sujeitos indeterminados. Da leitura do artigo 81, inciso I, CDC, é perceptível que o legislador optou por especificar ainda a transindividualidade do direito tutelado, bem como a consequente indivisibilidade (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, 2017, p. 74). A sentença prolatada neste tipo de processo terá eficácia *erga omnes*.

No que tange à segunda espécie de direitos, os coletivos em sentido estrito, verifica-se que o inciso II do CDC o conceituou como os direitos “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (BRASIL, 1990). Com o mesmo tratamento ao inciso anterior, os direitos coletivos *stricto senso* também conservam a natureza de transindividualidade, no entanto seus sujeitos são determináveis (GRINOVER, 2011, p. 73). Quanto à relação jurídica base tratada pelo dispositivo, este é o ponto de diferenciação entre as demais

espécies dos direitos coletivos, devendo esta relação ser preexistente à lesão ou ameaça de lesão dos bens do grupo.

Hermes Zaneti também destaca que este vínculo entre os membros pode ser tanto *affectio societatis* quanto pela relação dos sujeitos com a parte contrária e ainda, no que tange à coisa julgada, o autor explana, com base no artigo 103, II do CDC, que será *ultra partes*, projetando efeitos para além das partes do processo, para alcançar também aqueles que fazem parte do grupo, categoria ou classe tutelada (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, 2017, p. 75).

Na tutela de direitos individuais homogêneos, terceira classe dos direitos individuais homogêneos, a relação entre as partes é estabelecida após o evento lesivo, assim como determinado no inciso III, parágrafo único do artigo 81 do CDC, tendo a sentença emanada eficácia *erga omnes*, nos termos da disciplina do artigo 103, III do CDC. No entanto, quanto a esta categoria, nota-se que a doutrina se posiciona de maneira diversa, sendo verificáveis os individualistas, que entendem pela fragmentação das tutelas, ou caso realizada de forma coletiva, que seja compreendida apenas a fim de economia processual, e os coletivistas, que tem a intensão de tutelar integralmente o direito (ZANETI JUNIOR, 2016, p. 23-24).

Na doutrina individualista cita-se Teori Zavaski, ao defender que a defesa de direitos coletivos não deve ser confundida com a tutela coletiva de direitos. Entende que os direitos coletivos não possuem um titular determinado, configurando-se, desta forma, como transindividual, além de possuir um objeto indivisível. A defesa deste autor, portanto, é no sentido de que se configuram como coletivos apenas aqueles que carregam o estigma de transindividuais, que seriam os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Os direitos individuais homogêneos, neste contexto, seriam apenas direitos subjetivos individuais que recebem esta denominação simplesmente por estarem ligados entre si por uma relação comum, de homogeneidade, possibilitando uma tutela coletiva. Em síntese, defende que na tutela dos direitos individuais homogêneos o que ocorre é uma coletivização na forma da tutela dos direitos, individualmente

considerados, configurando-se, desta forma, como um mero instrumento de defesa (ZAVASKI, 2017, p. 40).

Uma interpretação coletivista ao instituto é feita por Hermes Zaneti Júnior e Fredie Didier Júnior, que entendem que o simples fato de ser possível se determinarem os sujeitos não altera a pertinência da ação coletiva. Isto porque, uma tutela molecularizada, em contrariedade da fragmentação que ocorreria na tutela individual, enseja a fixação de uma “tese jurídica geral” aplicável a todos aqueles se submeterem à jurisdição, sendo as especificidades de cada caso em concreto tratadas em momento posterior, qual seja, na liquidação da sentença. Assim, defendem que os direitos individuais homogêneos tem, até o momento da liquidação da sentença, uma natureza indivisível, guardando, desta forma, uma natureza coletiva (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, 2017, p. 78).

Demonstra-se, portanto, a possibilidade de interpretação do instituto pelas duas vertentes, o que gera diversas consequências na prática, sendo uma delas a possibilidade de ressarcimento por dano moral coletivo, objeto deste presente artigo.

Isto porque o reconhecimento de que os direitos individuais homogêneos seriam apenas uma “tutela coletiva de direitos” (ZAVASKI, 2017, p. 39), traz uma enorme dificuldade, quiçá uma impossibilidade ao reconhecimento de que a coletividade lesionada a partir do evento danoso de que trata o inciso III, parágrafo único do art. 81, CDC, poderia ser compensada em seus danos morais, na medida em que não se reconhece a transindividualidade neste tipo de tutela, ao considerá-la um instrumento de tutela a direitos divisíveis.

Das breves considerações realizadas até aqui, percebe-se que a construção do processo coletivo brasileiro foi pautada basicamente nestes três objetos processuais. Pela análise da vontade do legislador é possível que se superem as divergências doutrinárias advindas da separação da natureza da tutela, isto é, considerando-a essencial ou acidentalmente coletiva (LEONEL, 2017, p. 118), levando em conta para tanto a indivisibilidade do objeto e a transindividualidade do sujeito ou o

contrário, servindo assim como mero instrumento de defesa (ZAVASKI, 1995, p. 84).

MANIFESTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Iniciando a contextualização sobre o tema, que se fará de forma cronológica, verifica-se a manifestação do ilustre Ministro Teori Zavaski através do REsp N° 598.281 – MG (BRASIL, 2006), cujo acórdão emanou o entendimento de que o dano moral seria incompatível com a ideia da transindividualidade própria dos direitos coletivos, pela razão daquele estar relacionado aos sentimentos inerentes aos indivíduos, tais como a dor ou a lesão psíquica. Não há como se constatar, nos dizeres do Ministro, o “dano moral ao meio ambiente”, tampouco uma lesão à moral de rios, mares e à coletividade, justamente por este conceito da relação entre o dano moral e um direito da personalidade, atrelado ao sentimento de dor e lesão que apenas podem ser sentidos por um ser humano.

Em ato de 2012, publicou-se o acórdão reflexo do entendimento do Ministro Massami Uyeda (BRASIL, 2012), na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual reconheceu a possibilidade de ressarcimento por dano moral coletivo. O Ministro, a partir da análise da legislação vigente, destacou a intensão em se possibilitar o reconhecimento do dano moral coletivo, na medida em que tratado pelo artigo 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor.

Para o reconhecimento do dano moral coletivo, o ministro destaca a necessidade de que o “fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade”, além de que a agressão à coletividade deverá ser significativa, devendo ensejar o ressarcimento apenas aquelas agressões que causem sensação de repulsa coletiva, configurando-se um ato intolerável, utilizando-se, para tanto, dos dizeres de Dionísio Renz Biernfeld (BIERNFELD, 2009, p. 120) para esta última conclusão.

Outra decisão importante é datada em 2014, e conta com o voto do Ministro Mauro Campbell Marques que, reconhecendo a jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça, emanou seu entendimento por meio do julgamento do REsp nº 1397870/ MG (BRASIL, 2014), filiando-se, por suas palavras, a entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que o dano moral vem embasado pela própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, V, não devendo haver restrições ao reconhecimento deste tipo de lesão à coletividade, tendo em vista a evolução da sociedade. Isto porque, segundo o voto do Ministro, quando os valores de uma sociedade são atingidos, deve ser reconhecida a violação a direitos transindividuais, motivo pelo quais se chega à necessidade de sua compensação, desatrelando a ideia da necessidade de dor e lesão psíquica ao danos morais.

Ressalta ainda o posicionamento trazido pelo voto do Ministro Massumi Uyeda, supramencionado, reiterando que para que a compensação em sede coletiva se efetive, é necessário que sejam excedidos os limites da tolerabilidade, bem como que se trate de um fato que suscite a repulsa social, gerando alterações relevantes na esfera coletiva.

Por todo o exposto, nota-se que há um avanço sobre o reconhecimento dos danos morais coletivos. O que nos parece mais relevante, neste momento, seria o reconhecimento de que esta espécie de dano extrapatrimonial deva ser reconhecida na tutela dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

AJUSTAMENTOS DOS CONCEITOS DA PERSPECTIVA INDIVIDUAL PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO

Pelo exposto, nota-se a dificuldade demonstrada pela jurisprudência nacional no reconhecimento dos danos morais coletivos, embora estes tenham sido expressamente trazidos pelo *caput* do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública e pelo artigo 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor.

Estes danos representam a “superação de uma concepção meramente privatística da responsabilidade civil por uma nova concepção de instituto de natureza colectiva, de consequências extensas e profundas” (MARTINS,

1999, p. 119) e se manifesta pela experiência de um conjunto de pessoas que sofrem prejuízo em decorrência de um interesse comum (ALSINA, 1998, p. 1033), caracterizando-se como atrelados ao conceito dos direitos fundamentais de 3ª geração, vez que tem como finalidade a solidariedade (PEREIRA, 2012).

A problemática relativa à possibilidade do reconhecimento dos danos morais coletivos fixa-se, basicamente, na interpretação diversificada de conceitos civis, além da dificuldade do enquadramento destes conceitos em cada um dos objetos processuais coletivos. Neste sentido, o objetivo deste tópico é trazer quais seriam as interpretações e aplicabilidade de conceitos que possibilitassem o reconhecimento dos danos morais à coletividade.

A ótica civil a ser adotada para a correta compreensão do dano moral coletivo

Merece destaque a posição adotada pelo Ministro Massami Uyeda. Em seu julgamento, o ministro entendeu pela possibilidade da concessão dos danos morais coletivos, mas sob a condição de se comprovarem dois requisitos, quais sejam (i) os limites do fato transgressor devem ultrapassar os limites da tolerabilidade e (ii) a agressão deve ser significativa.

Atualmente o conceito mais aceito acerca dos danos morais individuais são aqueles que de alguma forma afetam direitos personalíssimos, o que causa uma espécie de dificuldade ao reconhecimento da extensão destes direitos para uma perspectiva mais ampla. Isto é, há a dificuldade no reconhecimento de que a coletividade poderia sofrer danos à personalidade.

Neste sentido, Carlos Alberto Bittar escreve que os fios mais relevantes na composição da coletividade são os seus valores (BITTAR FILHO, 1994, p. 6.) e ainda enumera uma série de valores coletivos, como os constantes no art. 1º, I a III, Lei 7347/85, a dignidade nacional e a honra (BITTAR FILHO, 1994, p. 8.).

Esta última possibilidade também se verifica dentro da perspectiva individual, tradicionalmente aceita como uma das formas de lesão a um

direito da personalidade, podendo ser lesionada por uma perspectiva objetiva, isto é, identificando-se a reputação que terceiros (coletividade) dedicam a alguém, ou subjetiva, caracterizada como o juízo valorativo que uma pessoa faz de si mesma (BITTAR FILHO, 1994, p. 8.).

Uma coletividade, portanto, poderá sofrer lesões que afetem a sua honra perante terceiros. Aprofundando, ainda, no que tange à possibilidade de violação injustificável à honra da coletividade, Carlos Bittar leciona que

[...] assim como cada um goza de reputação e respeito no meio em que vive, também a comunidade - agrupamento de pessoas e, portanto, de núcleos de valores - deve ser respeitada nas suas relações com coletividades outras, ou com indivíduos, ou com pessoas jurídicas (honra objetiva); assim como cada homem tem estima de si próprio, também a coletividade apresenta sua auto-estima.

A conclusão deste autor, em síntese, considera que

Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. (BITTAR FILHO, 1994, p. 8.)

Outro ponto apresentado pela jurisprudência acerca dos danos morais individualmente considerados é a de que estes se relacionam a dor ou sofrimento do indivíduo, não podendo, desta forma, serem compreendidos perante uma coletividade.

Esta característica, no entanto, é de difícil respaldo doutrinário. Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por exemplo, manifestam-se no sentido de que dentro da caracterização dos danos morais é desnecessária a constatação de qualquer sentimento de tristeza, prova de dor ou sentimento negativo, classificando estas possibilidades como uma consequência do dano moral, não o objeto necessário para a sua constatação. O dano moral, pelos dizeres dos autores, se configura pela violação a um direito da

personalidade, destacando, ainda, o entendimento de que a prova do dano moral seria *in re ipsa*, isto é, averigada dentro do próprio fato (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 161).

Dado o momento da atual sociedade, é primordial que os conceitos anteriormente utilizados para a compreensão dos danos morais sejam expandidos, para que estes danos podem ser concedidos dentro das ações coletivas *lato sensu*.

A ótica processual a ser adotada para a correta aplicação dos danos morais coletivos

A tutela dos direitos coletivos em sentido *lato* pode ser dividida em três objetos processuais diferentes, quais sejam, (i) os direitos difusos, (ii) os direitos coletivos *stricto sensu* e (iii) os direitos individuais homogêneos.

O presente tópico visa analisar quais as especificidades deverão ser consideradas pelo julgador acerca de cada uma das formas de tutela coletiva, a fim de que se conclua pela viabilidade da compensação à coletividade, ocasionada pela lesão aos valores desta, independentemente da maneira em que o vínculo se constitui.

Direitos difusos e direitos coletivos stricto sensu

A relação que se estabelece entre estas espécies de direito coletivo tange à identificação da transindividualidade, cuja titularidade do direito pertence a uma coletividade de pessoas de forma indivisível, em que o liame é pretérito ao ato lesivo (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, 2017, p. 74). O dano, neste contexto, não é decorrente de uma série de violações individuais, mas ao contrário, decorre da violação a uma entidade coletiva autônoma, afetando simultaneamente o grupo lesado (STIGLITZ, 1996, p. 72).

Ressalvada a diferenciação entre estas, no que tange à relação base existente ser de natureza fática ou jurídica, bem como por se tratar de uma coletividade composta por indivíduos determináveis ou indetermináveis,

é possível a verificação de ambos como pertencentes ao conceito de danos *essencialmente* coletivos (MOREIRA, 1984, p. 195-197)

Pelo analisado anteriormente, não há óbice doutrinário à compreensão de que nestes objetos processuais se verifica a transindividualidade do direito, tampouco de que a titularidade exercida é sobre um objeto indivisível, caracterizando a natureza coletiva. Basta que o julgador, nestes casos, compreenda que os danos morais são efetivas lesões aos valores coletivos ou que a coletividade também é sujeita ao ressarcimento por um ato lesivo à sua honra objetiva, e, preenchido no caso concreto os requisitos de que (i) os limites do fato transgressor ultrapasse os limites da tolerabilidade e (ii) a agressão seja socialmente significativa para que seja concedida a compensação por dano moral coletivo.

Direitos Individuais Homogêneos

Parte da doutrina ainda diverge quanto ao reconhecimento da transindividualidade sobre os direitos individuais homogêneos, algo que dificulta a aplicabilidade do dano moral coletivo, dentro das premissas e conceitos fixados ao longo deste trabalho.

Kazuo Watanabe, por exemplo, concluiu pela ausência de transindividualidade aos direitos individuais homogêneos, ensejando o não cabimento dos danos morais coletivos nesta espécie de tutela.

É praticamente impossível que a tutela de direitos individuais homogêneos seja acompanhada da reparação do dano moral coletivo. Com efeito, se – por definição – os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, que podem ser tratados no processo coletivamente, é certo que o dano – moral e mesmo o material – terá que ser apurado individualmente, enquadrando-se da reparação dos danos pessoais, incluindo os morais.

O autor parte da premissa utilizada pela doutrina que defende que os direitos individuais homogêneos são direitos *acidentalmente* coletivos. Parte-se do pressuposto, de que esta espécie de direito é considerada coletiva por uma mera conveniência processual na aplicação das técnicas

de tutela coletiva, sendo possível, por meio desta, uma economia processual, na medida em que não é inviável que cada um dos indivíduos lesados atomizem a tutela de suas pretensões perante o Poder Judiciário (LEONEL, 2017, p. 116).

No entanto, reconhecer o caráter meramente instrumental à tutela coletiva aos direitos individuais homogêneos, de certa forma nega, primeiramente, a intenção do legislador em conceder a estes um caráter coletivo, depois, características comuns entre este tipo de tutela e os demais objetos processuais coletivos e em terceiro, o fato de que a violação ao direito de uma quantidade significativa de pessoas relacionadas justamente por conta da lesão de seus direitos gere uma comoção e a insatisfação da sociedade em um geral, ultrapassando a esfera privada dos indivíduos.

Acerca do primeiro item, o Código de Defesa do Consumidor, um dos principais integrantes do microsistema de processo coletivo, trouxe especificamente cada uma das espécies processuais coletivas nos incisos de seu artigo 81. Todos eles possuem natureza coletiva e embora cada um possua sua especificidade o legislador as trouxe dentro dos próprios incisos em questão.

No que tange às características comuns entre esta espécie de tutela e as demais, as lições de Hermes Zaneti Júnior e Fredie Didier nos permitem chegar à conclusão de que a tutela dos direitos individuais homogêneos realmente permite a molecularização das pretensões decorrentes de um mesmo fato lesivo, no entanto, a ação que tutela estes direitos visa a fixação de uma tese jurídica geral que beneficie a todos os substituídos, devendo as peculiaridades de cada caso concreto ser dirimidas durante o processo de liquidação da sentença. Assim defendem a indivisibilidade e indisponibilidade dos direitos individuais homogêneos, até o momento de sua liquidação, tornando-se novamente indivisíveis caso a indenização total realmente prestada for inferior à que deveria ter sido, tendo em conta a remota execução individual das vítimas, hipótese em que incidirá a figura do *fluid recovery* (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, 2017, p. 77-78).

Válida ainda a contextualização de Marcelo Abelha acerca do tema, que entende a tutela dos direitos individuais homogêneos, carrega em si características da tutela dos direitos difusos.

Numa sociedade de massa os direitos difusos e individuais homogêneos possuem mais pontos comuns do que divergentes. Não por acaso, como vimos, eles são *transindividuais*.

Pode-se dizer que são pontos de contato entre estas duas modalidades de direito (a) o elevado grau de transindividualidade dos titulares de ambos os direitos (moradores do bairro, consumidores do produto, frequentadores de um local, usuários de um produto, etc.), bem como (b) a ausência ou insignificante vínculo de união entre os titulares dos referidos direitos. (RODRIGUES, 2017, p. 54)

Neste diapasão, tornam-se relevantes duas características principais: (i) a transindividualidade dos direitos tutelados por meio de demandas individuais homogêneas; (ii) a indivisibilidade e indisponibilidade destes direitos, tendo em vista a necessidade de o objeto da sentença emanada no procedimento dos direitos individuais homogêneos ser genérica, fixando-se nesta, desta forma, uma tese jurídica comunicável a todos os lesionados.

Partindo de tais premissas, demonstra-se que as demais características consideradas nas outras espécies dos direitos coletivos *lato senso* para o reconhecimento dos danos morais coletivos se repetem no objeto processual dos direitos individuais homogêneos.

Por fim, a última constatação realizada acima se relaciona à comoção geral da coletividade, mesmo os indivíduos não lesionados pelo evento, que se afetam e indignam, compadecendo-se acerca da lesão decorrente do evento danoso.

Este ponto em muito se relaciona em um dos requisitos tratados pelo voto do Ministro Massami Uyeda, qual seja, que a lesão que agride o patrimônio coletivo seja de tal intensidade e extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável. O fato de o evento causar uma repulsa social que atinja indivíduos além das vítimas diretamente relacionadas ao fato lesivo, na medida em que este viola os valores culturais

de uma determinada coletividade, é a justificativa necessária para que também ocorra o ressarcimento pelos danos morais coletivos ocorridos.

O posicionamento de José Rubens Morato Leite se manifesta na defesa da inviabilidade da desconexão entre o social do individual, assim, uma violação de perspectiva difusa, gera também uma lesão singular, atingindo a pessoa dentro do seu *status* de membro da coletividade (LEITE, 2000, p. 298). Viável, portanto, o reconhecimento do inverso. Isto é, se uma lesão à coletividade afeta cada indivíduo em sua quota-parte, deve-se concluir que uma violação de direitos individuais de forma ampla e difundida, como ocorre nos direitos individuais homogêneos, também seria ensejadora de uma afetação da coletividade.

A viabilidade do reconhecimento dos danos morais coletivos aos direitos individuais homogêneos insere-se devido ao fato de que nesta espécie de tutela a sentença genérica concedida reconhecerá “a) se é devido (*na debeatur*); b) o que é devido (*quid debeat*); c) quem deve (*quis debeat*)” (DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, 2017, p. 82) podendo, neste capítulo, ser executada por cada um dos indivíduos. No entanto, poderá haver outro capítulo destinado ao reconhecimento dos danos morais coletivos, podendo este ser executado por qualquer um dos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, assim como se perfaz o regramento acerca do instituto da *fluid recovery*, trazido pelo artigo 100 deste mesmo código.

Por fim, quanto ao produto decorrente da condenação, diferentemente do que ocorreria em uma ação individual, ou mesmo no caso do pleito realizado de forma individual homogênea, em que a indenização percebida se reverteria em prol dos indivíduos lesados, nos danos morais coletivos, ante à indivisibilidade do objeto, o valor recebido pela compensação se destinará a um fundo. Este fundo, no entanto, não deve ser entendido de forma estrita ao que se determina pelo artigo 13 da Lei 7.347/85, mas sim como uma destinação a ser analisada caso a caso, viabilizando uma melhor tutela àquela coletividade lesada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora não haja dispositivos constitucionais positivando expressamente a possibilidade do reconhecimento dos danos morais coletivos, pudemos verificar que esta norma se encontra amparada pelo ordenamento pelo artigo 1º, *caput* da Lei 7.347/85 e pelo artigo 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor.

Em corroboração à determinação legislativa, estes danos devem ser compreendidos como lesões à coletividade a violação a seus valores culturais, dando ensejo, desde que socialmente relevantes e que ultrapasse os limites de tolerabilidade, à compensação por danos morais, em sua perspectiva coletiva.

Acerca da aplicabilidade deste conceito, entendemos que deverá incidir sobre todas as espécies dos direitos coletivos *lato sensu*, na medida em que possuem as características necessárias a esta concessão, quais sejam a transindividualidade do objeto, bem como a tutela de direitos indivisíveis e indisponíveis, embora cada um dentro de suas especificações.

REFERÊNCIAS

- ALSINA, Jorge Bustamante. El Daño Moral Colectivo Es Daño Jurídico Resarcible. Buenos Aires: La Ley, 1998. p. 1033 e ss.
- BIERNFELD, Dionísio Renz. Dano moral ou extrapatrimonial ambiental. São Paulo: LTr, 2009.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, n. 25, 1994.
- BRASIL. Lei 8.078, de 12 de set. de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Brasília. 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.221.756 - RJ. Recorrente: Banco Itaú Unibanco S/A Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Relator: Ministro Massami Uyeda.

- Brasília, 02 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/>>. Acesso em: 14/05/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.397.870 - MG. Recorrente: TIM CELULAR S/A Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 02 de Dezembro de 2014. Disponível em: (<https://ww2.stj.jus.br/>). Acesso em: 14/05/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 598.281 - MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais Recorrido: Município de Uberlândia Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 02 de Maio de 2006. Disponível em: (https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1298448&num_registro=200301786299&data=20060601&tipo=3&formato=PDF). Acesso em: 14/05/2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. v. 4.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: Parte geral e LINDB. 13 ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Atlas, 2015. v. 4.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119).
- KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado; tradução Luís Carlos Borges. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. (Justiça e Direito).
- LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MARTINS, António Payan. Class actions em Portugal? Para uma análise da Lei 83/95, de 31 de agosto Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular. Lisboa: Cosmo. 1999, p. 101-128

- PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_arti%20gos_leitura&artigo_id=11307&revista_caderno=7>. Acesso em maio 2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da Tutela Coletiva*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.
- STIGLITZ, Gabriel A. Dano moral individual y colectivo: medioambiente, consumidor y danosidad colectiva. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 19. São Paulo: Ed. RT, jul.- set. 1996. p. 68-76.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- ZANETI JUNIOR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: DIDIER JÚNIOR, Freddie (Coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2016.v. 8. p. 23-49.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo - Tutela e Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 7a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 32, n. 127, jul./set. 1995. p. 83-96.

A TECNOLOGIA A FAVOR DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO USO DO “QR CODE” EM PETIÇÕES E DE DECISÕES FUNDAMENTADAS NO CONTEÚDO VIRTUAL

João Victor Augusto Caetano de Carvalho¹
Ludmila Breder Furtado Campos²
Fernanda Franklin Seixas Arakaki³

INTRODUÇÃO

A tecnologia, há tempos, já deixou de ser novidade e alçou patamar de ferramenta necessária no cotidiano das pessoas. Não por um acaso, a sua inserção nos procedimentos judiciais, deu-se sob justificativa e intento no auxílio e emprego de atos mais céleres e eficientes. Nesse sentido, o artigo em questão analisará a utilização do “QR CODE” em peças processuais e como essa tecnologia pode auxiliar na informação contida no ambiente virtual e no próprio acesso à justiça, principalmente ao tratar de tutelas antecipadas ou em decisões de saneamento do feito.

O procedimento judicial, não pode ficar inerte ao acesso do uso das novas tecnologias, mas, ao mesmo tempo, precisa se cercar de garantias e limites que fomentem o uso adequado das vias auxiliares para não se perder em modismos tecnológicos. Assim, a tecnologia deve ser uma grande parceira para as partes e demais profissionais que trabalham em prol do bom andamento processual.

¹ Graduando em Direito na FACIG. E-mail: joaovictorroccfm@gmail.com.

² Mestre em Informática pela PUC MINAS, professora da FACIG. E-mail: ludimilabreder@gmail.com.

³ Doutoranda pelo PPGDIN na UFF, professora da FACIG. E-mail: fernandafranklinseixas@gmail.com.

Há algum tempo, a doutrina vem direcionando a informatização do processo como elemento impreterível para promoção e melhoria da efetividade prestação jurisdicional. O Direito requereu adequar-se a essa nova realidade, evidenciado pela informatização digital e virtual. Dessa forma, essa iniciativa importa em um número de possibilidades e questionamentos para o emprego judicial do “QR CODE”, especialmente em petições, como importante instrumento de acesso à justiça a partir do ponto de vista processual.

Não obstante, deve-se destacar, a importância dos recursos acessíveis em redes cibernéticas tendo como foco, nesta pesquisa, o “QR CODE”, haja vista a necessidade do uso gradativo e seguro dos mesmos, tanto para difundir informações processuais, com eficiência e rapidez, quanto para proporcionar a comunicação e transparência entre pares ou entre diferentes segmentos que compõe as áreas do Direito, assim como no uso dessa tecnologia como um importante instrumento de acessibilidade à justiça.

Assim, o presente trabalho, que pretende adotar como roteiro a explanação discursiva, a partir de uma pesquisa de caráter bibliográfica, de abordagem qualitativa, cujo método será o hermenêutico, analisará o aplicativo de celular “QR CODE” objetivando demonstrar a importância desse instrumento, ao acesso à justiça e como propagador de informações processuais, de maneira mais rápida, eficiente e segura. Para tanto, esta pesquisa propõe demonstrar as possíveis transformações necessárias ao Processo Judicial, com enfoque ao Processo Civil, que poderão ocorrer com a utilização dos meios eletrônicos proporcionados pela evolução tecnológica, na solução dos conflitos tanto judiciais.

METODOLOGIA

A pesquisa adotará o roteiro discursivo-explanatório, a partir de uma pesquisa de caráter bibliográfica, com revisão integrativa de literatura, na qual se pautou nas idéias/proposições de autores supracitados, ARNAUD

(1999) e CASTELLS (2006), analisando criticamente, a partir do método hermenêutico, o direito e suas relações com as novas tecnologias de informação, principalmente, no que concerne a visão processual, diante do atual ordenamento jurídico brasileiro.

A DIMENSÃO JURÍDICA DA GLOBALIZAÇÃO DIGITAL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

O prodígio da globalização ultrapassa o âmbito meramente econômico, atingindo uma infinidade de ramos da sociedade contemporânea. A globalização é motivo de discussão nos maiores debates da modernidade apresentando uma série de dimensões e consequências, políticas, culturais, econômicas e principalmente jurídicas. Com a emergência deste fenômeno e, conseqüentemente, com a fissura das fronteiras estatais, efeito dos significativos avanços tecnológicos nos meios de comunicação e de transportes, bem como nas áreas das telecomunicações e da informática, os fluxos transnacionais de informações, serviços, mercadorias, capitais e pessoas se intensificaram de forma irrefreável (ARNAUD, 1999, p. 18-19).

A globalização e o crescimento tecnológico na sociedade contemporânea, processo irreparável que permite maior facilidade de transmissão de conteúdo, busca de conhecimento, bem como o deslocamento rápido, barato e maciço de mercadorias, serviços, capitais, têm ocasionado profundas transformações na sociedade. O emprego das novas ferramentas tecnológicas tem como objetivo atingir maior aplicabilidade da prestação jurisdicional, sendo que tal modernização deve abarcar não só a Lei, mas também toda a infraestrutura dos órgãos judiciários.

Portanto, o desdobramento do fenômeno da globalização, possibilitou que novas técnicas de inteligência pudessem se expressar, ocasionando seu reflexo no campo do direito. Esse prodígio faz com que as empresas transnacionais se movam reiteradamente, instalando suas sedes e subsidiárias em diversos Estados e localidades diversas.

Não é atoa que Arnaud chama à atenção para “as próprias profissões jurídicas tendem a se transformar profundamente” por conta do fenômeno da globalização (ARNAUD, 1999, p. 19). O progresso tecnológico alcança os níveis mais basilares da sociedade reproduzindo de forma efetiva reflexos no Direito. Desse modo, Zamur Filho (2011, p. 35) aponta que “a jurisdição quando exercida por meios eletrônicos terá outra configuração, com maior aptidão à cooperação judicial e Interjurisdicional, uma vez que o princípio da territorialidade é mitigado pela desterritorialização própria do ciberespaço”.

O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO NA ÁREA DO DIREITO

No que concerne à comunicação científica tradicional, Mueller (2000, p. 29) recorda que a demanda da informação é na maioria das vezes exercido através de um modelo, fazendo menção ao “*Modelo Tradicional da Comunicação Científica*” concebido por Garvey e Griffith (1972), como:

Todo espectro de atividades associadas com a produção, disseminação e uso da informação, desde a busca de uma ideia para pesquisa, até a aceitação da informação sobre os resultados dessa pesquisa como componente do conhecimento científico (GARVEY; GRIFFITH, 1979, p. 299).

A autora destaca que o fluxo nele ostentado segue uma linha temporal que, provindo do início de uma pesquisa chega até à exposição de seus resultados em fontes de informação terciárias e citação na literatura, bem como a sua compactação na forma de materiais mais didáticos, manuais e enciclopédias, visando à sua difusão para um público mais vasto.

A inovação se opõe ao “*status quo*”. No ambiente jurídico, o ortodoxo é a regra. As transformações sofrem grande rejeição. É uma resistência natural, porque propõe um desconforto para os que correntemente trabalham com ferramentas muito conhecidas, notadamente o papel e as

formas constituídas a partir desse pressuposto. Os textos legislativos, a exemplo do Código de Processo Civil de 2015 (lei 13.105/2015), contêm regras que pressupõem o processo tradicional, a exemplo de intimações através do edital ou por carta precatória⁴ em forma de ofício físico.

Nas palavras de Monteiro Filho (2006):

A informática, portanto, é hoje a nossa maior aliada: remove dos nossos hábitos a reverência às praxes burocráticas, ao papel, ao carimbo e a tudo o que representa a lentidão administrativa, imprime celeridade à nossa missão e nos conduz a uma posição de destaque na chamada “era digital” (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 2)

Seja qual for a raiz utilizada, a evolução dos sistemas jurídicos ocorre principalmente por causa das transformações sociais em cada período histórico. Diversos aspectos contribuem na evolução do Direito no decorrer do tempo. Principalmente a conversão dos costumes e as novas premissas de vida propostas. Essa assertiva tem validade restrita em países que têm como base primordial normas de influência religiosa onde as mudanças são muito mais vagarosas e controladas.

No tocante ao avanço das redes e informação e das tecnologias de modo geral na sociedade, é preciso entender que há influência desses novos meios no ambiente público. Anteriormente esse espaço era influenciado pela política e pela imprensa escrita (principalmente os jornais), ao passo que, após essa disseminação tecnológica, as formas de comunicação e relacionamento sofreram significativas mudanças, surgindo o papel do espaço virtual. Esse novo ambiente propiciou o acesso à informação de modo jamais visto anteriormente.

A importância das novas tecnologias pode ser detectada em outras áreas, como no comércio nacional e internacional, educação, com o

⁴ Art. 260 São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória:

I – a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato;

II – o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado;

III – a menção do ato processual que lhe constitui o objeto;

IV – o encerramento com a assinatura do juiz.

desenvolvimento educação à distância, tele presencial etc. Dessa forma, para atingirmos a excelência na prestação da atividade jurisdicional através de meios eletrônicos, devemos evoluir na pesquisa para maior entendimento a esse “*território virtual*”, considerando as consequências dessas novas práticas nas relações processuais e nos sujeitos que as integram.

Hodiernamente, quiçá constrangido pelo intimidante desenvolvimento tecnológico, o ambiente jurídico passou a “*aceitar*” o uso desses recursos, como o uso de videoconferência para depoimento das partes e oitivas de testemunhas, a apresentação de processos em meio eletrônico, bem como o uso até mesmo do QR Code. De forma ainda acanhada, aparentemente a evolução tecnológica começa a acelerar o desenvolvimento do sistema jurídico corrente. Somente para estimar, de maneira parcial, a demora com que o direito acolhe a tecnologia para facilitar seus processos. Vale destacar que tramita no congresso desde 2001 o projeto de lei n. 5.828, que dispõe sobre o funcionamento dos processos judiciais de forma eletrônica.

Nesse sentido, a fomento destas afirmações o pensamento favorável, de Mário Ferreira Neto, sobre implantação das novas Tecnologias no meio jurídico a partir do processo eletrônico:

O processo digital vislumbra a possibilidade de tornar a Justiça brasileira mais célere e uma nova era no poder mais formal da União, Estados e Municípios. A evolução representa maior velocidade e maior segurança na tramitação dos processos eletrônicos, vantagem para o cidadão e para os operadores do direito. No contexto mundial não podemos ficar à margem das possibilidades da utilização da informática, bem como não se pode desdenhá-las, urge que lancemos mão de tais recursos para interrompermos o paradigma da Justiça arcaica e ineficiente (FERREIRA NETO, 2013, p. 16).

No intuito de pôr em prática os princípios essenciais do processo, como a celeridade, a economia dentre outros, a EC n.º45 estabelece no artigo 93, inciso XV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988)⁵. A Emenda

⁵ EC 45 CF/88 Art.93,XV “a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.”

em questão pretende por fim na morosidade das ações no judiciário. No entanto, para que isso ocorra, faz-se imperativa uma reforma das leis processuais e da organização administrativa do Poder Judiciário. Não obstante, os Poderes, Executivo e Legislativo devem atentar-se quanto às suas responsabilidades na atual morosidade da prestação jurisdicional. Caso contrário, as referidas disposições disporão tão-somente do caráter principiológico, nada de novo trazendo ao jurisdicionado (RODRIGUES, 2009, p. 2).

Convém destacar, a crítica formada no que tange à falta de padronização e interação entre os diversos sistemas de tramitação de processo eletrônico, sendo um dos pontos primordiais de resistência dos operadores do direito. Pode-se presumir que estamos avançando no sentido de uma padronização, porém, para que isso ocorra, os inúmeros órgãos e poderes deverão cooperar. Se avaliarmos a partir de uma visão ampla e otimista, nos cabe vislumbrar no futuro (ainda que distante) uma conexão, entre os processos eletrônicos judiciais em âmbito internacional, facilitando as atividades processuais no que concerne às cartas rogatórias e precatórias por exemplo.

Ainda que as novidades dos meios de comunicação criados pelas novas tecnologias de informação sejam motivadoras do ritmo acelerado das mudanças no universo jurídico, Meadows (1999, p. 245) preleciona que:

[...] as características básicas dos pesquisadores e de sua comunidade mudam lentamente” também que eles trabalham, muitas vezes de modo inconsciente, com base nas práticas instituídas da comunidade científica, determinadas por sua história e suas normas sociais (MEADOWS 1999, p. 245).

Com isso, torna-se inequívoco que as novas tecnologias de comunicação e informação geram impactos no Direito, no ordenamento jurídico, na vida dos profissionais e na própria formação dos juristas. Em consequente, deve-se observar como esses impactos interpostos pela tecnologia atingem a prestação do serviço público de justiça. Nessa esteira, deve-se avaliar que essas transformações, seja no Direito ou nas

projeções jurídicas de modo mais evidenciado, constituem-se enquanto “atores frequentes” nos Tribunais, e produzem demandas “hiperlegalizadas”, exigindo uma vasta especialização, além de incentivarem “a erupção da competição, jurisdição e procedimentalização virtualmente de todos os setores organizados da sociedade” (OLGIATI, 1998, p. 100-101).

UTILIZAÇÃO DO QR CODE COMO FERRAMENTA DO DIREITO

O Direito evoluiu e com isso surgiram novas tecnologias em auxílio da efetivação da aplicação do direito e promover a justiça, principalmente, na eficiência do processo como conhecemos. Nesse sentido o QR Code, nasce na busca de promover o acesso à justiça de forma mais célere e eficiente.

Nesse sentido, também surge no ordenamento jurídico brasileiro a lei 11.419 de dezembro de 2006 objetivando regulamentar a aplicação do processo judicial eletrônico no Brasil, abrindo as portas para o uso das novas tecnologias de informação, para o benefício da justiça e facilitar a prática do direito no dia a dia dos sujeitos processuais. A criação da referida lei foi fundamental para o desenvolvimento de novas tecnologias e ferramentas que visam auxiliar os operadores do direito.

O aplicativo “QUICK RESPONSE CODE”

O aplicativo QR Code foi desenvolvido no ano de 1994, no Japão, pela empresa japonesa Denso Wave, uma produtora mundial de equipamentos para veículos automotivos. O intuito precípua era de se desenvolver um código bidimensional, que pudesse ser celeremente interpretado por um instrumento de leitura, para que dessa forma pudesse cadastrar e classificar os componentes automotivos fabricados pela empresa. A denominação QR (Quick Response) traduzido para o português o significado é “*resposta rápida*” ao qual simboliza o conceito de desenvolvimento para o código, cujo âmagô foi proposto na leitura de alta velocidade.

O código proporciona uma leitura dos dados independente da direção entre os 360°, por meio do padrão de detecção da posição encontrada nos três cantos de cada desenho QR Code (Soon, 2008, p. 59). A legível leitura em diversas direções permite uma leitura muito mais eficaz dos dados (Soon, 2008, p. 59). O QR Code propicia a fragmentação dos elementos em múltiplas áreas, depositando o conteúdo informativo num símbolo simples reformado.

No ano de 2002, foram criados os telefones móveis com funcionalidade que permitia a leitura de QR Code, o que estimulou e espalhou a aplicação do código atendendo o público em geral, especialmente no Japão. Esta função dos telemóveis proporcionou convenientemente o aumento da popularidade do código entre o público em geral, visto que permitia o acesso fácil a *websites* e outros conteúdos online (Denso Wave, 2014). Outro ponto que contribuiu para disseminação do uso do código foi a decisão da empresa em fazer a liberação do QR Code para uso público, sendo dessa forma, disponibilizado para todas as pessoas usá-lo livremente.

Com o advento da tecnologia, os smartphones, tablets e a disseminação da Internet móvel, os QR Codes são na maioria das vezes utilizados para ações de marketing. Com intuito de comunicar o mundo físico ao mundo digital, os códigos bidimensionais tornam-se eficazes na promoção interativa de produtos e marcas ao lado dos utilizadores de dispositivos eletrônicos móveis (SECRET, 2017).

Legalidades do Aplicativo QR CODE e a sua Aplicabilidade no Exercício do Direito

Como já aludido, o emprego dos meios de informação e comunicação com respostas rápidas é primordial para o ser humano na atualidade. Todos os dias surgem novas ferramentas voltadas para a comunicação e informação, vale ressaltar que o QR Code como um transmissor de informações rápidas e de fácil acesso. Para ler os dados contidos no código, basta direcionar a câmera de um smartphone que contenha instalado um

leitor de QR Code para que a informação surja instantaneamente na tela do celular.

O direito, a seu ritmo, tem se modernizado e a atividade contenciosa também. A sistematização digital de ações judiciais pode acontecer total ou parcialmente. Isso indica que todo Processo pode ser totalmente digital, de forma que, os documentos das peças judiciais, as provas e demais atos judiciais podem ser totalmente virtuais sem o uso de papéis. No entanto isso ainda não é uma realidade, dessa forma, na busca de uma melhor interação entre o processo físico e o digital surge o uso do código bidimensional nos autos do processo na forma de petições ou sentenças, no intuito de trazer celeridade e efetividade nos atos processuais das partes e do magistrado.

O CNJ argumenta que é inaceitável que a falta de padronização da justiça traga prejuízo ao acesso simplificado e transparente de informações aos advogados e as partes do processo. Desse modo, ainda que a padronização integral do curso processual eletrônico, seja uma questão difícil (sendo desenvolvida a anos pelo CNJ via PJe), é possível abstraí-lo a população via tecnologia QR Code, agregando a forma de ter acesso a qualquer processo, e desse modo, oportunizando ao cidadão comum gerência sobre seus processos, automação de atividades, organização em ampla riqueza de detalhes com apenas um clique de seu celular (escanear o código).

A Tecnologia da Informação transformou, e vem assustadoramente transformando a sociedade. A economia encontra-se na denominada Era da Informação. As máquinas informatizadas são utilizadas tanto por pessoas físicas quanto por pessoas jurídicas. Atualmente, elas estão espalhadas em empresas, em escolas, em clubes, por exemplo. Essa nova tecnologia criou a maior rede de comunicação do planeta: a Internet, onde acontece a denominada comunicação virtual.

A resistência que ainda existe sobre o novo vai, aos poucos, diminuindo força, sobrepujando a maior opacidade de outrora. Pode-se observar e perceber que a legislação inicialmente não atende às exigências da população com elevado grau de efetividade. A lei é a abstração dos casos concretos que se repetem cotidianamente. A invariabilidade fática

revela a necessidade de sintetizar um enunciado, para resolver casos posteriormente. Antes da forma legal, entretanto, o sistema jurídico se vale de uma técnica denominada interpretação progressiva, uma vez pautada no art. 3.º do CPP “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (LGL, 1941, p. 8).

Recentemente, ocorreu no mundo jurídico o evento, em que um advogado utilizou do QR Code em uma peça processual, com um link o direcionando para um vídeo explicativo da petição produzido pelo próprio advogado signatário. A iniciativa advogado, ousada e criativa, provocou vários questionamentos nos meios jurídicos e abriu nova posição para a prática postulatória e se mostrou capaz de motivar a transformação de alguns paradigmas procedimentais tradicionais.

É importante destacar que a utilização do QR Code não fere a legislação e pode ser utilizado abundantemente pelo operador do direito. Isso se deve, visto que, o novo Código de Processo Civil no que concerne ao artigo 188, expõe que os atos e termos processuais independem de forma determinada. Nesse sentido, são válidos todos os atos processuais que, independentemente da forma como são praticados, preenchem uma finalidade essencial. A expectativa é que mais escritórios passem a utilizar o aplicativo, já que o recurso também facilita a rotina dos operadores. Como o deslocamento para despachar, protocolar e demais diligências, acaba sendo desnecessário, o advogado não perde tempo e passa a focar no que realmente é importante para o escritório, o sucesso de seus clientes.

A fim de que isso seja atingido, é imprescindível que a técnica processual seja revista, e que seja possível moldá-la à nova realidade. Uma vez que o Processo Civil ainda é envolvido de grande formalidade. Para Dinamarco, os colaboradores da justiça deveriam praticar somente atos meramente ordinatórios. Diversamente de José Carlos Barbosa Moreira que não concorda, e afirma que as técnicas processuais são imprescindíveis.

O futuro do direito é o aproveitamento dos meios info digitais, da Telemática e da automação, através de ferramentas digitais e eletrônicas, para diminuir as tarefas e dar eficiência à evolução de processos judiciais,

na formação da pacificação social. Isso já caminha para uma realidade bem próxima.

Aplicação do QR CODE em Favorecimento da Celeridade dos Órgãos da Justiça

O aplicativo QR Code é uma das tecnologias amparadas pelas ações de mobile marketing (Copetti&Ghisleni, 2012, p. 2). Todavia, e como já demonstrado anteriormente, só no ano de 2002, surgiram os telemóveis e porventura os celulares com a funcionalidade de scanner de QR Code, o que impulsionou e difundiu a aplicação deste código por parte do público em geral, principalmente no Japão (Denso Wave, 2013).

A utilização do QR Code está presente em diversas áreas, propiciando a todas as pessoas acesso rápido aos conteúdos e aos mais diversos tipos de serviços. Algumas hipóteses sobre a aplicabilidade deste leitor de códigos se dá com exemplo nas pesquisas científicas, sentenças judiciais, boletins de urna do , entre outros. Desse modo, o aplicativo é definido como um instrumento para beneficiar os operadores do direito no processo de transmitir e mediar às informações nos processos e atos judiciais de forma interativa, célere e efetiva.

Já é uma realidade no Brasil documentos oficiais digitais, que por sua vez fazem uso do QR CODE, na forma de aplicativos para smartphones e outros. O uso de aplicativos pode facilitar o acesso à justiça, bem como o acesso ao processo. Ele pode efetivar inúmeros princípios processuais entre eles: a celeridade, publicidade, acesso à justiça, etc. Essa aplicação já alcançou alguns órgãos especialmente da justiça, como a Justiça Eleitoral, a Defensoria Pública, o CNJ, além de facilitar o exercício profissional dos advogados como visto anteriormente.

Para o TSE (Tribunal Superior Eleitoral), o aumento da segurança fornecida pelo método biométrico de identificação⁶, e recentemente

⁶ O Programa de identificação biométrica do eleitor. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/recadastramento-biometrico/programa-de-identificacao-biometrica-do-eleitor>. Acesso em 06/06/2018.

pelo título eleitoral digital (E-título) dos eleitores, promoverá um pleito eleitoral realmente democrático e mais acessível. Por esse motivo a Justiça Eleitoral por meio de seus órgãos, têm buscado se atualizar e permanecer a par das novas tecnologias que possam trazer melhorias e mais eficiência ao processo eleitoral.

O aumento da segurança apresentado pela identificação biométrica traduz-se na impossibilidade de um indivíduo se passar por outro, pois se trata de dados personalíssimos que não se repetem na população. E o QR CODE tem acelerado o processo de contagem dos votos em todo o País, um processo que demorava dias agora acontece em poucas horas.

A inovação usada pela Justiça Eleitoral demonstrou êxito e provocou a curiosidade dos outros órgãos da justiça. A Defensoria Pública de Rondônia, como outras espalhadas pelo País decidiu providenciar, por meio da Divisão de Tecnologia da Informação, o acesso ao recurso de QR Code a todos os Defensores Públicos. “É mais um recurso, de suma importância, que dá efetividade ao trabalho da Defensoria Pública, funcionando como mais uma via de acesso à justiça pela população carente”, comenta o Defensor Público-Geral, Marcus Edson de Lim⁷.

Independentemente do modelo do número processual, do sistema em vigor, para consultá-lo ou o Tribunal que administre, a centralização da geração do QR Code seria efetivo para facilitar a forma de consulta e acompanhamento de andamento de qualquer processo em qualquer instância e Tribunal no Brasil, atuando de forma contingente ao PJe por ser um instrumento dedicado ao cidadão e proporcionando a partir disso inúmeros benefícios.

O déficit da padronização dos órgãos justiça brasileira em todos os âmbitos da manipulação eletrônica processual põe em perigo o direito de advogados e cidadãos quanto ao acesso absoluto, descomplicado e objetivo em consultar e acompanhar seus processos regido pelo art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Hodiernamente, esse direito procede forma confusa, disseminada entre diversos sites, e diversos padrões alfanuméricos para

7 Cf. <http://www.tudorondonia.com.br/noticias/qr-code-e-o-mais-novo-recurso-utilizado-em-aco-es-da-defensoria-publica-de-rondonia,6815.shtml> acesso em 06/06/2018.

consulta processual. A dificuldade em administrá-los é tamanha que é no mínimo ingênuo acreditar na eficiência do formato em vigor.

CONCLUSÃO

O sistema processual brasileiro deve estar alinhado a um verdadeiro Estado Democrático de direito, tornando viável, dentre outros direitos, o acesso à justiça. Para tanto, é essencial a compreensão do que é a sociedade tecnológica contemporânea numa visão econômica e social, avaliando as revoluções tecnológicas, suas consequências práticas a população e, quais os instrumentos tecnológicos que melhor favorecem o acesso à justiça

Dessa forma, é possível verificar que as novas tecnologias de informação e comunicação, incluindo o QR CODE, nada mais são do que a democratização do exercício da atividade jurisdicional, ampliado o acesso à Justiça e tornando-a mais célere e efetiva. Nesse sentido, a lei 11.419/2006 delinea a estrutura o sistema processual de acordo com os recursos tecnológicos, corroborando com as diretrizes do código de processo civil, lei 13.105/2015. Porém, ainda é necessário a adequação técnica dessa transformação na prática, que envolvem diversos sujeitos, e não apenas os operadores do direitos e os sujeitos processuais, mas a população em geral, fazendo do QR CODE uma ferramenta de acesso realmente eficaz e célere no processo judicial eletrônico, vez que para sua utilização basta um programa bem simples de leitor do QR CODE instalado em qualquer *smart fone*, democratizando o acesso à justiça.

Assim, a utilização do QR CODE no sistema processual eletrônico, mostra-se cada vez mais adequado e eficiente aos fluxos processuais e tecnológicos configuráveis no Modelo Nacional de Interoperabilidade, cada vez mais estratégico dinamizando o exercício da atividade jurisdicional e da própria democracia, instrumentalizando e desformalizando o sistema processual e o próprio acesso à justiça, direito humano e fundamentais ao completo exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. (Orgs.). A sociedade em rede: do conhecimento à política. Brasília: Imprensa Nacional; casa da moeda, 2006, p. 17-29.
- BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 07/06/2018.
- FERREIRA NETO, Mário. Virtualização do processo – vantagens e desvantagens. Disponível em www.webartigos.com/artigos. Acesso em 19 de agosto de 2017.
- GARVEY, W. D. Communication: essence of science; facilitating information exchange among librarians, scientists, engineers and students. Oxford: Pergamon Press, 1979. _____;
- GRIFFITH, B.C. Communication and information processing within scientific disciplines: empirical findings for psychology. Information Storage and Retrieval, v.8, p. 123-126, 1972.
- McLUHAN, Marshall. Os meios de comunicação como extensões do homem. Tradução Decio Pignatari. 14 ed. São Paulo: Cultrix 1998.
- MEADOWS, A. J. A comunicação científica. Brasília: Briquet de Lemos Livros, 1999.
- MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. Pronunciamento do Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho, pronunciamento no CONIP Judiciário 2006. Disponível em: http://ww2.conip.com.br/judiciario2006/pr_raphaeldebarros.php . Acesso em: 07 de jun 2018.
- MUELLER, Suzana P. M. A Ciência, o sistema de comunicação científica e a literatura científica. In: CAMPELLO, B. S.; CENDÓN, B. V.;

KREMER, J.M. (Org.). Fontes de informação para pesquisadores e profissionais. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 21- 34

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo (Fundamental Right and the Reasonable Duration of the Process). Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 33, dezembro. 2009. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60310/Direito_fundamental_dura%C3%A7%C3%A3o_rodriques.pdf. Acesso em: 07. jun. 2018.

A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EM JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS*

João Guilherme Gualberto Torres¹

Thaila Fernandes da Silva²

INTRODUÇÃO

A árdua tarefa do cientista consiste, em primeiro lugar, em se dar conta do paradigma no qual se encontra inserido e dentro do qual emite atos de fala. Nesse paradigma, ele propicia o surgimento de uma visão de mundo (*Weltanschauung*) e coordena suas impressões sobre algo; revela ao interlocutor a forma como enxerga seu objeto de estudo, como percebe o fenômeno jurídico (MAIA, 2008, p. 8).

Com efeito, o cientista da Ciência Jurídica habita um contexto dentro do qual e por meio do qual pode interpretar. Estabelecer o paradigma torna-se imprescindível para fixar o *locus* de fala, superar paradigmas predecessores e selecionar o que do mundo importa (STRECK, 2014a, p. 142).

Não se pode olvidar, destarte, que a Constituição de 1988 inaugura o paradigma do Estado Democrático Constitucional, apresentando-se este como um *plus* normativo em relação aos modelos Liberal e Social predecessores (STREK; MORAIS, 2003, p. 93), pelo que consolida a autonomia do indivíduo, amplia o catálogo de direitos fundamentais, funda as liberdades públicas, incorpora avanços sociais e explicita valores da ordem democrática (ZANETI JR., 2017, p. 212).

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. E-mail: joaogtorres@hotmail.com.

² Aluna especial do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada. E-mail: thailafs@hotmail.com.

A par disso, é preciso revelar a Constituição como norma jurídica superior, no sistema jurídico, condicionante da interpretação dos enunciados prescritivos infraconstitucionais, a partir dos quais serão construídas as normas jurídicas. É na Constituição (norma jurídica) que as demais normas jurídicas do sistema de direito positivo haurem seu fundamento de validade e somente assim incorporam a tradição que torna possível a consolidação das conquistas sociais e a positivação de direitos fundamentais, ao cabo, da cognominada, por Luigi Ferrajoli, “democracia constitucional” (FERRAJOLI, 2015).

Significa afirmar que o processo (civil, penal, administrativo etc), plexo de normas jurídicas construídas a partir de enunciados dispostos nos documentos normativos (por exemplo, códigos), deve atender aos fins constitucionais, conformar-se aos valores constitucionalmente postos, sob pena de se tornar arbitrário. Desvencilhar a interpretação da “legislação ordinária” do contexto paradigmático constitucional é ensejar a denegação de direitos (STRECK, 2014b, pp. 38-39).

Ressalte-se, desde logo, que “processo civil” e “processo penal” são categorias dogmáticas inerentes à Ciência Jurídica para melhor compreender o objeto selecionado. Em rigor, há normas jurídicas atinentes à consecução de atos, inteligida como processo, mas que não se diferenciam, senão dogmaticamente, entre civil e penal.

De modo peculiar, porém, desponta o “processo civil” como “coração do direito processual” (MERRYMAN, 1980, p. 191), posto que os demais ramos do direito processual, por assim dizer, presumidamente incompletos, entre os quais se destaca o processo penal, abeberam-se na fonte do processo civil (Direito processual comum), o qual, a seu turno, serve de fonte subsidiária, supletiva e residual (ZANETI, 2017, p. 415).

Isto é, o labor legislativo empregado para a construção de enunciados prescritivos relacionados ao “processo civil” recebeu maior esmero se comparado à disciplina jurídica das demais searas processuais. Com isso, historicamente, a Ciência do Direito Processual Penal investigou os enunciados do processo civil para construir normas jurídicas processuais penais. Repita-se, pelo simples fato de que o

Código de Processo Civil sempre se apresentou “emancipado” em relação ao Código de Processo Penal.

Sucedee, contudo, que a importação da disciplina de determinado instituto, tratado no Código de Processo Civil, pela dogmática processual penal, não se dá sem maiores dificuldades. Eis precisamente o caso do sistema de precedentes.

Ainda que, é fato notório, o Código de Processo Penal não traga enunciados conducentes a um sistema de precedentes, a utilização do processo civil, neste particular, impõe maior atenção. Daí porquanto o estudo que segue pretende não apresentar respostas ao leitor, senão questionar sobre as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema e de que modo a utilização do sistema havido no processo civil viola, ao cabo, o processo penal, interpretado à luz da Constituição.

As idiossincrasias do processo penal, voltado à tutela da liberdade, não podem ser olvidadas, tampouco se revela possível a indiferença no aporte da disciplina de um processo civil que cuida de bens jurídicos, em regra, menos relevantes.

O SISTEMA DE PRECEDENTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A (IN)SUFICIENTE APLICAÇÃO AO PROCESSO PENAL

A formulação e a vinculação do precedente estão intimamente ligadas à atividade interpretativa do direito positivo desempenhada pelos tribunais, cabendo a estes o “explorar os significados possíveis do direito” (MITIDIERO, 2017), mas também de uniformizá-los pela própria interpretação, reconstruindo sentido a ser aplicado a casos semelhantes e futuros.

A universalização proposta pelo sistema de precedentes judiciais vinculantes pretende promover reforço de garantias processuais constitucionais, assegurando a igualdade, a redução de arbitrariedade e a segurança jurídica ao jurisdicionado, enfim, realizando os princípios constitucionais.

Inegável que essas garantias processuais mostram-se extremamente necessárias em qualquer processo e ganharam ainda maior relevância com a carga valorativa inspiradora do Código de Processo Civil, adequado à norma superior que fundamenta sua validade. Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 insere o processo civil no contexto do Estado Democrático Constitucional (MAZZEI, 2015, p. 61) ao tornar seus enunciados permeáveis à construção histórica vazada na Constituição.

Muito dos princípios enaltecidos na codificação, não se relega ao obívio, já encontravam caro assento constitucional, perfazendo o que se ouso denominar devido processo constitucional, com todos os seus consectários (CÂMARA, 2015), realçando o caráter supremo da Constituição.

De todo modo, reconhece-se que a reafirmação infraconstitucional possui relevante papel na promoção de garantias, sendo louváveis tais impressões no CPC, bem como a busca por mecanismos que levem ao plano prático a aplicação de tais inspirações.

Em plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil vigente mostra-se como documento normativo processual em maior e melhor conformidade com a Constituição, razão pela qual tem se admitido sua aplicação subsidiária, supletiva e residual às demais espécies de processo.

No que tange ao Processo Penal, parte da doutrina sugere que:

[...] não pode ficar o processo penal imune às necessárias, contundentes e diversas alterações promovidas no processo civil, quer seja pela ausência de disposição/previsão daquele [...], quer seja pelo fato de o novel código conferir arejamento ao ordenamento pátrio, imerso no novel paradigma, descortinado com a Constituição de 1988 com atração de responsabilidade dos sujeitos do processo, em permanente contraditório e com vistas a realizar a justiça no caso concreto (TORRES; LIMA, 2016, p. 470-471).

Nesse passo, o Código de Processo Civil apresentar-se-ia como núcleo do sistema processual pátrio em torno do qual gravitam os demais processos e nessa perspectiva o precedente seria aplicável ao processo penal, pois nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, o CPC, que disciplina a matéria de precedentes, é também fonte ao processo

penal e apresenta-se como instrumento de recodificação, permeável, adaptável e em diálogo com o ordenamento jurídico pátrio (ZANETI JR., 2017, p. 460).

Particularmente, para o que importa ao presente escorço, dentre os arts. 926 a 928 do novel Código estariam “previstas as *normas gerais* de uma teoria brasileira dos precedentes judiciais” (FRANCO, 2016, p. 530), especialmente porque ainda não se verifica semelhante disciplina em outros códigos processuais vigentes no Brasil.

De fato as hipóteses do art. 927 do CPC³, que elenca decisões capazes de formação de precedentes, não se restringem apenas a matéria processual cível, mas são também utilizadas em outros ramos do direito, do que se concluiria possível a formação de precedente também nessas outras searas processuais.

O mencionado artigo, embora não compreenda decisões essencialmente processual-civilistas, por outro lado também não compreende decisões próprias de ramos específicos, de que são exemplo o *Habeas Corpus* (HC) e o Recurso Ordinário Constitucional (ROC) em HC, tipicamente penais, frequentemente julgados por Tribunais Superiores, mas que não se encontram enumerados no CPC, já que, como poderia parecer óbvio, a codificação destina-se ao tratamento das questões processuais civis.

À contramão de tal constatação, nota-se grande amplo manejo de tais instrumentos de garantias na formação “precedentes” em processo penal, quer seja pela celeridade de tramitação, especialmente observada em *Habeas Corpus*, quer seja por serem mecanismos existentes à disposição do réu para discutir a matéria de fundo.

³ CPC, Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A compatibilização de uma possível teoria dos precedentes, que se pretende geral e aplicável ao direito pátrio como um todo, começa a ser questionada em face da dificuldade de aplicação em nível macroscópico, notadamente perante o direito penal e o direito processual penal que reservam maior cautela, com necessário respeito ao princípio da legalidade e de um sistema de garantias em que reconhecidamente se impõe como limite aos julgadores no momento de considerarem a universalização de suas decisões (ZANETI JR, 2017, p. 408).

Ainda que possível a aplicação das normas construídas a partir do Código de Processo Civil ao processo penal, deve-se admitir que não correspondem às especificidades atinentes à tutela das garantias penais, a se compatibilizar com as determinações constitucionais.

Revela-se, ademais, a dificuldade em se conferir, ante a insuficiência dos mecanismos postos à disposição a existência de uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, mormente no processo penal, pelo que a aplicação do sistema de precedentes “inaugurado” com o Código de Processo Civil esbarra, desde logo, no rol disposto no art. 927.

AS DIFICULDADES OBSERVADAS

Como inicialmente referido, o presente estudo visa contribuir ao debate sobre os questionamentos a respeito da aplicação do Código de Processo Civil ao processo penal. Parece que a esse nodal ponto pouco tem se atentado a comunidade acadêmica, pelo que urge estabelecer balizas sólidas que possam direcionar a praxe jurisprudencial.

Há instantes, referiu-se que o rol do art. 927 pouco contribui para o fomento da discussão do sistema de precedentes no processo penal, deixando de encartar, em suas hipóteses, o julgamento do *Habeas Corpus* e do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* aptos à formação de precedentes.

A observação não é de menor importância. Isto porquanto o manejo dos respectivos instrumentos é de consabida ocorrência e faz parte do cotidiano dos tribunais. Por meio deles, as Cortes são instadas

a se manifestar como relativa celeridade sobre as mais diversas questões problemáticas para o direito penal e para o processo penal.

Não são raros os exemplos em que a Corte Suprema teve de enfrentar questões importantes no julgamento de *Habeas Corpus*, a exemplo, do HC n. 126.292/SP (BRASIL, 2016), no qual se discutiu a possibilidade de imposição de prisão após a condenação em segunda instância (antes, portanto, do trânsito em julgado da prisão condenatória) independente da fundamentação requerida pelos arts. 212 e 213 do Código de Processo Penal (verdadeira execução provisória da pena).

O tema veio a ser revisitado no julgamento do HC n. 152.752/PR (Caso Lula), cujo acórdão pende de publicação, tendo a Suprema Corte confirmado o entendimento esposado no julgamento do HC n. 126.292/SP. O fato que chama, porém, à atenção diz quanto à alteração da composição da Corte e a mudança de entendimento de alguns dos Ministros. Apenas a prolação do acórdão e a publicação do inteiro teor revelarão se a Suprema Corte perseguiu a coerência e a integridade de suas decisões.

O presente artigo possui pretensão menos alvissareira: apontar que a aplicação automática do Código de Processo Civil não corrobora para a um processo penal que atende aos reclamos constitucionais.

Tenha-se em conta que o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal até o julgamento do HC n. 126.292/SP era aquele constante do HC n. 84.078/MG (BRASIL, 2009), em que a Corte assentara que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afigurava-se incompatível com o princípio da presunção de inocência, encartado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Importa para o presente denotar que o Código de Processo Civil pouco, ou nada, contribui para a elucidação da formação de precedente em casos como que tais. Em rigor, importa o que há por detrás da lógica do precedente, isto é, o tratamento igualitário entre pessoas em análoga situação. Afronta os mais mezinhos princípios constitucionais confiar a um, e não a outros, determinado tratamento, por exemplo, penal.

Tal não significa, contudo, seja imutável o entendimento da Corte Superior, desde que a alteração do entendimento se dê com as confrontações

dos argumentos expendidos quando da fixação do primeiro entendimento e da devida justificação da alteração do posicionamento (*accountability*).

Ó que não se mostra razoável é entregar a tutela jurisdicional de forma diferenciada, em desalijo do ordenamento pátrio e das normas jurídicas vigentes, para estabelecer desigualdades entre os jurisdicionados. Essas razões, contudo, impescindem de um sistema de precedentes e dizem quanto à coerência e à integridade das decisões das Cortes. É esperado que as Cortes mantenham jurisprudência estável, íntegra e coerente, a menos que apresentem bastantes fundamentos que levem á alteração do entendimento. E, para tanto, nem seria necessário socorrer-se do Código de Processo Civil.

Importa, ainda, referir que mesmo o controle de constitucionalidade incidental como sói ocorrer no julgamento de *Habeas Corpus* não se encontra isento de dificuldades. O Código de Processo Civil, no inciso I, do art. 927, limitou-se ao controle concentrado, caso em que, de modo geral, a Suprema Corte, competente para tal mister, constitui a inconstitucionalidade e expulsa da ordem jurídico-normativa a norma jurídica em descompasso com o fundamento de validade.

Nesse caso, num primeiro momento, nem se trata de perseguir um sistema de precedente, posto que a expulsão da norma, por si só, impede a aplicação dessa mesma norma em casos futuros. Diferentemente, ocorre com o controle difuso, caso em que a Constituição prescreve a participação do Senado Federal para suspender em todo ou em parte “a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (CRFB, art. 52, X).

Assim, não poderia mesmo o Código de Processo Civil, sem afrontar a Constituição prescrever a observância, pelos juízes e tribunais, das decisões do Supremo Tribunal em controle difuso de constitucionalidade. Nessa mesma toda, o julgamento dos recursos extraordinários, em que eminentemente se discute a questão constitucional, não pode passar desapercibido e merece a adequação constitucional, o que deve ser reservado a outro espaço.

Por fim, ressalte-se a dificuldade enfrentada pela Suprema Corte no RE n. 966.177/RS, pendente de publicação, quanto à suspensão dos processos afetados ao julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, por exemplo, e a criação de uma nova causa de suspensão do prazo prescricional, matéria cara ao direito penal, pois se trata de limite ao arbítrio estatal, demonstra, evidentemente, a dificuldade em se adequar o processo penal ao sistema de precedentes vigente no processo civil brasileiro.

A ESPECIFICIDADE DO PROCESSO PENAL E A NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES COMPATÍVEL

Os arranjos legislativos em Códigos e da Ciência do Direito em diversas áreas indicam a existência de peculiaridades a serem consideradas a cada um desses dispositivos e estudos, ainda que para fins didáticos ou meramente organizacionais.

Certo, porém, que esses segmentos formam conjunto maior que se pretende harmônico, por vezes há sugestão de teorias gerais de aplicação abrangente, como defende parte da doutrina no tocante aos precedentes, notadamente diante de lacuna legislativa nos demais ramos de processo.

Ainda que o ordenamento jurídico seja uno e se pretenda coerente e harmônico, também deve haver respeito às peculiaridades de cada área jurídica, sendo assim necessário o estudo de suas intersecções, a fim de que não haja supressão de garantias, especialmente quando se refere à área penal em que desponta a necessidade de maior rigor na observância da lei.

Uma teoria não pode diminuir ou extirpar o que é próprio do direito que a recebe, razão pela qual é sugerida verificação de duplo filtro de adequação da “teoria dos precedentes” do CPC quando pretende alcançar além das fronteiras processo civil: (i) inexistência de conflito entre as disposições do CPC e a lógica e os princípios do processo que será

completado; (ii) conformação constitucional do resultado obtido com a aplicação (ZANETI JR., 2017, p. 414).

Ao processo penal, pontuam-se ainda maiores advertências à importação dessa teoria, pois a ele são reconhecidas peculiaridades, do que se inclui sistema de garantias especiais, tendo no próprio processo uma garantia ao acusado, além de garantias processuais constitucionais limitadoras do exercício do poder do legislador infraconstitucional e também ao aplicador do direito (LIMA, 2014, p. 18).

Em casos de aplicação extensiva e analógica do Código de Processo Civil ao Processo Penal em função do art. 3º deste, como se pretende nos casos de precedentes, pontua-se que “[n]ão há como dar interpretação extensiva ou ampliar analogia no que diz respeito a normas que restrinjam a liberdade pessoal do acusado ou qualquer outro direito de defesa” (BADARÓ, 2017).

Nesse sentido, apenas seria possível a importação da teoria dos precedentes se observadas as proteções processuais do processo penal, razão pela qual Hermes Zaneti (2017, pp. 116-118) preceitua dupla função aos precedentes processuais penais, limitando-os: *pro futuro* quando *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual).

Para Hermes Zaneti (2017, pp. 416-417) não haveria vedação completa de precedente que promovam analogia *in malam parte*, que defina conceitos jurídicos indeterminados e normas penais em branco ou que promovam qualquer outro efeito negativo ao acusado, mas nesses casos a aplicação de precedente deveria ser limitada no tempo, aplicando-se apenas a casos futuros enquanto precedentes vinculantes, e como razões persuasivas nos casos atuais.

De forma mais restrita, Gustavo Badaró assevera que não será cabível, por analogia, restringir direitos do acusado. Somente ao que se refere a normas processuais que digam respeito a questão meramente procedimental (por exemplo, local, forma e prazo dos atos processuais) poder-se-á aplicar o art. 3 do CPP (BADARÓ, 2017).

Permanece então o questionamento se seria possível, inclusive, a aplicação da própria teoria de precedente por analogia, visto que ela

mesma pode implicar restrições de direitos ao acusado, sobretudo ao vincular interpretações desfavoráveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O precedente ainda gera dúvidas e críticas sobre seus nuances em esfera civil, área que possui previsão expressa a partir do Código de Processo Civil de 2015, merecendo ainda estudos e debates práticos e jurídicos.

Quanto mais se diga em relação ao processo penal que a propostas legislativas ainda engatinham sobre o tema. A doutrina processual penal deve acautelar-se em preparar o novo Código de Processo Penal com a atenção que o sistema de precedentes merece, com a observância das peculiaridades do ramo que tutela o direito à liberdade e atinge os mais mezinhos direitos fundamentais.

A importação irrefletida do sistema de precedentes do processo civil ao processo penal descambará, ao cabo, para a insuficiente proteção do bem jurídico que o próprio direito penal pretende ver tutelado.

À jurisprudência incumbe à manutenção de jurisprudência íntegra, estável e coerente, com julgamentos que propiciem a reserva legal em direito penal e processual penal, com observância de maior rigor possível à legislação, produto democrático, a fim de resguardar o sistema de garantias e assim atingir aos fins preconizados constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Concessão da ordem. Habeas Corpus n. 84.078/MG. Omar Coelho Vitor e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 05 fev. 2009. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, 25 fev. 2009.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Denegação da ordem. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Maria Cláudia Seixas e Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, 16 mai. 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Consultor Jurídico, 12 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. DIDER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes. 2. ed. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 521-535.
- LIMA, Marcellus Polastri. A Tutela Cautelar no Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAIA, Alexandre Campanelli Aguiar. Paradigma. Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 7-13, jan.-dez., 2008.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. DIDIDER JR., Fredie (coord.). Novo CPC doutrina selecionada. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 35-63.
- MERRYMAN, John Henry. La tradición jurídica romano-canónica. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

- STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.
- _____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.
- _____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TORRES, João Guilherme Gualberto; LIMA, Marcellus Polastri. *Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal*. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). *Coleção repercussões no Novo CPC – Processo Penal*. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, Cap. 17, p. 469-506.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

O RECURSO DE AGRAVO INTERNO E A NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA

Tiago Figueiredo Gonçalves¹
Emmanuel Domingues²

INTRODUÇÃO

No Código de Processo Civil de 2015, o recurso de agravo interno ganhou nova dimensão, porquanto foi alçado à categoria de recurso autônomo, cuja disciplina passou a ser prevista em capítulo próprio (capítulo IV) no título destinado aos recursos (título III), e teve suas hipóteses de cabimento consideravelmente ampliadas, sendo admitida sua interposição contra toda e qualquer decisão proferida pelo relator (art. 1.021, *caput*), tirante os casos que o próprio legislador excepciona (por exemplo, decisão que autoriza a intervenção de *amicus curiae*), e contra as decisões proferidas pelo presidente ou vice-presidente sobre admissibilidade ou sobrestamento de recurso especial e extraordinário (art. 1.030, § 2º).

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1999), mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Atualmente é Diretor da ESA/ES, Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário do Espírito Santo, Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Professor da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (graduação e mestrado), Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Espírito Santo. tfgoncalves2@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2007). Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Potiguar - UnP (2008) e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2014). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Assessor de Nível Superior para Assuntos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. mano029@gmail.com.

Com efeito, a nova sistemática processual suprimiu a regra constante do artigo 527, parágrafo único, do CPC pretérito (1973), que obstava, com exceção dos embargos de declaração, a possibilidade de recurso contra a decisão unipessoal do relator que, em agravo de instrumento, ou (in)deferia requerimento de efeito suspensivo ou (in)deferia requerimento de antecipação dos efeitos da tutela recursal, o que ratifica a constatação de aumento das hipóteses de cabimento do agravo interno.

Esse movimento legislativo de ampliação da incidência do agravo interno é inerente ao próprio Estado de Direito, porquanto permite o controle da atuação unipessoal do relator, revelando-se, ainda, como uma clara demonstração de prestígio ao princípio do contraditório, seja sob o seu aspecto formal - garantia de participação no processo -, seja sob o prisma substancial, no sentido dar às partes a oportunidade de participar da formação da decisão, influenciando o convencimento do julgador (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 78-79).

Mister consignar que na atual fase de desenvolvimento do processo civil, inspirada pelas ideias do Formalismo-Valorativo, o contraditório deve se qualificar pelo princípio da cooperação, o qual está expressamente previsto no artigo 6º, do CPC/15 que dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Em contrapartida a esse novo cenário, contudo, o CPC/15 passou a exigir expressamente que o agravante impugne especificamente os fundamentos da decisão unipessoal recorrida, nos termos do que foi consignado na regra do parágrafo primeiro, de seu artigo 1.021, numa plena demonstração de que este recurso também deve atender ao princípio da eficiência, não se admitindo um recurso de índole meramente procrastinatória.

Desse modo, torna-se premente um estudo sobre os reflexos que esta regra processual terá não apenas para o agravante, como também para o relator do recurso, do qual também passou a se exigir uma fundamentação mais robusta em seu voto, não podendo se limitar a reproduzir aos fundamentos da decisão recorrida, conforme previsto no parágrafo 3º, do artigo retro mencionado.

Outrossim, é necessário refletir sobre a eventual possibilidade de o agravante sanar vício de fundamentação constante de suas razões recursais, caso o relator entenda que a peça recursal por ele interposta não satisfaz a exigência do § 1º do art. 1.021, sobretudo quando é notório que o atual sistema processual civil está norteado pelo princípio da primazia da solução de mérito (artigo 4º, do CPC/15).

Sob a ótica dessa problematização é que esse estudo será realizado, levando em conta sempre os princípios norteadores do processo civil, muitos dos quais passaram a ter previsão expressa no *códex* atual (tais como o da cooperação, o da eficiência e da boa-fé), consoante se dessume do capítulo primeiro de seu Livro I.

A REGRA DO ART. 1.021, § 1º, DO CPC: A POSITIVAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

O Código de Processo Civil de 2015 passou a exigir explicitamente que as razões do agravo interno impugnem especificamente os fundamentos da decisão agravada (art. 1.021, § 1º). Tal determinação se revela como corolário do princípio do contraditório, possibilitando que os demais sujeitos do processo - relator e parte adversa - conheçam as razões de sua inconformidade e, conseqüentemente, possam debetê-la dialeticamente e contra argumentar, permitindo a formação de uma decisão com base na cooperação.

Embora essa exigência já viesse sendo feita corriqueiramente pelos tribunais pátrios com base na aplicação subsidiária das súmulas n.º 182 do STJ e 283 do STF, sua positivação se mostra bastante salutar e consentânea com o princípio da eficiência, pois passa a inibir uma situação até então usual na qual o agravante se limitava a reproduzir em suas razões os fundamentos deduzidos no recurso principal unicamente com o propósito de levar a matéria impugnada para o órgão colegiado - fosse ela de admissibilidade ou de mérito -, numa verdadeira situação caracterizadora

de “preguiça jurídica” e que, em certa medida, contribuía para a formação de um círculo vicioso, já que na sessão de julgamento perante a turma ou a câmara o relator do recurso, na maioria das vezes, apenas reprisava os fundamentos da decisão agravada - o que era até compreensível, pois não existiam novos argumentos a serem refutados.

O agravo interno, em situações como tais, mostrava-se um recurso pouco eficiente, pois consistia apenas em mais um instrumento processual capaz de retardar a entrega da prestação jurisdicional, escopo principal do processo, na medida em que postergava a incidência da preclusão máxima ou do trânsito em julgado sobre a decisão recorrida.

Nessa medida, pode-se dizer que

o CPC/2015 teve o intuito de delimitar, de maneira clara, como fundamento do recurso do agravo interno, a impugnação específica sobre cada ponto da decisão monocrática, ora agravada. A argumentação recursal deve recair sobre cada ponto material da decisão monocrática, principalmente aqueles autorizantes da própria prolação do ato decisório; deve confrontar se o relator enquadrrou ou não a decisão numa das hipóteses constantes nos incisos do art. 932. (LEMOS, 2017, p. 77)

Não por outra razão que o CPC/2015 previu a ausência de impugnação específica quanto aos fundamentos da decisão recorrida como uma das hipóteses de não conhecimento do recurso (art. 932, inciso III)³, com base em decisão unipessoal do relator.

Deve o agravante, assim, em suas razões, impugnar, os fundamentos utilizados pelo relator para se valer das hipóteses autorizativas de prolação de decisão monocrática (art. 932, CPC/15), demonstrando, por exemplo,

³ Entretanto, em se tratando de não conhecimento de agravo interno, entende-se que esse juízo de (in)admissibilidade recursal deve ser feito pelo órgão colegiado, não podendo o relator, mais uma vez, se utilizar da regra autorizativa de utilização da decisão monocrática (art. 932, inciso III), sob pena de autorizar a criação de uma cadeia interminável de recursos de agravo interno, à exceção das hipóteses de juízo de retratação, da desistência do recurso, da desistência da própria ação originária ou da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, estas três últimas ligadas à própria manifestação de vontade do agravante. “Portanto, interposto o agravo inominado contra a decisão monocrática “que negou seguimento” ou deu provimento ao recurso, resta impossibilitado ao relator inadmiti-lo ou desprovê-lo também unipessoalmente” (GONÇALVES, 2010, p. 63-65).

que não está presente o vício processual que levou ao não conhecimento do recurso ou que o precedente invocado pelo relator do recurso não se subsume à situação concreta levada a juízo, fazendo o *distinguish* entre aquela situação e o precedente aplicado, ou que as premissas adotadas pelo precedente devem ser superadas (*overruling*).

É oportuno consignar que a necessidade de impugnação quanto aos fundamentos da decisão monocrática recorrida por meio das técnicas acima referenciadas (*distinguish* e *overruling*) advém da adoção, pelo CPC/2015, da teoria dos precedentes, admitindo o julgamento unipessoal apenas nas hipóteses de precedentes normativos formalmente vinculantes (entendimentos firmados em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, de Incidente de Assunção de Competência) ou precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (entendimentos firmados por meio de súmulas do próprio tribunal, do STF ou STJ ou por acórdãos proferidos por esses dois últimos em julgamento de recursos repetitivos), segundo a classificação sugerida por Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 325-326).

O referido autor, todavia, adverte que não é possível a superação (*overruling*) dos casos-precedentes por órgãos de hierarquia inferior nas hipóteses de precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, situação que, conseqüentemente, limitará a fundamentação dos agravos internos quando eles impugnarem decisões unipessoais fundadas naquelas espécies de precedentes (ZANETI JR., 2016, p. 326).

Embora existam discursos doutrinários no sentido de que o CPC/15 retrocedeu ao excluir das hipóteses de julgamento monocrático pelo relator aquelas situações já sedimentadas pela jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF, ou dos demais tribunais superiores, inclusive sob o argumento de mitigação do princípio da eficiência, há quem sustente entendimento em sentido contrário, inclusive Zaneti Jr. (2016, p. 333), para quem a adoção de um sistema normativo de precedentes formalmente vinculantes confere racionalidade (decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais), igualdade (universalização de entendimento aos casos presentes e futuros), previsibilidade (confiança

legítima por parte do jurisdicionado em relação ao Judiciário e segurança jurídica) e efetividade ao ordenamento processual.

Sobre o tema, conclui o autor que

Trata-se de grande evolução, tanto no controle do conteúdo dos enunciados das súmulas, quanto no, da assim, chamada, jurisprudência dominante, vocábulo banido, em boa hora, do dispositivo que trata dos deveres-poderes do relator. Jurisprudência dominante hoje corresponde aos precedentes vinculantes e, em especial, às súmulas dos tribunais (art. 927, § 1º) (ZANETI JUNIOR, 2016, p. 1.356).

De fato, observa-se que o CPC/2015, ao eliminar a possibilidade de julgamento monocrático com base em jurisprudência dominante, o fez sobretudo em razão da segurança jurídica, pois não se pode olvidar que aquele termo, dada a sua amplitude e vagueza conceitual, acabava dando ensejo a situações em que se forçava a sua aplicação ao caso concreto para, com isso, possibilitar o julgamento unipessoal de um recurso, a despeito de não existir, na hipótese, uma situação de entendimento jurisprudencial dominante (às vezes, por exemplo, o entendimento era dominante existia apenas no seio de uma determinada turma ou câmara, ou de um tribunal específico).

A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE SANABILIDADE NAS HIPÓTESES DE AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA

Pergunta bastante pertinente sobre o tema é aquela que diz respeito à possibilidade de o relator do agravo interno, vislumbrando a ausência de impugnação específica quanto aos fundamentos da decisão recorrida, valer-se da cláusula geral de sanabilidade prevista no parágrafo único do artigo 932, do CPC/2015, e, por conseguinte, determinar a intimação do agravante para, no prazo de 05 (cinco) dias, suprir o vício de fundamentação existente na peça recursal.

Tal situação era improvável de acontecer sob a égide CPC de 1973, marcado fortemente pelo sistema das preclusões, a qual impedia a complementação das razões recursais. Juristas de escol, dentre os quais se inclui Flávio Cheim Jorge (2013, p. 202), firmavam entendimento pela impossibilidade de conferir ao recorrente a oportunidade de sanar o vício de fundamentação em razão da “preclusão consumativa existente com a interposição do recurso”.

Mesmo os que defendiam a inaplicabilidade da preclusão consumativa dentro do prazo para a interposição recursal, tais como Marcelo Pacheco Machado (2013, p. 62), não admitiam a possibilidade de correção dos requisitos de admissibilidade do recurso após transcorrido *in albis* o prazo para a sua interposição⁴.

Agora, com a superveniência da cláusula geral de sanabilidade (art. 932, § único, do CPC/2015), a qual visa claramente prestigiar o princípio da primazia da solução de mérito e, ao mesmo tempo, combater a denominada “jurisprudência defensiva”, fica a dúvida se o vício na fundamentação do agravo interno seria sanável e, portanto, passível de posterior complementação.

Uma leitura apressada do referido dispositivo poderia levar à conclusão de que tal vício poderia ser suprido pelo recorrente, sobretudo em razão do princípio acima mencionado, plasmado na segunda parte do artigo 4º do novo Código, segundo o qual “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

⁴ Importante ressaltar que para MACHADO (2013, p. 67), dentro do prazo de interposição recursal qualquer vício de admissibilidade seria passível de correção, porquanto não reconhece a existência do instituto da preclusão consumativa, nos termos da classificação proposta por Chiovenda. Vejamos: “a lógica de que o processo é um caminhar para frente, que não admitiria retrocessos, é plenamente válida para os atos processuais regulares, que devem produzir todos os seus efeitos legais e que não precisam ser complementados. No entanto, proibir a parte, no prazo legal, de sanar vícios presentes no seu ato é dizer mais do que a lei, impondo-lhe um limite suplementar, além do temporal. Ademais, precisamos considerar que, no fim das contas, a preclusão consumativa não traz qualquer benefício para o sistema processual, mito pelo contrário, ela propicia, sem justificativa razoável, a invalidade e a ineficácia dos atos processuais, impedido que estes exerçam as funções para as quais foram concebidos.

Sobre o tema, Alexandre Freitas Câmara leciona que

Por força deste princípio, combate-se a jurisprudência defensiva, sendo, portanto equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para os superar. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo (CÂMARA, 2018).

Com base nesse princípio, aporta ao centro do sistema processual civil a ideia de que o julgador deve adotar todas as medidas para se chegar à análise do mérito da demanda, visto que este é o principal escopo da relação jurídica processual, pacificando interesses em conflito. Não é à toa que José Carlos Barbosa Moreira (2006 *apud* NERY JUNIOR; ALVIM, 2017, p. 114) afirmava que a atividade judicial que não conduz à decisão de mérito é motivo de frustração, tornando inevitável a insatisfação provocada por decisões de não conhecimento.

Com fulcro nessa diretriz principiológica é que o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou os enunciados n^{os}. 82 e 197 os quais dispõem, respectivamente, que “é dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais” e que “aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 932 aos vícios sanáveis de todos os recursos, inclusive dos recursos excepcionais”.

A aplicação do princípio da primazia do julgamento de mérito causou uma guinada doutrinária, fazendo com que muitos juristas, inclusive Flávio Cheim Jorge revisassem o posicionamento até então defendido, consoante se pode extrair de artigo publicado em coautoria com Thiago Ferreira Siqueira⁵, no qual enunciam que no sistema do novo CPC (2015)

⁵ Tal posicionamento foi no artigo intitulado “Um novo paradigma para o juízo de admissibilidade dos recursos cíveis”, publicada no volume n.º 126 da Revista do Advogado, publicada no ano de 2015.

“em que a regra será a possibilidade de correção dos vícios sanáveis, deve o relator, se entender que o recurso não está adequadamente fundamentado, ou mesmo quando inexistente pedido de reforma ou anulação, intimar o recorrente para suprir falha” (SIQUEIRA; JORGE, 2015, p. 85).

Tal entendimento também é defendido por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery para quem o “dispositivo comentado (art. 932, § único, do CPC/2015) alcança, inclusive, a hipótese em que o recorrente não impugna especificamente os fundamentos da decisão recorrida (CPC 932, III *in fine*), porque não faz distinção sobre a causa ou o motivo da irregularidade que possa ser sanada” (2015, p. 1.853) e também por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, segundo os quais ressalvada a tempestividade “todos os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal são passíveis de correção” (2016, p. 932)⁶.

Ocorre que a aplicação da cláusula geral de sanabilidade deve encontrar limites, não podendo atropelar outros princípios fundamentais do processo, dentre os quais se incluem a segurança jurídica, a isonomia, a formalidade e a previsibilidade (JORGE, 2017, p. 235).

Com base nessa justa preocupação, em novo artigo intitulado “A correção dos requisitos de admissibilidade dos recursos no CPC/15”, Flávio Cheim Jorge e Thiago Ferreira Siqueira (2017, p. 12) valem-se da classificação dos requisitos de admissibilidade recursal proposta por Barbosa Moreira⁷ para afirmar que nem todos eles se sujeitam à cláusula

⁶ Ainda sob a égide do CPC pretérito Bruno Silveira de Oliveira (2008, p. 36-37) sustentava a possibilidade de emenda ou complementação da petição recursal com base em uma aplicação analógica da regra do art. 284 daquele *códex*. Para autor, inexistia qualquer norma inserida naquele sistema que a sanção de não conhecimento imediato e irremediável de um recurso irregular.

⁷ Para José Carlos Barbosa Moreira (2006, p. 263) os requisitos de admissibilidade recursal se dividem em duas classes: a primeira denominada de pressupostos intrínsecos, referentes ao poder de recorrer, composta por cabimento, legitimidade para recorrer, interesse em recorrer, e ausência de fatos impeditivos ou extintivos do poder de recorrer; a segunda, intitulada de pressupostos extrínsecos, na qual se aglomeram os requisitos atinentes ao exercício do poder de recorrer, constituídos por tempestividade, regularidade formal, e preparo. Embora não se desconheça a existência de outras classificações dos requisitos de admissibilidade recursal, tais como as propostas por Seabra Fagundes e a José Frederico Marques (requisitos subjetivos e objetivos), é certo que a de Barbosa Moreira encontra amplo respaldo e aceitabilidade na doutrina processual civil pátria, servindo como pressuposto para inúmeros estudos sobre o tema.

geral de sanabilidade do parágrafo único, do art. 932, mas apenas aqueles extrínsecos, relacionados ao modo de exercer o poder de recorrer, quais sejam: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Nessas condições, estando o vício de fundamentação inserido no pressuposto de regularidade formal, os referidos autores entendem que este pode ser plenamente sanável, contudo, apenas nas hipóteses em que a fundamentação é deficiente, e não naquelas em que há verdadeira ausência de fundamentação. Vejamos:

A questão que se coloca é: a existência de vício de fundamentação sempre ensejará a possibilidade de correção com base no art. 932, parágrafo único?

A resposta deve ser negativa.

Nestes casos, é importante distinguir as situações de *deficiência* e de *ausência* de fundamentação. Pode-se dizer que a fundamentação é deficiente quando, a despeito de existir, não permite adequada compreensão daquilo que se pretende, ou não transmite ao julgador qual seria, exatamente, o *error in procedendo* ou *in iudicando* que se imputa à decisão. Nestas situações, então, parece-nos que se deva aplicar o art. 932, parágrafo único, do CPC/15, de modo que possa, o recorrente, aperfeiçoar a motivação de seu recurso.

O quadro é diverso, porém, quando se está diante da total ausência de fundamentação, relativamente a toda a decisão, ou a um de seus capítulos. Isto é: quando se trata de situação em que o recorrente não diligenciou no sentido de apontar, sequer minimamente, qualquer vício processual ou de julgamento na decisão recorrida. Nestes casos, não se deve oportunizar ao recorrente que, posteriormente, venha a declinar os fundamentos de seu recurso, o que resultaria, em última análise, na concessão de prazo recursal maior que aquele previsto na legislação (JORGE; SIQUEIRA, 2017, p. 19-20).

Oportuno consignar que essa mesma conclusão é defendida por Cheim Jorge (2017, p. 241-242) na oitava e última edição de seu clássico livro Teoria Geral dos Recursos, onde afirma que autorizar a complementação das razões nas hipóteses de inexistência de fundamentação vai de encontro aos princípios da isonomia e segurança jurídica, sobretudo porque a parte que interpôs seu recurso deficiente terá enorme prazo para efetuar sua complementação, sua ampliação ou seu aditamento.

Ocorre que de uma leitura mais atenta das lições dos doutrinadores acima referenciados sobre o tema, pode-se inferir que, na verdade, aqueles não admitem a complementação das razões recursais pura e simplesmente, mas apenas o seu esclarecimento por parte do recorrente nas hipóteses em que o relator verificar que sua peça recursal se encontra eivada de inexatidões e obscuridades, que não permitem a correta compreensão da impugnação.

Sob esse prisma, a intimação do agravante para “complementar” as razões recursais consistiria naquilo que se pode denominar de “embargos de declaração às avessas”, por meio das quais o relator, calcado no princípio da cooperação, exige que aquele (o agravante) exerça o seu dever de esclarecimento quanto às partes incompreensíveis ou tortuosas de sua fundamentação, não podendo, entretanto, se desbordar dos limites de sua irresignação.

Tais considerações permitem concluir que Cheim Jorge e Siqueira refluíram seu posicionamento inicial para não mais admitir a complementação das razões recursais, mas apenas o seu esclarecimento, com base no dever de cooperação (art. 6º, primeira parte, CPC/2015).

A impossibilidade de complementação das razões recursais também encontra respaldo na doutrina de Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 54), que ao comentar o parágrafo único, do art. 932, do CPC/2015, dispõem que “a regra não permite a complementação das razões recursais nem a formulação de pedido recursal que não fora formulado originariamente. Nesses casos, a boa-fé processual impede que se permita esse tipo de fracionamento da elaboração da demanda recursal”.

Esse vem sendo o entendimento firmado pelo colendo STJ sobre o tema, consoante se infere do excerto da ementa agravo interno no agravo em recurso especial n.º 692.495/ES⁸, transcrita a seguir *in verbis*:

O prazo referido no art. 932, parágrafo único, do CPC/2015 há de ser oferecido para o recorrente sanar vício de natureza estritamente formal, sendo diversa a hipótese dos autos, em que pretendia a agravante a concessão de lapso para complementar a fundamentação do seu recurso,

⁸ Nesse mesmo sentido *vide* AgInt no AREsp 1182093/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018

que não impugnou especificamente todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o apelo nobre (AgInt no AREsp 692.495/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJE 18/08/2016).

Mister ressaltar que nos autos do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n.º 953.221/SP, julgado em 07/06/2016, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal chegou a idêntica conclusão do STJ, vencido o Ministro Marco Aurélio Mello, para quem a regra do parágrafo único do art. 932 deve ser interpretada de forma ampla, admitindo-se a supressão de qualquer vício de admissibilidade recursal, inclusive o de fundamentação, ainda que depois de escoado o prazo para sua interposição.

Este último posicionamento, defendido pelos tribunais superiores e por parte da doutrina, revela-se como o mais acertado, pois o CPC/2015 não abriu mão do instituto da preclusão, embora o tenha flexibilizado em boa medida. A incidência da preclusão no processo se faz necessária, assim como o formalismo, pois “visa a evitar o arbítrio, assegurando ordem, segurança e celeridade” (MACHADO, 2013, p. 63).

Com efeito, o reconhecimento da incidência da preclusão consumativa nos casos em que o recurso já foi interposto está calcado no próprio conceito de processo, aqui entendido como uma sucessão ordenada de atos, numa marcha sempre para frente (TEIXEIRA, 2018). Desse modo, entendimento em sentido contrário, admitindo a possibilidade de complementação das razões após a interposição do recurso vai claramente de encontro ao sistema de preclusões, aqui entendido como a mola impulsadora do processo e, conseqüentemente, contra diversos princípios processuais, tais como o da eficiência (na medida em que retardará a entrega da prestação jurisdicional), o da isonomia (já que a parte apresentou recurso com vício de fundamentação disporá de prazo maior para recorrer), o da segurança jurídica (pois permitirá que o recorrente reconsidere sua postura inicial e se insurja contra capítulo da decisão que já tinha se conformado, frustrando as expectativas do recorrido), e o da boa-fé (porquanto o recorrente poderá interpor um

recurso completamente desprovido de fundamentação idônea apenas para ganhar mais tempo para recorrer).

O DEVER CORRELATO DO RELATOR: A IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO À REPRODUÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

Se por um lado o CPC/2015 exigiu do agravante a necessidade de impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida (art. 1.201, § 1º), por outro determinou que o relator não pode se limitar aos seus fundamentos ao negar provimento ao recurso de agravo interno (art. 1.021, § 3º).

Essa mudança de paradigma, calcada sobretudo nos princípios da cooperação, da boa-fé processual e da eficiência, se revela bastante salutar, pois objetiva desconstituir um sistema até então vigente, na qual o agravo interno apresentava ser apenas mais um entrave burocrático à prestação jurisdicional, configurando-se como uma forma de inconformismo totalmente irracional e automática, onde o agravante muito comumente apenas reproduzia suas razões recursais e o relator, por sua vez, reprisava os seus fundamentos perante o órgão colegiado. Tal sistema se revelava muito ineficiente e anti-dialético.

Lucas Buriel de Macêdo explica que

O CPC/2015 (LGL\2015\1656) procura modificar isso. O princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC/2015 (LGL\2015\1656), tem como plano normativo o resgate da dialeticidade. Evidente que seu conteúdo abrange uma série de deveres - como os sempre lembrados deveres de diálogo, esclarecimento, prevenção e auxílio -, mas, mais importante, é perceber que este princípio impulsiona o chamado modelo cooperativo do processo. Reconhece-se que, no modelo cooperativo, “o juiz tem seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico quando da decisão da causa”. Nesse modelo, é possível falar de comparticipação na condução do processo, na

medida em que há uma interdependência entre os sujeitos processuais (2017, p. 311-344).

Nessas condições, o CPC/2015 impõe ao relator o dever de enfrentar todos os argumentos expendidos pelo recorrente capazes de infirmar a sua decisão unipessoal⁹, sob pena de elaboração de um acórdão nulo, caso os demais pares não venham a complementar sua fundamentação e rebater os argumentos deduzidos nas razões recursais.

Cria-se, com isso, um sistema de recorribilidade interna nos tribunais que é essencialmente dialético, pretendendo que apenas novos debates judiciais sejam travados, com respostas específicas a cada nova fundamentação. Com isso, busca-se afastar a mera repetição acrítica de argumentos e fundamentos já enfrentados, tão trivial nos tribunais, quanto, também enfadonha e pernicioso, simplesmente levando à custosa repetição de trabalho, dos já muito caros e abarrotados órgãos judiciais (MACÊDO, 2017, p. 311-344).

A exigência de fundamentação exaustiva, nos termos do que foi acima delineado, vem sendo adotada amplamente pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual assim consignou nos autos do agravo interno no agravo em recurso especial n.º 933.639/PE:

Em busca do aperfeiçoamento do sistema processual pátrio, o legislador instituiu como peças de uma mesma engrenagem tanto a obrigação do julgador de explicitar de forma particularizada as razões que ensejaram a prolação do provimento jurisdicional quanto o ônus da parte recorrente de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão atacada (AgInt no AREsp 933.639/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 29/11/2016).

⁹ Oportuno consignar que apenas os fundamentos capazes de refutar a decisão recorrida devem ser enfrentados pelo relator. Assim, a argumentação deduzida a título de *obiter dictum* ou aquela incapaz de influenciar no julgamento não tem necessidade de ser enfrentada. Exegese do art. 489, §1º, inciso IV, do CPC/2015.

Sobre o tema em exame, é necessário fazer uma importante reflexão: caso o agravante deixe de impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida, isso não autoriza que o relator do recurso reproduza, em seu julgamento, as mesmas razões que fundamentaram o *decisum* impugnado, pois nessa situação, de acordo com sistema eleito pelo CPC/2015, a hipótese será de inadmissão, ou seja, de não conhecimento recursal.

CONCLUSÕES

Com base nas considerações acima tecidas é possível concluir que embora o agravo interno tenha ganhado maior relevo no Código de Processo Civil de 2015 – o que se nota com a ampliação de suas hipóteses de cabimento -, tal recurso não pode ser utilizado pela parte como instrumento de uma irresignação infundada, a qual visa apenas retardar a entrega da prestação jurisdicional, sem qualquer compromisso com os princípios da efetividade, cooperação e boa-fé processual.

Desse modo, na sistemática do CPC/2015, as razões do agravo interno devem ser dotadas de argumentação capaz de infirmar os fundamentos que embasam a decisão monocrática do relator, permitindo que essa espécie recursal seja verdadeiramente dialética - e não reveladora de um inconformismo desvairado -, cumprindo com sua precípua função de servir como instrumento de controle da decisão judicial.

Caso esse requisito não seja cumprido pela parte, a hipótese reclamará o conhecimento do recurso, pois, como visto, a cláusula geral de sanabilidade do art. 932, parágrafo único, do CPC/2015 revela-se inaplicável nesse caso, já alcançado pelo instituto da preclusão consumativa, necessário à própria natureza do processo (marcha para frente) e aos caros princípios da isonomia e segurança jurídica.

Correlato ao dever de impugnação específica, encontra-se o dever previsto no parágrafo terceiro do artigo 1.021, o qual exige que o relator, em seu voto, não se limite a reproduzir os fundamentos da decisão monocrática impugnada, devendo enfrentar explicitamente os argumentos

deduzidos pelo agravante nas razões recursais. Essa obrigação mostra-se consentânea com o princípio da cooperação, segundo o qual uma decisão poderá ser considerada justa quando for construída conjuntamente por todos os sujeitos do processo.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de processo Civil. v. 5. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução de mérito e o Novo Código de Processo Civil. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Julgamento unipessoal nos tribunais e agravo inominado. Salvador: Juspodivm, 2010.
- JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 6. ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.
- LEMONS, Vinicius Silva. Os aspectos gerais do agravo interno no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito da ADVOCEF, n.º 24, p. 67-93, 2017.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Agravo interno. Análise das Modificações legais e de sua recepção no Superior Tribunal de Justiça. Revista de Processo, v. 269, 2017, p. 311-344.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Incerteza e processo. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. XVI. São Paulo: RT, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. v. 13. São Paulo: RT, 2017.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2015.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O formalismo do sistema recurso à luz da instrumentalidade do processo. Revista de Processo, v. 160, p. 32-60, 2008.
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira; JORGE, Flávio Cheim. Um novo paradigma para o juízo de admissibilidade dos recursos cíveis. Revista do Advogado, v. 126, p. 83-88, 2015.
- _____. A correção dos requisitos de admissibilidade dos recursos no CPC/2015. Revista Brasileira da Advocacia, v. 5, p. 147-171, 2017.
- TEIXEIRA, Danielle Felix. Apreclusão e seus efeitos. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51870&seo=1>>. Acesso em: 05 maio 2018.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____. Comentários de Hermes Zaneti Jr. ao art. 932. In: CABRAL, Antonio Passo; CRAMER, Ronaldo (Org.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA UMA COMPARAÇÃO DOGMÁTICA DO CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (CPCC) ARGENTINA E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (CPC)

Gabriel Zoboli de Assis¹
Vladimir Cunha Bezerra²
Débora Frolich Ferreira³

INTRODUÇÃO

[...] cosa juzgada [...] es La autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla (COUTURE, 1958, p. 401).

A explicação dada à coisa julgada por Couture se aproxima do sentido lógico-jurídico conferido ao instituto, aquele com pretensão de validade universal, para muito além das especificidades de um ordenamento jurídico local. Embora “*impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações*” (MOREIRA, 1971. p. 133), a conceituação da *res judicata* no presente artigo se baseará na pesquisa

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2013). Pós-graduado em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2015). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo Assessor de Nível Superior, no Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo. gabrielzoboli@gmail.com. Celular: 027 99972-7834.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2006). Pós-graduado em direito público Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (2007). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. ovlad@terra.com.br. Celular: 027 99932-3709.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. deborafrolichf@gmail.com. Celular: 027 99614-6592. deborafrolichf@gmail.com. Celular: 027 99614-6592.

da definição jurídico-positiva (DIDIER, 2017b) dada pelos ordenamentos brasileiro e argentino, como corte metodológico.

Na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB⁴, coisa julgada é descrita como a “decisão” de que não cabe mais recurso, recebendo críticas por supostamente confundi-la com preclusão (MOURÃO, 2008. p. 55).

O Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, por sua vez, define como “*a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito* não mais sujeita a recurso” (artigo 502, grifo nosso).

No direito processual positivo argentino, especificamente no Código Procesal Civil Y Comercial De La Nación (CPCC)⁵ – cuja aplicação se dá nos tribunais da justiça federal da República Argentina e nos foros civil e Comercial da capital Buenos Aires -, *contrario sensu*, não se encontra qualquer definição *de la cosa juzgada*, papel que coube, então, por exclusão, aos doutrinadores, como Lino Palacio (1975. p. 498) que a define como “*la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando contra ella no procede ningún recurso (ordinario o extraordinario) susceptible de modificarla, o ha sido consentida por las partes*”.

Observa-se, portanto, que em ambos os ordenamentos, o instituto tem como semelhança a ideia da *inmutabilidade* e da *indiscutibilidade* conferida às decisões judiciais cujos fenômenos remontam, em sua gênese, ao Código de Hammurabi, em especial no preceito VI, § 5^{o6}, que prescrevia a proibição do juiz em modificar a sentença já prolatada, inclusive, sob pena

⁴ Decreto-lei nº 4.657/1942 com redação dada pela Lei nº 12.376/2010:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...]

§ 3º Chama-se **coisa julgada** ou **caso julgado** a decisão judicial de que já não caiba recurso. (grifo nosso)

⁵ Na argentina a legislação processual judicial é difusa entre as províncias, salvo o CPCC de *la nación* de âmbito federal.

⁶ “Se um juiz julgou uma causa, proferiu a sentença (e) depositou o documento selado, se, em seguida, muda sua decisão, será provado que o juiz modificou a sentença que havia prolatado e pagará até doze vezes a quantia que motivou a causa. Ademais, publicamente, far-se-á com que ele se levante do seu assento de justiça (e) não volte mais. Nunca mais poderá sentar-se com os juízes em um processo”.

de punição pecuniária e perda da função, ou à *res judicata romana*⁷ (NIEVA-FENOLL, 2016, p. 240-241).

A Eficácia Preclusiva da coisa julgada, por sua vez, não se trata de um atributo ou predicado do próprio instituto – que torna a questão decidida imutável -, mas de uma “*aptidão para produzir efeitos (=eficácia)*” (RODRIGUES, 2016, p. 688) advinda da perda de uma faculdade processual.

Isto é, enquanto a autoridade da coisa julgada irradia efeitos das decisões sobre as quais houve contraditório efetivo e debate, a Eficácia Preclusiva é periférica, também irradiando efeitos, entretanto, sobre alegações e defesas não discutidas no processo, ou seja, que poderiam ter sido deduzidas.

Não equivale a dizer que aquilo que deixou de ser alegado pelas partes e, portanto, não foi declarado na sentença, esteja abarcado pela autoridade da coisa julgada, mas equivale a dizer que se trata de uma preclusão ou perda do direito de manifestar outras alegações e defesas, em processo posterior, que estejam relacionadas com o tema (nuclear) abarcado pela coisa julgada.

No ordenamento brasileiro, enquanto a suposta Eficácia Preclusiva tem como amparo o artigo 508 do CPC, em que se afirma: “*considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido*”, no argentino o seu protagonismo se dá na doutrina, pois no CPCC não há regra explícita que a defina, papel que também coube à doutrina, como explica Ivana Rivero (2013):

Hay que tener en cuenta que la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, como efecto negativo, opera sobre sus límites objetivos, en el sentido

⁷ Exemplo extraído do livro XLII, Título I do Digesto: “**O juiz, uma vez prolatada a sentença**, deixa de ser juiz depois; e a razão é que o juiz que uma vez condenou em mais ou em menos, **não pode mais corrigir sua sentença**; porque já desempenhou uma vez, bem ou mal, o seu ofício”.

-“**Perguntado se o juiz, que houvesse julgado de forma ruim, poderia julgar outra vez no mesmo dia, foi respondido que não poderia**”.

-“Não está proibido de alterar as palavras do processo, enquanto subsistir o teor da sentença”.

-“Após julgada uma coisa, ou de decidida sob juramento, ou feita sob direito de confissão, não se questiona nada além da Oração do Divino Marco, porque aqueles que confessaram em direito são considerados julgados”. (grifo nosso)

de que aquélla cubre todas las cuestiones litigiosas y expresamente decididas, y también aquellas deducibles, es decir, que pudiendo haber sido propuestas no lo fueron.

Pela leitura do artigo supra mencionado e da explanação doutrinária, percebe-se que a coisa julgada implícita se trata da proibição de se rediscutir sobre o objeto litigioso de um processo – característica ínsita do instituto -, pois o julgamento implícito se traduz numa ficção, já que não houve debate sobre o mesmo. Não é possível, portanto, afirmar, v.g., que o juiz sentenciou procedente ou improcedente o pedido do autor baseado em causas de pedir que não estavam no processo.

A Eficácia Preclusiva, logo, não proíbe a rediscussão de um tema, porquanto sequer pode se falar em discussão no primeiro plano. Há um efeito negativo ou implícito da coisa julgada.

A par desse raciocínio, e lançando mão de um questionamento extraído do caso “*DI PAOLO Liliana Olga c. DI PAOLO Zulema Lilia s. Cobro ordinario de sumas de dinero*” julgado em segunda instância pela *Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial*, Sala Segunda, do Tribunal Provincial de Buenos Aires, de registro nº. 96-S, expediente nº 153.625 – juzgado nº1, do juiz relator Roberto J. Loustaunau, questiona-se num caso que será comentado adiante:

si los intereses no reclamados no pueden ser implícitamente admitidos ¿pueden acaso juzgarse implícitamente rechazados cuando tampoco fueron objeto de petición, ni congruentemente de tratamiento?

Numa tradução livre: se os juros não cobrados não puderem ser implicitamente reconhecidos no processo, podem os mesmos serem rechaçados, mesmo se **não** tiverem sido objeto de petição?

Para essa problemática ser respondida, deve-se realizar, de antemão, um breve exame sobre qual a extensão e a configuração do objeto litigioso para, assim, apresentar as respostas com amparo na dogmática de ambos os ordenamentos.

OBJETO LITIGIOSO

No atual ordenamento brasileiro, sobretudo no *Codex* processual, objeto litigioso está positivado como *mérito*⁸ (artigo 503⁹), assim como no portenho, especialmente no artigo 163, 6)¹⁰.

De acordo com a doutrina clássica de Liebman (1947. p. 214), o objeto litigioso foi tratado como “lide” e representava “*o conflito entre os pedidos contrários das partes*”. De modo semelhante, o doutrinador portenho Eduardo J. Barrios (1989. p. 99-100) assim conceitua: “*Objeto litigioso: la petición de la cosa demandada fija para el actor el tema litigioso, que será uno de los límites a los poderes del juez en la sentencia, de acuerdo al principio de congruência*”.

Das teorias que permeiam o tema, destacam-se a da substanciação e a da individualização. A primeira pode ser muito bem resumida com a constatação do jurista Eduardo J. Barrios (1989. p. 89) ao afirmar que o mérito se estende além do conflito dos pedidos, abarcando também os fundamentos das causas de pedir:

a la razón de la pretensión, la norma de congruencia obliga a los tribunales a no alterar sustancialmente las pretensiones de las partes y a respetar en absoluto los hechos processales, pero consiente sua actuación libre, de oficio, en la esfera del derecho, aplicándose la norma jurídica que se estime procedente sin que ello se altere la ‘*causa petendi*’.

8 No CPC de 1939 (artigo 287) e no de 1973 (artigo 468), objeto litigioso era denominado como “lide”.

9 Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

[...]

10 Art. 163. - La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener:

[...]

6) La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad com lãs pretensiones deducidas em el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, em su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante La sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

A ideia central dessa corrente de pensamento se dá pela valorização dos fatos e fundamentos jurídicos – desde que pertinente aos pedidos formulados – que pudessem “substanciar” a *causa petendi* da demanda, ao contrário da teoria da individualização, ou individualização, a qual aduz que a causa de pedir é formada unicamente pela relação jurídica, ou a causa de pedir próxima, deixando os fatos jurídicos em segundo plano.

No direito processual positivo brasileiro, torna-se clara a opção pela teoria da substanciação quando se observa no artigo 319, III e §§ 2º e 4º, do artigo 337 do CPC que o objeto litigioso deve vir acompanhado de elementos fáticos da *causa petendi* determinantes ao pedido. Tal conclusão pode ser extraída dogmaticamente do Código de Processo, *verbis*:

| | |
|---|---|
| <p>Art. 319. A petição inicial indicará: [...] III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido.</p> | <p>Art. 337. [...] § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. [...] § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.</p> |
|---|---|

À título corroborativo sobre a substancialidade da *causa petendi* no mérito, o ordenamento considera nula a decisão que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*” (artigo 489, inciso IV, do CPC). Ou seja, padece de lógica afirmar que os pedidos se sustentam desassistidos pelas causas de pedir e seus fundamentos no processo.

No CPCC argentino, em idêntica senda, a teoria da substanciação prevalece. Como constatado, a exemplo, nos artigos 330 e 334:

| | |
|---|---|
| <p>CAPITULO I - DEMANDA FORMA DE LA DEMANDA Art. 330. - La demanda será deducida por escrito y contendrá: [...] 3) La cosa demandada, designándola con toda exactitud. 4) Los hechos en que se funde, explicados claramente.</p> | <p>A. 334. - Cuando en el responde de la demanda o de la reconvención se alegaren hechos no invocados en la demanda o contrademanda, los demandantes o reconvinientes según el caso podrán ofrecer prueba y agregar la documental referente a esos hechos, dentro de los 5 días de notificada la providencia respectiva. En tales casos se dará traslado de los documentos a la otra parte, quien deberá cumplir la carga que prevé el art. 356 inc. 1).</p> |
|---|---|

É possível verificar nos enunciados de ambos os ordenamentos, portanto, que a *causa petendi* é elemento indispensável, imprescindível e essencial para a individualização da própria demanda, cujo pedido é somente a ponta do *iceberg* que se sustenta sobre os fatos jurídicos postos no processo, nunca desacompanhado.

DAS LIMITAÇÕES DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

A compreensão conceitual e a definição da coisa julgada implícita bem como da análise dogmática da extensão do objeto litigioso nos ordenamentos representam imprescindivelmente importância para o estudo do alcance negativo dessa preclusão.

Há quem defenda, pela teoria ampliativa, que se uma demanda não pode ser proposta contendo as mesmas partes e pedido, independentemente se a causa de pedir for diversa. Por outro lado, pela tese restritiva, a eficácia preclusiva fica limitada a cada causa de pedir, independente da repetição do pedido.

Exhypothesi, respondendo ao questionamento lançado em tópico anterior, extraída do caso “DI PAOLO Liliana Olga c. DI PAOLO Zulema Lilia

s. *Cobro ordinario de sumas de dinero*”(ARGENTINA. Tribunal Provincial de Buenos Aires. 2014), havemos por não admitir que pretensões e fundamentos que não foram objetos de demanda possam ser implicitamente admitidos ou rechaçados.

Contrário a esse pensamento, evidenciam-se na doutrina, minoritária, Araken de Assis (1988) Ovídio Araújo Baptista da Silva (2003) e cujos posicionamentos, embora não devam ser reduzidos a assertivas tão diretas e resumidas em trabalho mais detalhado, são no sentido de que a eficácia da coisa julgada se estende além da precisa *causa petendi* invocada. Ou mesmo a de Sérgio Sahione Fadel (1982, p. 49), que, em termos resumidos, entende que a expressão “alegações” (contida tanto no artigo 474 do CPC de 1973 como no dispositivo 508 do atual) seria, em verdade, “causas”, objetivando impedir o fracionamento da lide.

Tal teoria, como pesquisou Humberto Theodoro Júnior (2009. p. 18). tornou-se realidade no direito espanhol com a reformulação da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (CPC espanhol), editada em 2000, que passou a prever, em seu artigo 400¹¹, a hipótese da coisa julgada implícita sobre todos e quaisquer argumentos, expressos ou não, amplificando os limites objetivos da coisa julgada para além da causa de pedir do processo ajuizado, o que ele chamou de “grave preclusão”.

A justificativa para a ampliação dos limites da coisa julgada na reforma do processo civil espanhol objetivou barrar a repetição de processos e a litigiosidade superveniente sobre os fatos conexos, o que, a nosso ver, trata-se de uma mudança paradoxal, pois força irracionalmente os atores processuais, a todo custo, a exaurirem todos os argumentos e

¹¹ Art. 400. [...] 1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta ley en momentos posteriores a la demanda y contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en outro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

as causas de pedir de suas pretensões, deixando o processo mais custoso, lento e ineficiente.

Em contrapartida, no caso brasileiro, entende-se - a partir de um cotejo dos artigos 503, 504, 508do Código - que não há espaço para a coisa julgada implícita no ordenamento brasileiro, ainda mais com a clara opção legislativa (LOPES. 2010. p. 10) de dar relevância ao advérbio “*expressamente*”, tanto no *caput* do artigo 503, quanto no seu § 1º, para efeitos de sua formação:

| | |
|---|--|
| <p>Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.</p> <p>§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:</p> <p>I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;</p> <p>II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;</p> <p>III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.</p> <p>§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.</p> | <p>Art. 504. Não fazem coisa julgada:</p> <p>I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;</p> <p>II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.</p> |
|---|--|

Do mesmo modo, no caso portenho, destacam-se os artigos 347, 357 e 553 que, em seu bojo, idealizam os efeitos da coisa julgada sobre a “*pretensión deducida*” (e não “*deducible*”; sobre a faculdade, e não obrigatoriedade, do réu reconvir quando é demandado e sobre a imutabilidade das “*cuestiones de hecho debatidas y resueltas*”, nunca implícitas:

Como bem lembra João Batista Amorim de Vilhena Nunes (2010. p. 86), no processo argentino “*no há nenhuma disposição legal que obrigue sejam deduzidas todas as pretensões em um único processo*” - como o 508 do CPC brasileiro ou o 400 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhol - tornando, a princípio, mais fácil compreender que o direito portenho renegue a coisa julgada implícita.

Entretanto, o caso paradigma “*DI PAOLO Liliana Olga c. DI PAOLO Zulema Lilia s. Cobro ordinario de sumas de dinero*” (ARGENTINA. Tribunal Provincial de Buenos Aires. 2014), a quem o texto vem referenciando desde o início, demonstra o **contrário: Liliana e Zulema**, irmãs e litigantes entre si, em 2003, receberam uma sentença, transitada em julgado, que determinou a condenação da 2ª irmã ao pagamento à 1ª sobre valores advindos da sucessão da mãe de ambas.

A irmã vencedora na primeira lide, intentou outra ação pedindo, então, valores acessórios ao capital que conseguiu angariar, como juros. O juiz de 1º grau dessa nova ação acolheu a preliminar da ora demandada, Zulema, da exceção de coisa julgada, afirmando que não se poderia “*reabrir se ningún debate sobre dicha relación por cuestiones conexas o accesorias por no haber sido propuestos oportunamente al sentenciante*”.

Nesse segundo caso, é perceptível que o pedido foi distinto, o primeiro pela reparação do dano e o segundo pela condenação no ressarcimento de juros. Tal demanda, então, extinta em 1º grau fora remetida ao Tribunal Provincial de Buenos Aires por apelação da **então autora, tendo mantido a sentença que reconheceu a coisa julgada implícita**, pelos votos divergentes do juiz revisor e do vogal. Vide trecho elucidativo em que se afirma, inclusive, que não existem normas expressas que estabeleçam com precisão os limites da coisa julgada:

En conclusión, si bien no ignoro que no existen normas expresas que establezcan con precisión los límites de la cosa juzgada –como sucede en otras legislaciones, por caso la ley enjuiciamiento español citada-, ése es precisamente el motivo –y razón de ser- para acudir a los postulados de la ciencia procesal, cristalizados en el derecho pretoriano, y dar solución al caso tal como propongo en este voto (ARGENTINA. Tribunal Provincial de Buenos Aires. 2014. p. 21).

Para além da discussão se havia ou não identidade de causa de pedir e pedidos, se se adotaria a teoria restritiva ou ampliativa da eficácia preclusiva coisa julgada, a *ratio decidendi* do julgado se deu com amparo na “*necesidad de que el orden y la paz reinen en la sociedad poniendo fin a los litigios y evitando que los debates entre los contendientes se renueven indefinidamente*”.

Pode-se dizer que tal conclusão é fruto de um embate entre a técnica e a deontologia da coisa julgada. No caso brasileiro, esse enfrentamento, inclusive, pode ser representado pelo *status* de direito fundamental que a proteção da coisa julgada tem no inciso XXXVI¹², art. 5º, da Constituição brasileira, e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, fulcrado no inciso XXXV¹³, do mesmo artigo (TESHEINER. 2001. p. 157).

Assim, a interpretação mais adequada do artigo 508 do CPC e dos limites da eficácia preclusiva da *res judicata* necessariamente deve ser contrabalaneada entres os postulados constitucionais acima referidos. No caso argentino tal tarefa aparenta ainda ser mais difícil, já que a Constituição portenha não trata especificamente, em nenhum dos seus dispositivos, o tema da coisa julgada nem da inafastabilidade da jurisdição (PACOTTI. 2007. p. 69), embora esse esteja presente de forma difusa.

Diante de todas as premissas delineadas - 1) de que o objeto litigioso abrange, além dos pedidos, os fundamentos determinantes da causa de pedir (teoria da substanciação); 2) de que, dogmaticamente, tanto o CPC quanto CPCC valorizam o efetivo e expreso julgamento daquilo que foi deduzido (de forma explícita) pelas partes, e; 3) de que a inafastabilidade jurisdição trata-se de princípio proeminente dos ordenamentos estudados – somos por concordar com a tese de Barbosa Moreira (1977. p. 103-108), aplicável também no processo portenho, que afirma, acertadamente, que inexistente preclusão quando a nova ação, mesmo que deduza o mesmo pedido, seja fundada em causa de pedir diversa, pois a tríplice identidade (causa, pedido e *causa petendi*) entre as ações não se verifica.

¹² Art. 5º [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹³ Art. 5º [...]

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

CONCLUSÃO

Buscou-se, inicialmente, contextualizar, conceituar e definir o instituto da coisa julgada e a sua eficácia preclusiva em ambos os ordenamentos, apontando, precipuamente, as suas fontes normativas e doutrinárias. Observou-se que, ao contrário do que ocorre no processo civil brasileiro, o argentino carece de enunciados específicos que tratem do tema da coisa julgada e seus limites.

Nesse passo, o texto abordou o tema da extensão do objeto litigioso, com amparo na doutrina, mas como mais acuidade na dogmática e nos enunciados normativos do CPC e do CPCC, concluindo que mérito abarca, além dos pedidos, os fundamentos determinantes da causa de pedir (teoria da substanciação).

Ao fim, o texto apresentou um julgado paradigma na argentina em defesa da coisa julgada implícita com menção expressa em seu bojo que inexistente no ordenamento qualquer dispositivo que faça a precisa delimitação da *res judicata*. Ao mesmo tempo, apontou no CPC e no CPCC artigos que impõem o efetivo e expreso julgamento daquilo que de fato é deduzido pelas partes a alegarem, sem mencionar o “implícito”.

Tais digressões permitiram concluir que, em ambos os ordenamentos, ações que tenham mesmas partes e mesmos pedidos poderão ser ajuizadas desde que a causa de pedir seja diversa.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Tribunal Provincial de Buenos Aires. Sentença da Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, de registro nº. 96-S, expediente nº 153.625 – juzgado nº1. Ano 2014. Disponível em: <[http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=29899&n=Ver%20sentencia%20\(153625\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=29899&n=Ver%20sentencia%20(153625).pdf)> . Acesso em: 06 de junho de 2018.

- ASSIS, Araken. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. in *Ajuris*, n. 44, 1988.
- _____. *Cumulação de Ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARRIOS, Eduardo J. *La Demanda em el Proceso Civil y Comercial*. Buenos Aires: Juris –Vélez Sársfield, 1989.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: Red Livros, 1999.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera edición póstuma. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.
- DIDIER JR, Fredie. *Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência*. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 12ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017a. v. 2.
- _____. *Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017b.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, janeiro/dezembro, 2001b.
- _____. *Relativizar a coisa julgada material*. In: *Meio Jurídico*, ano IV, n. 43, mar. 2001a.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001c.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 2.
- FIGUEIREDO GONÇALVES, Tiago. *Ação Declaratória de Inexistência de “Sentença” baseada em “Lei” posteriormente declarada inconstitucional*. In: NERY JR, Nelson,
- GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília. *Limites Objetivos da Coisa Julgada no Projeto de Código de Processo Civil: Reflexões Inspiradas na Experiência Norte-Americana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 194.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada. Trad. Alfredo Buzaid e Benvido Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- _____. Decisão e Coisa Julgada. In: Revista Forense, 1947.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, 2016.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. Rio de Janeiro: s/ed, 1967.
- _____. Ainda e sempre a coisa julgada. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. Litisconsórcio unitário. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- _____. Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 103-108.
- _____. Coisa Julgada e declaração. Temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: Temas de direito processual. 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. Coisa Julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. A coisa julgada: o fim de um mito. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. 2016. v. X.
- NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. Da Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo processual civil. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PACOTTI, José Antonio. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa. (Dissertação de mestrado em direito Constitucional) - Centro Universitário Toledo de Araçatuba. Araçatuba, 2007.
- PALACIO, Lino E. Derecho Procesal Civil. t. V, Ed. Abeledo-Perrot, 2011.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- RIVERO, Ivana. La Cosa Juzgada Irrita. Revista de Derecho del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires - Número 1, Buenos Aires, septiembre 2013.
- SENRA, Alexandre. A coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015: Premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos. Juspodivum. 2017.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4ª edição, 2003, p. 103-135.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da Coisa Julgada. In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil 10.58, 2009.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA SOB A PERSPECTIVA DO JUIZ: ALGUNS APONTAMENTOS

Kelly Kiefer¹

INTRODUÇÃO

Cunhada pelo Ministro Luiz Fux (1996, p. 305), a expressão tutela da evidência está relacionada “àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte releva-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente”. São situações em que há mais do que fumaça do bom direito: há probabilidade de certeza desse direito, que não deve aguardar, para sua satisfação, todo o trâmite do processo comum ordinário. Por isso a inferência de que “a tutela do direito evidente pertence ao campo da ‘justiça’, e não estritamente ao campo do direito” (FUX, 1996, p. 306).

Conquanto não nos seja viável, nos lindes deste trabalho, traçar o esboço histórico dos institutos em que se poderia identificar qualidades intrínsecas aos direitos evidentes, certo é que, na reforma perpetrada pela Lei 8.952, de 1.994, a redação dada ao art. 273 do Código de Processo Civil de 1973 autoriza concluir que se inseriu, no inciso II do mencionado artigo, uma espécie indelével de tutela da evidência.

Com efeito, previu-se então que o juiz poderia, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convencesse da verossimilhança da alegação e restasse caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Desta feita,

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Juíza de Direito. kkiefer@tjes.jus.br

dispensado o requisito da urgência², o proceder inconsistente e/ou procrastinatório evidenciava ainda mais o direito do autor, entendendo, o legislador, que, nestas hipóteses, o direito invocado provavelmente seria confirmado *a posteriori*, com a decisão final.

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2006, p. 39) aduz que, com o dispositivo em análise – art. 273, II, do Código de Processo Civil de 1973 – criou-se, em verdade, novo instituto, sem precedentes no ordenamento jurídico brasileiro: a tutela antecipada *sancionatória*, *assim designada em razão da “semelhança, no que diz com as respectivas causas determinantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional”* (ZAVASCKI, 2009, p. 78).

O fito desta previsão legal foi, conforme Lopes (2006, p. 39), aperfeiçoar a “*efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional, o acesso à ordem jurídica justa [...], com a inversão do ônus do tempo do processo em face da injustiça, ante a conduta desleal do demandado*” a atribuir ao demandante o ônus de “suportar o *dano marginal*”.³

No Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada fundada na evidência foi categorizada em termos amplos e genéricos, do que nos interessa destacar a chamada tutela de evidência sancionatória, pelo que se expõe a redação do preceptivo legal que a consagra: “*Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano*

² Calha registrar que, no direito comparado, especificamente na França, “os modelos do *référé provision* e do *référé injonction* constituem a evolução mais recente do instituto em que a urgência é eliminada e o pressuposto básico para a obtenção da medida é a existência de uma obrigação que não seja seriamente contestável, situação em que o juiz pode deferir a tutela provisória do direito do credor no âmbito de obrigações de entrega de coisa e de dinheiro (*référé provision*) ou no âmbito de obrigação de fazer (*référé injonction*). Os modelos do *référé provision* e do *référé injonction* traduzem procedimentos simples que impedem que o devedor de má-fé ou que queira se valer do processo para fins meramente protelatórios se valha de todos os artifícios do processo de cognição plena para evitar que a obrigação seja rapidamente acertada pelo juízo, de modo que com a decisão do *référé* se economizam recursos da própria Justiça, que se concentra na busca de uma solução rápida para o litígio. E, como aponta a doutrina francesa: o devedor condenado no âmbito do *référé* só usa o processo de cognição plena se realmente existe motivo sério para contestar a obrigação” (THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, 2012, p. 13-59, versão eletrônica).

³ Esclarece-se que o itálico está presente no original da obra citada.

ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”.

Descortina-se, pois, a oportunidade de estudar os requisitos necessários à concessão da medida, buscando-se, ao após, adir à análise a perspectiva do juiz.

TUTELA DE EVIDÊNCIA SANCIONATÓRIA: REQUISITOS

Embora, no atual Código, não tenha havido alusão à verosimilhança, à prova inequívoca, à probabilidade do direito, ao *fumus boni iuris* ou a qualquer outra locução de significado próximo, sustenta-se que este requisito não desapareceu do sistema – e é assim, também, que nos posicionamos.⁴ Há, então, subentendida, a exigência de que o requerente da tutela de evidência esteja secundado por um bom direito, sob pena de se prestigiar uma interpretação irrazoável.

Além disso, exige-se a caracterização do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório.

A rigor, ambas as expressões são tão próximas, mas tão próximas, que se poderia dizer que a distinção entre elas se deve apenas à previsão legislativa, não à sua ontologia. Aliás, nas palavras de Arruda Alvim (2002, p. 29), “é certo que, tanto o abuso do direito de defesa, quanto uma resistência incabível, podem apresentar-se cumulativamente no mesmo comportamento do réu.”

Todavia, diante da conhecida regra de que o intérprete deve buscar “um melhor aproveitamento do dispositivo legal, devemos distinguir as expressões, conforme pretendeu o legislador” (ZAVASCKI, 2009, p. 81).

Assim é que, partindo de uma crítica à redação do dispositivo – porquanto o manifesto *propósito* protelatório, se tomado ao pé da letra, autorizaria a antecipação de tutela com fulcro apenas na *intenção* do réu –, Teori Zavascki (2009, p. 81) explicava que o conteúdo do preceito é

⁴ Encontramos a adoção desta específica diretriz no seguinte julgado: TJMG, 14ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento 1.0470.13.006128-1/004, Rel. Des. Cláudia Maia, j. 13 out. 2017, DJe 20 out. 2017, p. 303.

preenchido justamente a partir do momento em que o réu, através de atos ou omissões exteriores ao processo (embora, é claro, com ele relacionados) adote comportamentos que concretizem, na prática, o intento de postergar o desfecho do processo. E elencava alguns exemplos: “ocultação de prova, não atendimento de diligência, simulação de doença”. Ainda de acordo com este doutrinador, os atos remanescentes, isto é, os atos protelatórios praticados no processo – atos processuais, portanto – é que constituem abuso do direito de defesa.

Conquanto esta tese tenha grande aceitação na doutrina, “as distinções nem sempre refletem contraposições” – já o dizia Barbosa Moreira (1996, p. 198-211, versão eletrônica), muito embora não estivesse, quando escreveu a citação, analisando particularmente esses termos. Deste modo, mesmo nos exemplos, no mais das vezes recolhidos da própria prática, não se consegue divisar exatamente onde começa uma locução e onde se inicia a subsequente. Confirmam-se algumas amostras: repetição de requerimento anteriormente indeferido; retenção reiterada dos autos, a exceder os prazos legais; apresentação de defesa em que se invoque legislação impertinente ou jurisprudência alheia à hipótese em julgamento; exposição das chamadas teses bisonhas, equiparáveis à chicana; esteio da defesa em fato incontroverso ou em teses já superadas na jurisprudência, muitas delas expressamente contrárias a verbetes sumulados, mercê, também, de apresentadas (as teses) em petições padronizadas, sem nenhum traço de originalidade ou adequação ao caso concreto; uso de petições infundadas, geralmente protocolizadas nos últimos instantes do prazo e, preferencialmente – quando se trata de protocolo integrado –, em comarcas longínquas, para que demorem mais a chegar ao destino; dedução de alegação que contrarie outra, exposta no mesmo processo ou até noutro; “asserção de teses jurídicas grosseiramente erradas, v. g., como afirmar-se que cambial não configura obrigação autônoma”⁵ (ARRUDA

⁵ Na jurisprudência: STJ, 4ª Turma, REsp 270.232/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05 out. 2000, DJ 20 nov. 2010, p. 303, aludindo a “alegação manifestamente infundada, porque desarrazoada e contrária ao sistema jurídico e à jurisprudência firme”, inclusive do Tribunal da Cidadania.

ALVIM, 2002, p. 35); rediscussão de matérias preclusas; indicação de nomes ou endereços errados de testemunhas ou, em caráter mais geral, a prestação de informações inverídicas; atravessamento de petições desnecessárias para que os autos permaneçam sempre conclusos ou para que simplesmente não estejam no local devido, mas sejam remetidos a outros setores, como o expediente ou a juntada (o que pode constituir verdadeiro drama em unidades congestionadas, e em que ainda não se usa processo eletrônico); dedução de exceção substancial indireta infundada e que demande produção de prova etc.

Conquanto a inclinação para expor teses absurdas seja aspecto inerente a muitas das hipóteses acima, é no campo recursal que mais vicejam os casos de abuso do direito de defesa. Calham as hipóteses em que se interpuseram recursos manifestamente incabíveis⁶: embasados em normas já declaradas inconstitucionais ou manejados contra entendimento sedimentado na jurisprudência da Corte⁷, mercê, também, da mera reprodução de fundamentos rechaçados em decisão monocrática.⁸

Expostos, assim, os fundamentos teóricos das manifestações abusivas ou protelatórias, fundamentos esses acompanhados de diversos exemplos, insta verificar se elas se caracterizam por si mesmas ou, enquanto requisitos para a antecipação de tutela, exigem o efetivo retardamento da prestação jurisdicional.

A leitura de Zavaski (2009, p. 76-77) é bastante clara ao aludir a um princípio da necessidade, o qual teria iluminado a formação da regra legislativa que, ao estabelecer concordância prática entre dois direitos

⁶ TJES, 2ª Câmara Cível, Embargos de Declaração no Agravo Interno na Apelação Cível/Reexame 24090144031, Relator: Fernando Estevam Bravin Ruy, j. 07 mar. 2017, DJE 16 mar. 2017; STJ, Corte Especial, Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Extraordinário no Recurso Extraordinário nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 1021677/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 07 mar. 2018, DJE 23 mar. 2018.

⁷ STJ, 6ª Turma, Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 998.273/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 17 out. 2017, DJe 27 out. 2017.

⁸ TJES, 1º Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas, Agravo Interno na Ação Rescisória 100160019186, Relator: Fernando Estevam Bravin Ruy, j. 05 dez. 2016, DJe 13 dez. 2016.

fundamentais, a saber, segurança jurídica e efetividade da jurisdição, fez preponderar, na tutela antecipada, o primeiro direito sobre o segundo.

Com base nesta premissa, defendia ele que o retardamento é pressuposto da antecipação de tutela punitiva (ou sancionatória), pois “o ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória”. Em adendo, dizia que, se a invocação de razões infundadas fosse suficiente à antecipação de tutela, “com mais razão se deveria antecipá-la sempre que ocorresse revelia. Para tais hipóteses, o sistema já oferece a solução do julgamento antecipado da lide” (ZAVASCKI, 2009, p. 81).

Em contraponto, Bruno Lopes (2006, p. 118) perfila-se entre os que entendem que no abuso do direito de defesa pode estar contido – embora não necessariamente o esteja – o propósito protelatório. E reforça: “tal abuso não precisa estar direcionado à protelação do desfecho do processo ou provocar efetivamente uma demora adicional”; basta, em sua atilada opinião, que a atitude do réu “seja potencialmente lesiva ao demandante e vedada no ordenamento processual”.

A esta ideia, que tem como fundamento central a vulneração do interesse público intrínseco ao exercício da atividade jurisdicional e ao pleno atingimento de seus escopos, aderimos expressamente.

É que, na moldura publicista do processo, parece-nos que ao Estado interessa a idônea utilização do processo, sem que haja abuso dos mecanismos postos à disposição das partes.

Aliás, este é o fundamento para a repressão e a punição das condutas processuais antiéticas e lesivas, as quais constituem o cerne do abuso do processo⁹, o que será objeto de reflexão mais detida no tópico a seguir.

⁹ No sentido de que o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório constituem atitudes enquadráveis entre os casos de litigância de má-fé, v. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Alcance e natureza da tutela antecipada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 93, v. 337, p. 45-53, jan.-mar. 1997.

ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E PROPÓSITO PROTRELATÓRIO NO CONTEXTO PROCESSUAL

Embora o tratamento do abuso de direito no processo¹⁰ seja diverso e complexo, comportando variantes não somente entre as tradições de *common law* e de *civil law*¹¹, mas também de país a país, é possível identificar, nos mais diferentes ordenamentos, “uma aspiração comum a uma justa e correta administração da justiça” (TARUFFO, 2009, p. 153-183, versão eletrônica).

Com a aceitação do caráter público do processo, identificou-se, com acerto, que os interesses envolvidos numa demanda processual não atingem apenas a outra parte ou terceiros, mas também o próprio Estado (CASTRO FILHO, 1960, p. 54).

É, portanto, no bojo da relação jurídica processual – composta, sabe-se, de diversas situações ou posições jurídicas¹² –, que nos convém estudar o *abuso de direito*, na medida em que os que dela tomem parte utilizem-se de suas faculdades, poderes, deveres e ônus “*não para seus fins normais*, mas para protelar a solução do litígio ou para *desviá-la* da correta apreciação judicial, embaraçando, assim o resultado justo da prestação jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 113).

A prática abusiva, não resta dúvida, tem no desvio de finalidade seu principal (embora não único) critério de caracterização.

¹⁰ Faremos, neste ensaio, uma abordagem unitária dos fenômenos inerentes ao abuso do processo, pois, apesar de eventual diferenciação quanto ao manifesto propósito protelatório, tais fenômenos integram uma mesma realidade, como expõe Helena Abdo (2007, p. 19).

¹¹ Não se ignora, também, a aproximação entre essas duas tradições, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro. Para aprofundamento no tema, consultar Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 16-20 e 48-52).

¹² “Uma vez definido que o conteúdo da relação processual é uma soma sucessiva de situações jurídicas processuais resultantes de posições ativas e passivas criadas a partir de cada ato processual realizado e em cadeia evolutiva, verifica-se que a prática de abusos e ilícitos processuais pode se dar ao longo de toda a relação jurídica processual. É que, conquanto seja unitária, a relação jurídica processual é assim identificada em razão do fato de que nenhuma situação jurídica que a compõe tem um fim isolado. Cada situação jurídica ativa e passiva que surge no processo pode ser identificada autonomamente, porém todas servem para um mesmo fim e desde que sejam vistas em conjunto” (ABELHA, 2016, p. 214).

Como se vê, a *anormalidade* reside na disparidade existente entre os meios de que o sujeito se utiliza e os fins por ele almejados. Ou melhor: a discrepância (ou o desvio) existe em relação aos *fins previstos* pelo sistema para determinados meios e os *fins efetivamente pretendidos* pelo agente com a prática do ato, no *livre* exercício das *situações subjetivas* de que é titular. (ABDO, 2007, p. 101.)

No processo, diante do caso concreto, além do desvio de finalidade, e, contextualizados muitos elementos circundantes à prática do ato, como “sujeitos, forma do ato, lugar em que realizado, circunstâncias temporais, modo com que praticado o ato, fase processual, fatores externos ao processo etc.”, (ABDO, 2007, p. 98) outros fatores também podem ser úteis à individualização do abuso. São eles “*a falta de seriedade do ato, a ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, a lesividade causada à administração da Justiça e a presença de dolo ou culpa*” (ABDO, 2007, p. 94).

Embora não se possa negar ao processo certa simetria com uma disputa ou um jogo, em que, naturalmente, cada um dos polos quer para si a vitória, esta não pode ser obtida mediante jogo sujo, com armas como o falseamento da verdade, as chicanas, a deturpação de fatos. Neste aspecto, “a atuação dos contendores deve estar disciplinada por regras de lealdade e honestidade, as quais constituem o verdadeiro *fair play* e legitimam o resultado final” (ABDO, 2007, p. 128).

Subjazem, pois, ao atuar dos atores processuais “uma série de regras entrosadas, mediante as quais se traçam limites socialmente aceitáveis de comportamento” – o qual, de seu turno, deve ser “compatível com as finalidades de justiça e do Direito” (ARRUDA ALVIM, 1993, p. 10).

Para que o dever de lealdade não se transformasse em carta de intenções, estabeleceu o legislador a responsabilidade das partes por dano processual, seção em que se enumeram condutas hábeis à configuração da litigância de má-fé.

Na experiência nacional, anotou Theodoro Júnior (2000, p. 105), “não há um conceito sintético, mas uma descrição analítica de seis¹³

¹³ Em verdade, a partir de meados de 1998, o rol passou a elencar sete – não seis – tipos caracterizadores de litigância de má-fé, em virtude do acréscimo promovido pela Lei 9.668/98

situações reputadas como configuradoras do abuso no exercício dos direitos e faculdades processuais”.

A lista elaborada pelo CPC/1973 foi mantida pelo legislador de 2015, ficando, pois, assim constituída:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Nestes incisos podem ser encontradas “muitas áreas de superposição” (DINAMARCO, 2009, p. 270), o que torna assaz dificultosa a tentativa de subsumir a apenas um deles (com exclusão dos outros) a conduta desviante, sobretudo ante as controvérsias reinantes acerca de dois aspectos específicos: a necessidade ou a desnecessidade de (i) elemento subjetivo à caracterização do abuso e de (ii) efetivo dano, consistente no retardamento do feito, como resultado da conduta abusiva.

O elemento subjetivo que, como visto, pode ser, junto ao desvio de finalidade do ato, um dos fatores a se considerar para a caracterização do abuso do processo, é fonte interminável de dissenso, mercê, também, de falta de sistematização, inicialmente na própria lei, acerca de sua prescindibilidade ou de sua imprescindibilidade.

A partir da Constituição Federal, contudo, entende-se que o ordenamento adotou uma cláusula geral de boa-fé objetiva,¹⁴ plasmada, sobretudo, no art. 187 do Código Civil (“Também comete ato ilícito

(inciso VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório).

¹⁴ Acerca da adoção de uma cláusula geral de boa-fé objetiva em nosso ordenamento, consultar, dentre as referências empregadas neste ensaio: ABELHA, 2016, p. 210, 212 e 219; ABDO, 2007, p. 118-119, LOPES, 2006, p. 128-129.

o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”).

A despeito disso, a jurisprudência costuma exigir a presença de dolo¹⁵ para a caracterização da litigância de má-fé. Com a devida vênia, pensamos que não é caso de se enredar por elucubrações acerca do que se passou na mente do litigante de má-fé, mas de avaliar objetivamente, a partir de sua ação, o desvalor do ato. Noutras palavras: “o dolo processual é aferido objetivamente a partir da exteriorização do ato processual, das circunstâncias em que praticado, e não da aferição da psique do agente” (BERALDO, 2013, p. 93-94). E, neste particular, à vista da concretização de qualquer das hipóteses previstas no art. 80 do CPC/15, o litigante que nela(s) incidir “terá o ônus de desconstituir a tipificação e afastar de forma expressa a má-fé na execução do ato processual” (BERALDO, 2013, p. 94).

Ressalta-se que, além das já aludidas disposições constitucional e material, o novo CPC – preservando, sob a descrição dos mesmos tipos, a caracterização da litigância de má-fé –, alçou à condição de normas fundamentais do processo civil os deveres de boa-fé e cooperação entre as partes, dispondo os arts. 5º e 6º, respectivamente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” e que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Outro questionamento frequente reside na (des)necessidade de ocorrência de dano como resultado do abuso de direito processual. De uma banda, diz-se que é possível reconhecer a litigância de má-fé – que, já vimos, está intimamente ligada ao abuso de direito, não sendo demais relembrar a noção de que todas as hipóteses hoje previstas no

¹⁵ É muito extensa a quantidade de decisões em que, sob o fundamento de falta de dolo ou de intenção do agente, se deixou de reconhecer ou se afastou a litigância de má-fé. Não nos sendo possível elencá-las todas, colacionamos, apenas a título ilustrativo, dois julgados, um do STJ (3ª Turma, REsp 906.269, Relator Min. Gomes de Barros, j. 16 out. 2007, DJU 29 out. 2007) e outro do TJES: (2ª Câmara Cível, Apelação 30130113043, Relator: Carlos Simões Fonseca, j. 13 mar. 2018, DJe 21 mar. 2019, julgado este em que se exige, também, a ocorrência de prejuízo como consequência da conduta supostamente desvaliosa).

art. 80, NCPD, podem configurá-lo (o abuso) – diante de mera tentativa (OLIVEIRA, 2000, p. 53) de sua prática, ou, ainda, independentemente da superveniência de dano (LEÃO, 1982, p. 94).

De outro lado, argumenta-se que “o dano é *pressuposto* do ato abusivo, pois, sem a produção de *consequências negativas* [...], toda a teoria do abuso do processo não teria razão de ser, nem qualquer utilidade prática” (ABDO, 2007, p. 123).

Na verdade, pensamos que talvez o problema seja de outra ordem: a maior ou menor extensão conceitual do dano. Sim, pois, a partir do momento em que se admita que abarque categorias tão diversas quanto os prejuízos patrimoniais, a potencialização do dano marginal, o advento de dano moral e mesmo o prejuízo à administração da justiça, não se consegue excogitar alguma hipótese em que o dano esteja ausente¹⁶ de modo que, colocados nesta perspectiva, ambos os posicionamentos convergem a um mesmo ponto.

À GUIA DE CONCLUSÃO

Já se disse que “o Poder Judiciário só se justifica se visar à verdade real. Corolário do princípio moderno de acesso ao Judiciário, *qualquer meio de prova é útil*, salvo se receber o repúdio do direito”¹⁷ – hipótese, claro, das provas ilícitas (art. 5º, LVI, da CRFB/88) e daquelas colhidas em processo que se despreste o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88).

Neste aspecto, avulta a importância da previsão contida no art. 369 do CPC/15, em que se prevê que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, para provar a verdade

¹⁶ Daí a conclusão de Helena Abdo (2007, p. 126): “por qualquer ângulo que se analise a questão, o abuso do processo *sempre* provoca danos, tanto de caráter patrimonial como moral, quer em relação ao particular ou ao próprio Estado” (com itálico no original).

¹⁷ STJ, 6ª Turma, REsp 136808/SP, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 26 ago. 1997, DJ 06 out. 1997, p. 50079.

dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

De acordo com as mais conhecidas lições, a prova atípica opõe-se à típica por um de dois motivos: a) ser espécie diversa das previstas em lei ou; b) por ter sido colhida de maneira diferente (BARBOSA MOREIRA, 1994, p. 114-126, versão eletrônica). Na primeira acepção, seja dito de passagem que é difícil excogitar outra espécie de prova além das típicas, que, em regra, esgotam todas as fontes de conhecimento das provas (pessoas, coisas, documentos, fenômenos materiais – naturais ou artificiais). A segunda extensão da atipicidade diz respeito à forma pela qual o juiz tem acesso à prova, ao modo como a obtém.

Conta-nos Barbosa Moreira acerca de um episódio que ocorreu em seu gabinete, ao qual convidou a comparecerem, em ação de investigação de paternidade, o menor, a mãe e o suposto pai. Resumidamente, o que se passou foi que, no dia seguinte, o advogado do suposto pai peticionou argumentando que o magistrado não poderia prestigiar as semelhanças físicas entre as partes, já que os sócios, por exemplo, não são parentes.

Naquele caso, tal comportamento influenciou a convicção do julgador, que, com base naquela percepção – e, expõe reiteradamente em seu texto, à vista do conjunto probatório que já vinha se formando em certo sentido –, entendeu pela paternidade, acrescentando, algo jocosamente, que não é comum que sócios litiguem uns contra os outros.

Em exemplo extremo, Cambi e Hoffman (2011, p. 59-99, versão eletrônica) fazem alusão à passagem bíblica em que perante o rei Salomão se apresentaram duas mulheres dizendo serem mães de um mesmo menino. A fim de dirimir o conflito, Salomão ordenou que a criança fosse dividida ao meio. Uma das mães, então, interveio e disse: “[...] dai-lhe o menino vivo; e de modo nenhum o mateis”, enquanto a outra se manifestou pela divisão.

A preocupação com a vida da criança convenceu Salomão de que aquela era a mãe do menino e isso foi decisivo para o deslinde do caso.

Por certo que este segundo exemplo é cercado de precariedades, mas aqui foi mencionado porque não infirma a sugestão a que nos

referimos na abertura deste tópico: que o magistrado dê especial atenção ao comportamento das partes, sopesando-o, motivadamente, *no conjunto probatório*.

Muito embora não haja, no ordenamento pátrio, dispositivo que autorize expressamente a valoração da conduta como indício ou como elemento de convicção, admitimos que a avaliação da conduta da parte pode encontrar subsunção no disposto em comento (art. 369, CPC/15), que conferiu liberdade e implementou uma cláusula geral ao disciplinar que são admissíveis os “meios moralmente legítimos”, permitindo a valoração da prova de acordo com parâmetros morais e sociais, bem como éticos, já expostos ao longo do texto.

E, nesta senda, “[...] as provas atípicas servem como instrumento dúctil para a administração da justiça, buscando dar razão a quem efetivamente a tem” (CAMBI, HOFFMANN, 2001, p. 68).

Aí – nesse conceito de provas atípicas – cabe valorar, positiva ou negativamente, as condutas omissivas, oclusivas, hesitativas, mentirosas, temerosas, emotivas, injustificadas e irregulares. Sobretudo na tutela de evidência sancionatória, em que se afere o comportamento abusivo ou protelatório de uma das partes, confrontando-o ao provável direito da outra, a conduta de ambas é, no conjunto probatório, elemento a que talvez devamos dar mais atenção.

No dizer de Taruffo (2001, p. 118), o juiz deve ser “intérprete ativo da cultura, da consciência social, dos princípios e dos valores de seu tempo”. A responsabilidade do juiz passa pela condução de seu raciocínio por métodos racionais, apoiado, o raciocínio, em noções passíveis de controle.

É sabido que a prática forense muitas vezes inviabiliza uma fundamentação mais minuciosa. Entretanto, a exata motivação das decisões é um ideal a ser perseguido pelos magistrados, detalhando os motivos da formação de seu convencimento sobre a questão de fato, principalmente quando se valerem de provas atípicas – o que também vale para senso comum e regras de experiência, a fim de fornecer “adequadas justificações

das escolhas feitas, segundo os critérios havidos por aceitáveis no contexto social e cultural de nosso tempo” (TARUFFO, 2001, p. 118).

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ABELHA, Marcelo. Manual de direito processual civil. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Alcance e natureza da tutela antecipada. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 93, v. 337, p. 45-53, jan.-mar. 1997.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Poderes do juiz e tutela jurisdicional: A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual brasileiro (a lealdade no processo). Revista de processo, São Paulo, ano 18, v. 69, p. 7-20, jan.-mar. 1993.
- _____. Tutela antecipatória – Algumas noções – Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12-50.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, ano 21, v. 81, p. 198-211, jan.-mar. 1996.
- _____. Provas atípicas. Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 19, v. 76, p. 114-126, out.-dez. 1994.
- BERALDO, Maria Carolina Silveira. O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo. São Paulo: Saraiva, 2013.

- CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. *Revista de processo*. São Paulo, ano 36, v. 201, p. 59-99, nov. 2011.
- CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: vol. II. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*: (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil). São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Ana Lúcia Iucker Meirelles de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.
- TARUFFO, Michelle. *Abuso dos direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Traduzido por Lorena Miranda Santos Barreiros. *Revista de processo*. São Paulo, ano 34, v. 177, p. 153-183, nov. 2009, versão eletrônica.
- _____. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. *Revista Forense*, ano 97, v. 355, p. 101-118, mai-jun. 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93-129.
- _____; ANDRADE, Érico. *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 13-59, abr. 2012, versão eletrônica.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRÊS IMPORTANTES PONTOS DE CONGRUÊNCIA (OU NÃO) ENTRE REGRAS DO NCPC E A LEI NÚMERO 12.016/2009 (LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA): A NOVA CODIFICAÇÃO E ESSE ESPECÍFICO PROCEDIMENTO ESPECIAL

Leonardo Duarte Bertuloso¹
André Luiz Figueiredo Rosa²

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Direito Processual, atualmente, com o advento das regras trazidas pela nova codificação, em síntese, passou a ser ordenado, com muito mais ênfase do que sob a égide do CPC de 1973, com base em valores estabelecidos na Constituição da República de 1988, especialmente pelo que vêm determinado logo no artigo 1º do Novo CPC: *Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

Dessa maneira, tanto as regras gerais de Processo Civil, contidas no novel Código, como aquelas que compõem o regramento de procedimentos especiais codificado (contidos no bojo do CPC) e não-codificados (não contidos no Código de Processo Civil, mas em legislação extravagante, própria do procedimento especial) devem se nortear pelos valores e normas fundamentais esculpidos na Carta Política brasileira.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. E-mail: leobertuloso@gmail.com

² Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Servidor Público do Estado do Espírito Santo. E-mail afigueiredo@sefaz.es.gov.br

Por falar em Constituição, esta prevê expressamente procedimento especial regrado subsidiariamente pelas diretrizes do Processo Civil, qual seja o Mandado de Segurança, que é estabelecido pelo inciso LXIX, do artigo 5º: *LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público* (destaques apostos). Paralelamente à Carta Magna, a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, veio para substituir a antiga 1.533, de 1951, e trazer regramentos específicos ao procedimento do referido writ³: *Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.*

O objetivo do artigo é analisar e concluir se há compatibilidade entre algumas regras específicas da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016, de 2009) e o Novo Código de Processo Civil de 2015 (em vigor desde 2016), especialmente quanto às seguintes hipóteses: (1) a possibilidade de utilização da Ata Notarial (artigo 384, do NCPC de 2015) para preencher o requisito de prova pré-constituída para comprovação do direito líquido e certo no procedimento de mandado de segurança; (2) cabimento de MS contra decisão judicial; e (3) obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição no processo do MS em caso de sentenças que concedem a ordem.

Inicialmente vale destacar as palavras Tiago Figueiredo Gonçalves, em artigo *Visão Geral dos Procedimentos Especiais* (2015, p. 101), escrito em conjunto com Doutor Rodrigo Mazzei: *O CPC/2015 não cria nenhum embaraço para que sejam previstos procedimentos especiais não codificados, tendo o novo Código o papel básico de editar os regimes gerais do processo, que se aplicam, de forma sistemática, a partir da iluminação constitucional* (destaque contigo no texto original).

De pronto já se vê que a Nova Codificação em momento algum impedirá o funcionamento das regras estabelecidas para esses microssistemas, como é o caso do Mandado de Segurança e de sua lei de regência (Lei n. 12.016/2009). Devendo-se, apenas, no momento de sua

3 Termo em inglês que significa “mandado”, “ordem escrita”, “ordem judicial”. No Brasil é utilizado para designar o mandado de segurança e o habeas corpus.

aplicação se verificar a correta aplicação com a utilização compatibilizada das regras processuais gerais e das regras processuais específicas do procedimento. Sendo o *mandamus* uma ação civil de rito sumário, buscará fonte de regramento processual na sua lei disciplinadora e, ainda, no conjunto legal do NCP.

Importante proceder em novo destaque ao trabalho acima indicado, de Tiago Figueiredo e Rodrigo Mazzei (2015, p. 103): *[...] os procedimentos especiais não codificados são reconhecidos pelo CPC/2015, que passa a ter diálogo mais claro de suplementação apenas naquilo não previsto nas leis especiais ou estatutárias, assim como para exportar as diretrizes afirmadas na codificação como farol de toda a legislação nacional, notadamente as de perfil constitucional.*

E o Mandado de Segurança, como sabido, é um desses Procedimentos Especiais não codificados, previsto, inclusive na Constituição da República, no inciso LXIX, do artigo 5º, que diz: *conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.*

Ora, basicamente, o MS serve a “combater” judicialmente ato ilegal de agente do Poder Público ou de particular no exercício de atribuições do Poder Público, comprovada, de plano, a existência de direito líquido e certo (prova pré-constituída documental). A esse ato ilegal Hely Lopes Meirelles (2016, p. 33-34) chama de Ato de Autoridade e diz que é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

Interessante transcrição de outro trecho da obra de nome Mandado de Segurança e Ações Constitucionais (MEIRELLES, 2016, p. 32-33):

O mandado de segurança, como a lei regulamentar o considera, é ação civil de rito sumário especial destinada a afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade – ordem, esta, a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento a notificação judicial. Sendo ação civil, o mandado de segurança enquadra-se no conceito de “causa”, enunciado pela Constituição da República, para fins de fixação de foro e juízos competentes para seu

juízo quando for interessada a União Federal (art. 109, I e VIII), e produz todos os efeitos próprios dos feitos contenciosos. **Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pela sumariedade de seu procedimento, que lhe é próprio, aplicando-se, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil.** Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridade ou à supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo (destacou-se).

Aplicando-se, subsidiariamente, as regras do NCPC, importante ter em mente que deve haver compatibilidade entre as disposições da lei de regência (Lei n. 12.016/2009) e o que determina a Codificação Processual Civil. E nesse trabalho analisar-se-á, especificamente, 03 (três) exemplos dessas compatibilidades (ou não) entre o NCPC e a Lei do Mandado de Segurança.

COMPATIBILIDADE (OU NÃO)? REGRAS DO NCPC – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

O primeiro ponto (questionamento) passa sobre a ênfase que o NCPC deu à utilização das Atas Notariais, previstas no Artigo 384: *A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou **documentados**, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.* A questão que fica é a seguinte: Atas Notariais, previstas no NCPC, preencheriam o requisito de provas pré-constituídas para impetração do mandado de segurança? São provas documentais ou “apenas” provas documentadas? A prova, no procedimento de mandado de segurança, deve ser produzida de plano, no ato de protocolo da petição inicial, comprovando-se, nesse momento, o direito líquido e certo. Transcreve-se o que Leonardo Carneiro Cunha (2016, p. 503), *in* Fazenda Pública em Juízo, diz:

[...] o que se deve ter como líquido e certo é o fato, ou melhor, a afirmação de fato feita pela parte autora. Quando se diz que o mandado de segurança exige a comprovação de direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de a prova, no mandado de segurança, ser pré-constituída.

Seria a Ata Notarial uma maneira de “burlar” o requisito da prova documental? Acreditamos que não. Mesmo que a prova, em sua origem, tenha outra natureza e, somente após a atuação da autoridade cartorária, passe a ter vestes de documento, crê-se que esse documento seja suficiente para preencher o requisito de comprovação de plano do direito líquido e certo, na medida em que o que se pretende, na ação de mandado de segurança, é que se prove que o ato ilegal (ato coator) seja provado efetivamente e em sua integralidade no momento do manejo da petição inicial. E isso ocorre com a prova através da Ata Notarial.

Mesmo que a nomenclatura a dê a identidade de prova “documentada” e não prova “documental”, é de se concordar que a primeira é espécie da segunda e, assim, está contida no conjunto abrangido pela segunda. Preenchendo assim, ao menos, por lógica, os requisitos de prova documental. Exemplo: Ata Notarial atestando que determinada Autoridade Pública Portuária está a retardar por ordens verbais aos funcionários do OGMO, ilegalmente, o desembarque de containers em determinado porto. Não se conseguiria produzir prova documental dessas ordens, tampouco produzir prova testemunhal. Acreditamos que através de Ata Notarial, substitutiva de prova testemunhal *in casu* poderia, sim, ser utilizada nos mandados de segurança, não havendo que se falar em descompasso entre as regras do NCPC e a Lei n. 12.016/2009. Esse documento (Ata) reduziria a termo o que se provaria por testemunhas (caso o procedimento permitisse) e serviria a provar a existência do direito líquido e certo a ser reconhecido no Mandado de Segurança.

Outro ponto: em quais casos cabe impetração de mandado de segurança contra decisão judicial??, visto que o artigo 5º, da Lei do MS determina: *Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: [...]*

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III - de decisão judicial transitada em julgado.

Importante delimitar que há decisões que são atacáveis por recurso que por regra são dotados de efeitos suspensivo (§4º, caput, do artigo 1.012: *Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação*) ou que podem vir a ter efeito suspensivo (art. 1.019, I, no agravo de instrumento: *podrá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*).

Destaca-se, também, que a Súmula n. 267, do STF (do ano de 1963), a qual dispõe o seguinte: *“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”*. Importante transcrição de outro trecho da obra *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais* (MEIRELLES, 2016, p. 55) para nos situar sobre a aplicação desse enunciado:

A jurisprudência tem admitido a impetração de mandado de segurança contra atos judiciais independentemente da interposição de recurso sem efeito suspensivo quando ocorre violação frontal de norma jurídica, por decisão teratológica, ou nos casos em que a impetração é de terceiro, que não foi parte no feito, embora dele devesse participar, usando o remédio heroico para evitar que sobre ele venham incidir os efeitos da decisão proferida, não se aplicando no caso a Súmula 267 do STF.

No NCPC nem toda decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento, somente as que estão elencadas nos incisos I a XIII, do artigo 1015, sendo as demais atacáveis por recurso de apelação. Diferença clara com o CPC de 1973. Assim, qualquer decisão que não se enquadre só seria revista quando do julgamento da apelação (§1º, do art. 1.009: *As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões*). Logo, cabe mandado de segurança contra decisão judicial (decisão interlocutória) que: (1) não possa ser atacada por agravo de instrumento e, ainda, (2) traga risco imediato de danos irreparáveis ou de difícil reparação

às partes. Exemplo disso, a nosso ver, seria mandado de segurança de decisões interlocutórias que não sejam passíveis de agravo de instrumento e, ainda, proferidas no âmbito dos JEC e Juizados Especiais Federais nas quais se verifique situação de dano efetivo ou potencial. Dessa maneira, nota-se que há congruência entre as regras da Lei n. 12.016 de 2009 e o NCPC, pois, mesmo que haja vedação na lei do Mandado de Segurança, há possibilidade sim, de impetração do *mandamus* contra decisões judiciais.

Sem contar que há caso de decisão judicial transitada em julgado que é passível de mandado de segurança, como é o caso da impetração para discutir relativização da coisa julgada, na medida em que o que se discute não é o trânsito em julgado, mas a relativização da coisa julgada. O mérito do *mandamus* não é o ataque ao trânsito em julgado em si.

Destaca-se, ainda, o que foi decidido pelo STF: “*O mandado de segurança somente se revelaria cabível se no ato judicial houvesse teratologia, ilegalidade ou abuso flagrante, o que não se verifica na espécie. (MS 31831 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 17.10.2013, DJe de 28.11.2013)*”.

O terceiro e último ponto é quanto à obrigatoriedade (ou não) do Duplo Grau de Jurisdição nas sentenças proferidas em Mandado de Segurança que concedem a segurança, ou seja, sentença que condenam a autoridade pública. Há compatibilidade entre o que dispõe o §1º, do artigo 14, da Lei n. 12.016/2009 e os §3º e 4º, do artigo 496⁴

⁴ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] §3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Não. Não há como se compatibilizar as regras do Lei n. 12.016 (regra) com o que determina os §§3º e 4º, do artigo 496, do NCPC (exceções), há que se dizer que o duplo grau de jurisdição (remessa necessária), na medida em que são institutos com natureza jurídica diversa: enquanto no Novo Código de Processo Civil o reexame necessário é condição suspensiva de eficácia da sentença, no Mandado de Segurança a sentença concessiva da segurança produz efeitos desde logo, ainda que esteja submissa ao reexame necessário. Ademais, a Lei do Mandado de Segurança tratou expressamente do tema do reexame necessário. Ela não foi silente, permitindo a aplicação subsidiária do NCPC. Julgado do STJ, da Ministra Eliana Calmon: REsp. 788847 (égide do CPC de 1973, mas aplica-se ao presente NCPC): “1. Inobstante os arestos em sentido contrário, filio-me à corrente segundo à qual é inaplicável ao mandado de segurança os § 2º do art. 475 do CPC, inseridos pela Lei 10.352/01, pois a regra especial, contida no art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, prevalece sobre a disciplina genérica do Código de Processo Civil (art. 2º, § 2º, da LICC⁵)”. Lembre-se que a antiga Lei de Introdução ao Código Civil agora denomina-se LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

CONCLUSÃO

Pelo que se expôs vê-se que, por vezes, as regras contidas na lei que regula o procedimento especial do Mandado de Segurança compatibilizam-se com as regras do NCPC e em determinadas hipóteses não, valendo-se o aplicador e o cientista da análise da natureza jurídica dos institutos comparados, da especificidade da regra jurídica, dos julgamentos dos Tribunais Superiores (que orientam os demais Juízos) e, ainda, das determinações trazidas pela LINDB.

⁵ § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988; Brasília, DF, outubro de 1988.
- BRASIL. Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências; Brasília, DF, agosto de 2009.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil; Brasília, DF, março de 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo – 13ª. Edição, totalmente reformulada, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 503.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MAZZEI, Rodrigo; GONCALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais. In: Cassio Scarpinella Bueno. (Org.). PRODIREITO. Direito Processual Civil. Programa de atualização em Direito: Ciclo 1. 1ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, v. 2, p. 97-128.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. São Paulo, Malheiros, 2016.
- STF. AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA: MS 31831 AgR / PA. Relator Ministro Dias Toffoli. DJ 28-11-2013.

SEGURANÇA JURÍDICA E OS NOVOS PARADIGMAS TRAZIDOS PELO IRDR

Natália Lorenzutti Pereira Pinto¹

Valquíria da Silva Messias²

INTRODUÇÃO

Ao ser instaurado o Novo Código de Processo Civil novas técnicas e institutos jurisdicionais foram implementadas no ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o qual não era previsto no Código anterior, CPC/73. Encontra-se disciplinado entres os artigos 976 e 987 do CPC/2015.

O incidente tem por escopo uniformizar questões de direito que se repetem em inúmeras demandas, isto é, quando aceito, o incidente condiciona uma tese jurídica única às questões semelhantes.

A proposta consiste em garantir isonomia e segurança jurídica ao atribuir igual solução para casos iguais, fazendo com que haja uma economia processual ao julgar apenas um caso que possui força vinculante em relação a todos os outros que se assemelham a ele.

O presente trabalho visa analisar a aplicação do IRDR em um contexto de um Estado Democrático de Direito com ênfase no princípio da segurança jurídica, destacando os aspectos principais da dicotomia da aplicação do IRDR frente a garantia do princípio da segurança jurídica.

¹ Graduanda pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: natalialorenzuttip@gmail.com.

² Graduanda pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: valquiriasmessias@gmail.com.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sabe-se que é por meio do Direito que o Estado aplica seus valores de maneira ideal, sendo esse, pois, um instrumento estatal para garantir a efetivação dos princípios instituídos em um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, a República e o Federalismo são chamados princípios fundantes de nossa Carta, sendo, pois, formas estruturantes, isto é, estabelecem como se manifesta o poder no Estado Brasileiro. Ademais, são também formas de controle visto que moderam qualquer possível abuso de direito, de forma a limitá-lo.

O Estado Democrático de Direito foi sustentado pelo espanhol Elías Díaz, em sua obra “*Estado de derecho y sociedad democrática*” e ganhou espaço no Brasil com o advento da Constituição da República de 1988, que determinou o início de sua regência ao pontuar as garantias fundamentais.

Segundo o jurista, advogado e magistrado Eros Roberto Grau (GRAU, 2006, p. 158-189), o entendimento do Estado Democrático de Direito enquanto um princípio fundamental da Constituição brasileira representa um avanço nas doutrinas constitucionais, principalmente no que concerne à possibilidade de aplicação e/ou interpretação desses conceitos.

Deve-se entender, portanto, o Estado Democrático de Direito como um conceito que estabelece que um Estado se compromete com a garantia de respeito às liberdades civis, isto é, a observância pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, por intermédio de uma ordem jurídica voltada para proteção de tais princípios.

É necessário mencionar que o modelo em pauta remete a garantia de justiça, em um Estado onde a todos é dado o conhecimento de seus direitos bem como seus deveres sempre em consonância aos preceitos constitucionais. A importância levantada por tal questão é que há uma limitação do Poder Estatal que já não mais é permitido em atuar segundo suas próprias convicções de modo a atingir a esfera de direitos fundamentais de seus cidadãos.

Pode-se afirmar ainda, a luz dos ensinamentos de Luciano Alaor Bogo (BOGO, 2005, p. 51), que o atual Estado Democrático de Direito

transcende à mera garantia formal das liberdades individuais, incorporando os postulados do Estado Social, que nem sempre foi democrático, a fim de garantir um Estado sujeito ao império da lei, mas também preocupado em assegurar o desenvolvimento das potencialidades do cidadão e sua participação no cenário político. Prova disso é o sistema de eleições indiretas vigente no Brasil, o qual garante a todo cidadão sua participação na escolha de seus representantes. Garantias da Constituição significam, portanto, garantias das regularidades das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis (KELSEN, 2003, p. 126).

Segurança Jurídica

É visto que no mundo jurídico, como um todo, a insegurança é uma presença bastante concreta e se intensifica com a inobservância dos princípios constitucionais principalmente no que tange às decisões jurisprudenciais que são frutos da discricionariedade atribuída aos magistrados em relação à interpretação das normas fundamentais da Constituição.

O princípio da segurança jurídica, consagrado no sistema constitucional de modo generalizado, é um dos subprincípios básicos que caracterizam o Estado Democrático de Direito, sendo assim, um dos mais importantes princípios gerais que formam o Direito.

A doutrina se divide acerca da presença explícita ou não do princípio em pauta no texto constitucional. Enquanto alguns autores defendem que o artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal o evidencia por meio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Outros, contudo, acreditam que o princípio da segurança jurídica se faz presente de maneira implícita e se estende ao longo de todo o conteúdo da Carta Magna.

Independente da forma com a qual se apresenta, o importante é que graças a ele é possível garantir a constância das relações jurídicas uma vez firmadas visto que o Direito sofre frequentes alterações com o passar dos séculos. Ou seja, a principal função transpassa a proteção do indivíduo de

possíveis atos arbitrários do poder estatal, haja vista que as intervenções do Estado na esfera de direitos dos cidadãos podem ser, muitas vezes, injustas.

Tamanha é a importância que José Afonso da Silva (SILVA, 1993 p. 378) evidencia que é necessário assegurar o valor da segurança jurídica, de modo especial em relação à estabilidade dos valores subjetivos, o que se concretiza na certeza que os indivíduos possuem de que as relações compactuadas sob a égide de determinada norma devem perdurar mesmo que tal norma seja substituída.

Neil MacCormick (MACCORMICK, 2010, p. 16) aduz que a segurança jurídica é um valor fundamental para o Estado de Direito e faz referência à certeza jurídica e a segurança do cidadão frente às arbitragens estatais. Dessa forma, o cidadão tem o condão de se autodeterminar e possuir confiança no Estado.

Nesse ínterim, é pautado na segurança jurídica que o Estado garante ao seu cidadão, um controle confiado a ele pela Carta Magna, e evidencia que apesar no Estado possuir um poder soberano existe uma espécie de dosagem e um controle da utilização deste poder.

Em síntese, condicionar a aplicação do direito ao entendimento individual dos magistrados evidencia uma falha na confiança da população em seu Governo. Ou seja, só podemos afirmar que há efetividade da segurança jurídica, quando mesmo que seja previsto um processo de interpretação do juiz, tal atribuição não sobrepujar o limite da razoabilidade. Em outros termos, não é possível conceber a ideia de que o magistrado legisle o que nem mesmo o legislador não legislou.

Podemos concluir assim que a segurança jurídica é de suma relevância para manutenção de um Estado Democrático de Direito, especialmente devido a sua função de garantir aos cidadãos a efetividade das leis e o cumprimento delas pelo próprio Estado.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)

Um dos grandes desafios que o sistema da *civil law* enfrenta é a possibilidade de dentro de um mesmo espaço geográfico e um mesmo espaço de tempo existem decisões judiciais distintas no que diz respeito a uma mesma demanda judicial (ABELHA, 2016) que envolve interesses idênticos, o que gera contradição de julgados referentes a lides iguais.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) abarcou muitas novidades para o operador do direito, entre elas o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) que está previsto nos artigos 976 a 987 do NCPC, é considerado um novo instrumento para dar maior homogeneidade aos processos e não possui legislação correspondente no código anterior. A litigiosidade repetitiva não é realidade exclusiva do cenário jurídico brasileiro. No direito estrangeiro, diversos mecanismos processuais vêm sendo desenvolvidos (MENDES; TEMER, 2015, p. 284).

O IRDR é uma técnica processual que se destina a agrupar demandas para resolver de forma seriada os litígios. Havendo uma questão comum de direito que seja repetida em vários processos distintos, poderá ser instaurado o incidente de resolução de demanda repetitiva para que a partir de um processo, ou de mais de um, possa ser formado um “modelo” de resolução de conflitos. Esse “modelo” será definido pelo tribunal e aplicado em todos os casos que possuírem a mesma questão de direito no caso em pauta e nos futuros. Após instaurado o incidente, todos os processos com a mesma matéria, no Estado ou Região, serão suspensos pelo prazo máximo de 01 (um) ano.

A necessidade do instituto se justifica quando analisamos a quantidade de processos que tramitam no nosso judiciário. Em meio ao exorbitante número de litígios é possível constatar a enorme quantidade que possuem a mesma demanda de direito, e nesse sentido a máquina do judiciário brasileiro investe muito tempo em demandas repetitivas em massa. O IRDR apresenta-se como uma possível solução do legislador para resolver de forma mais rápida e coesa as demandas levadas ao judiciário.

Os princípios que inspiram o IRDR são economia processual, previsibilidade, segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados. A economia processual se dá em virtude do fato de que os operadores do direito não terão necessidade de avaliar caso a caso daqueles processos com demandas repetitivas, podendo analisar somente um e a partir dele estabelecer um modelo. A previsibilidade é uma característica que se confirma à medida que analisamos os julgados e vemos que litígios com as mesmas problemáticas no que se refere às questões de direito terão a mesma solução. A isonomia é um princípio constitucional que o instituto se propõe a assegurar, decidindo de modo igual as demandas repetitivas. No que diz respeito à segurança jurídica iremos discutir com maior amplitude no tópico seguinte, uma vez que no que se refere a esse item existem questões que precisam ser pontuadas e avaliadas.

(In)segurança jurídica do IRDR

O Novo Código de Processo Civil evidenciou desafios a serem enfrentados em face da antiga legislação. Nesse sentido o IRDR se revela como uma importante aposta do NCPC frente às correções de algumas falhas conhecidas e prejudiciais à manutenção das garantias previstas na Constituição, de forma especial no que concerne a segurança jurídica das decisões do Judiciário.

Nesse sentido, o instituto corrobora o princípio da segurança jurídica na medida em que uma decisão colegiada, como ocorre no caso do IRDR, transmite muito mais segurança se comparada à de um juiz que decide sozinho o mesmo conflito. Isso acontece principalmente porque é estabelecido um diálogo acerca de determinada questão, que no caso transpassa somente um interesse individual e fomenta um debate que posteriormente conduzirá à criação de jurisprudência.

Apesar de em um regime de decisões com mera eficácia persuasiva haja a maior liberdade para a solução das causas, o excesso de julgados contraditórios gera instabilidade e descrédito que corroem a aptidão do Judiciário para criar direito, na medida em que se produz no jurisdicionado e

na comunidade jurídica uma impressão de caos e de loteria jurisprudencial (MELLO, 2008, p. 68.).

Tratar de forma isonômica aqueles submetidos à situação idêntica permite tramitações mais céleres, evitando recursos desnecessários e gerando a eficiência processual, fazendo com que a máquina do judiciário possa oferecer tutela jurisdicional a todos que manifestarem demanda frente ao judiciário, e com isso gerar economia processual.

No entanto, quando analisamos esse mesmo princípio, o da isonomia, de outro lado vê-se que o instituto pode nos conduzir, ao mesmo tempo, a outros questionamentos. Sabe-se que decidir demandas iguais de maneira distinta fere diretamente o princípio da isonomia, que é assegurado pela Carta Magna, e conseqüentemente, põe em xeque o princípio da segurança jurídica, uma vez que em abre precedentes para inúmeros recursos das decisões dos magistrados.

Ademais, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode não se coadunar com o acesso efetivo à justiça, pois ao adotar uma ideologia ligada à rapidez de solução de conflitos, não garante a observância dos direitos e garantias fundamentais, isto é, distorce a concepção de celeridade processual para uma noção de decisão rápida, subtraindo a efetividade dos princípios institutivos do processo, e, por conseqüência, garante um processo mais rápido e não tempestivo como é necessário para uma tutela de direitos adequada.

O texto legal não estabelece qual a quantidade de processos necessários para caracterizar uma efetiva repetição de processos, sendo este mais um conceito aberto e indeterminado previsto no Novo Código de Processo Civil e cabe à doutrina e à jurisprudência traçar contornos mais específicos para caracterizar a efetiva repetição de processos.

Além disso, é importante observar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas apenas é cabível para solucionar controvérsia a respeito de determinada questão de direito. A rigor, não cabe a instauração do IRDR para tratar de assuntos fáticos, apesar de ser evidente que toda questão de direito incidentalmente abordará e revolverá aspectos fáticos.

Cabe salientar que, a simples mitigação dos seus requisitos, já possui o condão de desviar a sua finalidade dos objetivos pensados pelo legislador, pois permitiria que os tribunais atuassem até mesmo de forma preventiva a um possível abarrotamento de recursos e ações de competência originária, quando vislumbrassem que determinada matéria poderia ensejar a repetição massiva de processos, algo que deve ser evitado a qualquer custo.

A adoção do *stare decisis*, assim como qualquer sistema baseado em regras, pressupõe uma redução da sensibilidade dos magistrados para as particularidades dos casos, por isso, ao mesmo tempo em que mitiga o risco de decisões contraditórias e erradas, diminui a perspectiva de se alcançarem soluções ótimas, do ponto de vista da justiça do caso concreto, limitando tanto o mau quanto o bom juiz (SCHAUER, 1989, p. 69).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luz da Constituição Federal suscita-se a importância da real aplicação das garantias fundamentais, principalmente no que tange ao Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos. Assim, é essencial assegurar que o NCPC, bem como as novas técnicas trazidas por ele ao ordenamento, estejam em compatibilidade com os preceitos da Carta Maior, a fim de que ocorra uma constitucionalização do Direito Civil.

Assim, finalizadas as colocações acerca do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e como esse se relaciona com o princípio da segurança jurídica de forma, por vezes, positiva ou negativa, é possível afirmar que o IRDR não pode ser considerado um problema instituído pelo NCPC, contudo, tratá-lo como uma solução para a segurança do judiciário também se mostra equivocado.

Nesse sentido, o presente artigo não tem por objetivo colocar fim às discussões levantadas quanto à efetividade do instituto, em relação ao princípio aqui abordado, entretanto, objetiva suscitar as controvérsias

para que a técnica legislativa seja aplicada de forma a garantir uma tutela de direitos que seja adequada tempestiva e efetiva.

Por fim, devemos concordar que como toda nova técnica sugerida pelo ordenamento, o IRDR encontra limitações para, de fato, ser aplicado com maestria. Portanto, cientes de sua potencialidade, no que diz respeito à tutela dos direitos, que é a finalidade última de todo o ordenamento jurídico, o IRDR precisa ser entendido, no sentido de ser compreendido e nunca se distanciar do seu objetivo primeiro.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcel. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016
- BOGO, Luciano Alaor. Elisão Tributária: licitude e abuso de direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.
- MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning. Publicado em Oxford Scholarship Online: Janeiro 2010.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 68.
- SCHAUER, Frederick. Rules, the Rule of Law, and the Constitution. Constitutional Commentary, Minneapolis, vol. 6, 1989, p. 69. In: MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes, o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p. 68.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

TEMER, S. O.; MENDES, A. G. C. . O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 243, p. 283-331, 2015.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

BREVES REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE IMPORTAÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS PARA OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS, À LUZ DO ARTIGO 327, §2º, DO CPC/2015

Bárbara Altoé Puppín¹
Rodrigo Maia Bachour²

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) legitimou um modelo processual constitucional ao positivar que todas as normas nele contidas devem ser ordenadas, disciplinadas e interpretadas conforme os preceitos estabelecidos na Constituição Federal (CRFB/1988)³.

Em decorrência do propósito de corrigir o descompasso existente entre o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e a Carta Constitucional, por conseguinte, preocupou-se o legislador com a ineficiência da tutela jurisdicional, mormente quanto às práticas processuais arraigadas no formalismo excessivo que permeava o revogado diploma processual.

Diante da mudança paradigmática ocorrida no sistema jurídico brasileiro⁴, importante destacar os valores que conformam o atual

¹ Mestranda em Direito Processual pela UFES. Bolsista pela CAPES. E-mail: barbarapuppín@hotmail.com

² Mestrando em Direito Processual pela UFES. Tabela de Notas e Protesto de Medeiros Neto – BA. E-mail: rodrigobachour@hotmail.com

³ Art. 1º CPC/2015: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

⁴ Mazzei e Gonçalves (2015, p. 100) explicam que: “Essa mudança de paradigma passa

direito processual, sejam eles reproduzidos a partir da CRFB/1988 – garantindo coesão com os preceitos constitucionais –, sejam inovações – para auxiliar na tarefa de corrigir a ineficiência, arbitrariedade e intempestividade da justiça.

Nesse cenário, merece destaque o princípio da eficiência, disposto na Parte Geral⁵, Livro 1, Capítulo 1, intitulado ‘Das normas fundamentais do Processo Civil’, na parte final do artigo 8º do CPC/2015⁶, sendo este compreendido à luz da concretização do acesso à justiça, no sentido de garantir ao jurisdicionado a consecução da tutela adequada, tempestiva e efetiva, mediante um justo processo⁷.

Sob a égide do CPC/1973, restou comprovado que a concepção de um procedimento padrão rígido que permitia pouca flexibilidade para adaptá-lo às necessidades da causa não era capaz de garantir de uma tutela jurisdicional eficiente.

Desse modo, a vigente codificação processual oferece mecanismos para que os atores processuais possam adaptar o procedimento comum no plano concreto, garantido maior adequação do processo como instrumento para a tutela do direito material.

pela compreensão de fatores externos e contingentes à novel codificação, os quais foram determinantes e afetaram diretamente a elaboração do texto codificado e que agora vão exigir do intérprete a sua leitura com novas lentes, sob nova perspectiva, para dele extrair normas que se adaptem à realidade fática e jurídica para o qual foi concebido”

⁵ Segundo Zaneti Jr. e Cabral (2017, p. 5-10), a Parte Geral exerce uma função estruturante no ordenamento jurídico, refletindo um amplo alcance das normas e princípios nela dispostas, capazes de atingir todos os processos e procedimentos, ainda que não codificados.

⁶ Art. 8º CPC/2015: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁷ Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 772-773) aduzem que: “O direito ao processo justo exerce papel de centralidade na compreensão da organização infraconstitucional do processo. É nele que se deve buscar a unidade na conformação do processo no Estado Constitucional. Dada a complexidade da sua ordem jurídica, marcada pela pluralidade de fontes normativas, impõe-se não só uma leitura a partir da Constituição da legislação infraconstitucional, mas também um diálogo das fontes para melhor interpretação da legislação processual e para otimização de soluções conforme ao direito fundamental ao processo justo.”

Destaca-se, nesse sentido, o modelo de flexibilização procedimental adotado pelo CPC/2015, tanto para o juiz (artigo 139, II e VI⁸), quanto para as partes (artigos 190⁹ e 327, §2^{o10}), o qual revela-se apto a permitir a adaptação do procedimento às especificidades da causa e às necessidades dos sujeitos processuais.

Para os fins destas breves reflexões, dedicamo-nos ao estudo da flexibilização procedimental nos procedimentos especiais¹¹, com fundamento no artigo 327 §2^o, que expressamente permite a importação de técnicas processuais dos procedimentos especiais para o procedimento comum, quando compatíveis. Todavia, buscaremos reinterpretar o supracitado dispositivo no sentido de verificar a possibilidade de um livre tráfego das técnicas processuais diferenciadas entre os procedimentos especiais.

⁸ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...] VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

⁹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

¹⁰ Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. [...] § 2^o Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

¹¹ Ainda que exista diferença entre os procedimentos especiais e extravagantes, pois estes trazem normas de direito material e processual, ao passo que aqueles tratam exclusivamente do direito material ou do direito processual, adotaremos a terminologia procedimentos especiais para qualquer procedimento diferente do comum, codificado ou não codificado.

O CONTEXTO DA FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

No atual Estado Democrático Constitucional¹², marcado pela fase metodológica do formalismo-valorativo, as formalidades processuais permanecem imprescindíveis, desde que assegurem outros valores, que não apenas o valor segurança jurídica.

Constatado o caráter instrumental do processo, devem as regras procedimentais ser adequadas para atender as diferentes demandas e, conseqüentemente, prestar ao jurisdicionado uma tutela eficaz.

O modelo processual civil revogado era marcado pelo tecnicismo, fruto da fase autonomista do direito, responsável por distanciar o direito material do direito processual. Com isso, o processo não era capaz de tutelar adequadamente o direito posto em litígio, incorrendo, conseqüentemente, na prestação de uma tutela jurisdicional ineficiente, inadequada e intempestiva.

Em resposta, o CPC/2015 indica a ampliação do sistema da liberdade das formas procedimentais, conforme a maior flexibilidade na aplicação das normas ao caso concreto, paralelamente ao sistema legal procedimental¹³.

Isso significa que não cabe mais ao juiz apenas externar a vontade da lei, uma vez que o legislador não é capaz de prever em abstrato todas as situações de direito material que demandem uma proteção jurisdicional.

¹² Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 217-218) ressalta que “o Estado Democrático Constitucional sobressai da evolução histórica do Estado Liberal e do Estado Social, pois agrega o elemento discursivo e participativo, implicando superação desses modelos de internalização, reconhecidas pela doutrina e pela norma constitucional, do valor ‘participação’ (democracia) na formação e nos processos discursivos das decisões estatais. Sem, contudo, esquecer a dimensão normativa do direito, principalmente, dos direitos fundamentais como marcos materiais balizadores dos comportamentos em nosso ordenamento jurídico.”

¹³ No mesmo sentido, Gajardoni (2015, p. 29. Grifos do autor) assenta que: “No Novo CPC são promovidas alterações profundas no regime procedimental do CPC/1973, com manifesta simplificação dos ritos e, principalmente, com uma tentativa de se mitigar, ao menos parcialmente, a adoção, pelo sistema, do *modelo da legalidade das formas procedimentais*, permitindo-se ao juiz e às partes, diante do déficit procedimental, a adaptação dos procedimentos às particularidades objetivas e subjetivas da causa (*flexibilização procedimental*)”.

E ainda que possível, a lei ficaria rapidamente obsoleta, em razão da evolução constante da sociedade.

Nesse cenário, evidencia-se o modelo de flexibilização procedimental adotado pela vigente legislação processual civil, desprestigiando as formalidades sem valor, com o escopo de alcançar a eficiência da tutela jurisdicional. É garantida, desse modo, aos juízes e partes, a possibilidade de adaptarem o procedimento às particularidades objetivas e subjetivas da demanda, desde que respeitadas as normas processuais civis e constitucionais.

No contexto racionalista, em que o formalismo e rigidez eram as únicas garantias da segurança jurídica, o procedimento ordinário emoldurava-se como padrão por representar o que a experiência mostrou de mais adequado para tutelar as diversas situações da vida. Era, por isso mesmo, alongado e burocrático. Em contrapartida, os procedimentos especiais deveriam ser criados para tutelar situações jurídicas materiais muito específicas e, por conseguinte, eram dotados de maior adaptabilidade.

Viu-se, todavia, que o cenário acima delineado não alcançava o fim proposto, o de prestar uma tutela adequada e eficiente. O procedimento padrão rígido e inflexível não era capaz de se adequar às peculiaridades objetivas e subjetivas das demandas. Como consequência, proliferaram-se os procedimentos especiais, sem qualquer sistematização legislativa¹⁴.

Não se nega a necessidade de procedimentos especiais no sistema processual civil brasileiro para a adequada tutela do direito material, sob pena de retorno ao mito da uniformidade procedimental pensada na fase autonomista. Entretanto, a teoria dos procedimentos especiais deve ser contextualizada com os novos objetivos e valores do CPC/2015.

De nada adianta um diploma processual civil novo interpretado de acordo com paradigmas antigos, por isso, mostra-se necessária uma reanálise dos institutos processuais, no caso em tela, dos procedimentos especiais e técnicas processuais diferenciadas à luz da vigente legislação;

¹⁴ Segundo Sica (2012, p. 72): “As causas dessa descontrolada proliferação são também conhecidas: (a) a crônica ineficiência do procedimento ordinário; (b) o apego injustificado a tradições históricas; e (c) razões de conveniência política”.

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS E TÉCNICAS PROCESSUAIS DIFERENCIADAS

No contexto do CPC/2015, ainda que o legislador processual não tenha trazido grandes alterações no número de procedimentos especiais previstos¹⁵, houve uma alteração profunda na orientação de rigidez-flexibilidade dos procedimentos.

O procedimento comum no vigente diploma processual se materializa em instrumentos processuais típicos, como também nele estão inseridas técnicas processuais atípicas para melhor tutelar o direito, além de cláusulas gerais, a exemplo dos artigos 139, IV (cláusula geral de efetivação), 190 (cláusula geral de negociação processual) e 317 (cláusula geral de sanabilidade).

Isso porque, o sistema processual é marcado pela atipicidade das formas, reflexo do reconhecimento da força normativa dos princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. A positivação de normas processuais abertas aplicáveis a qualquer situação de direito material, torna o procedimento comum adaptável às necessidades do direito material, permitindo, portanto, a construção do procedimento no caso concreto (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 468-470).

Se o procedimento comum agora é dotado de instrumentos que permitem sua flexibilização, os procedimentos especiais tornaram-se mais rígidos, porque disciplinam um direito material específico, por meio de técnicas processuais específicas.

¹⁵ No CPC/2015 foram suprimidos do rol de procedimentos especiais: a ação de depósito, ação de anulação e substituição de títulos ao portador, ação de nunciação de obra nova, ação de usucapião de terras particulares, ação de vendas a crédito com reserva de domínio e a especialização da hipoteca legal (quanto a ação de prestação de contas, note-se que passou-se a prever apenas a ação de exigir contas, excluindo a ação de dar ou prestar contas). Foram acrescentados os seguintes procedimentos especiais: ação de dissolução parcial de sociedade, ações de família, ação de regulação de avaria grossa, ação de ratificação dos protestos marítimos e dos processos testemunháveis formados a bordo. E migraram para o rol dos procedimentos especiais a ação de oposição, ação de homologação de penhor legal, notificação e interpelação.

Segundo Fredie Didier Jr, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p. 70): “o procedimento comum é adaptável, maleável, flexível, bem diferente do modelo tradicional; de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para os procedimentos especiais”.

Nesse cenário, ganharam destaque as técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais ou mesmo aquelas previstas no procedimento comum, a exemplo da tutela provisória sem o requisito da urgência (artigo 311 do CPC/2015).

Veja-se, diante de um procedimento padrão flexível, que permite adequá-lo às necessidades das partes, parece-nos mais importante concentrar-se nas técnicas especiais do que nos procedimentos especiais.

Fredie Didier Jr., Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p. 105-114), sem pretensão de exaustividade, elencaram algumas das técnicas processuais diferenciadas previstas na legislação: (a) autorização para concessão de tutela provisória satisfativa; (b) restrições cognitivas ou probatórias; (c) proibição de alguns incidentes processuais ou de alguns recursos; (d) previsão de fases procedimentais específicas; (e) fragmentação do julgamento do mérito; (f) redefinição da forma ou do prazo de alguns atos processuais; (g) redefinição das situações jurídicas processuais; (h) inversão do ônus de iniciativa ou monitorização do procedimento.

Fincadas tais premissas, passaremos à análise do artigo 327, § 2º, do CPC/2015 para, em seguida, realizar uma breve reflexão sobre o seu alcance.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O ALCANCE DO ARTIGO 327, § 2º, DO CPC/2015

Assim como já previa o CPC/1973, o procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos procedimentos especiais (artigo 318, parágrafo único do CPC/2015). Logo, é permitida a aplicação das técnicas

processuais diferenciadas previstas no procedimento comum no bojo de um procedimento especial, quando com ele compatível.

A inovação do CPC/2015 se consubstancia no artigo 327, § 2º, que permite a possibilidade de cumulação de pedidos de procedimentos distintos, por meio da importação de técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais para o procedimento comum, quando compatíveis.

Seria a hipótese, por exemplo, de o proprietário e possuidor de um bem utilizar-se da liminar de força nova prevista no procedimento especial das ações possessórias na ação reivindicatória, no caso de esbulho ou turbação, resguardando-se contra terceiros de boa-fé. Ou seja, a opção pelo procedimento comum retirava o direito à liminar, ao passo que a opção pelo procedimento especial não tinha eficácia *erga omnes* (MAZZEI, 2018).

Trata-se, como visto, da cumulação de pedidos por meio da importação da técnica especial prevista no procedimento especial das ações possessórias para o procedimento comum, em face da compatibilidade.

Diante de uma leitura orgânica do CPC/2015 com todo o ordenamento jurídico, nos parece razoável interpretar extensivamente a norma veiculada no artigo supracitada, no sentido de permitir a importação de técnicas processuais diferenciadas de um procedimentos especial para outro.

Isso porque, a interpretação restritiva do § 2º do artigo 327 da vigente legislação processual reduziria o modelo de flexibilização procedimental pensado. Se houver compatibilidade, haverá eficiência na cumulação de pedidos, independente de se importar uma técnica para o procedimento comum ou especial.

Seria possível, portanto, em havendo compatibilidade, um livre tráfego das técnicas processuais diferenciadas entre os procedimentos especiais (DIDIER JR., CABRAL, CUNHA, 2018, p. 74), a partir de algumas hipóteses vislumbradas.

Não há razão para impedir a aplicação da tutela de evidência cautelar da improbidade administrativa (artigo 7º da Lei 8.429/1992) na ação civil pública (Lei 7.347/1985) e demais procedimentos para a tutela

coletiva, aproximando-se de uma maior eficiência jurisdicional (DIDIER JR., CABRAL, CUNHA, 2018, p. 72-73).

Outro exemplo seria a importação da técnica de intervenção móvel do Ministério Público prevista na ação popular (artigo 6º, § 3º, da Lei 4717/1965) para a ação de alimentos. Seria o caso de uma mãe que não esteja representando o interesse do filho. Por qual motivo não seria possível o Ministério Público integrar o polo ativo ao invés de um curador, que na prática, não atua de forma eficiente?

Haveria a hipótese da aplicação da regra de apuração de haveres prevista no procedimento especial de dissolução parcial de sociedade (artigo 606 do CPC/2015) para o procedimento de inventário e partilha, assim como não haveria óbice para atestar a compatibilidade entre a fase inicial das ações de família (artigos 694 a 696 do CPC/2015) e o procedimento de inventário e partilha.

E ainda, há hipóteses que o procedimento especial do CPC/2015 se tornou mais completo que a legislação extravagante, a exemplo do regramento das ações possessórias envolvendo litígios coletivos (artigos 554 e 565) que é mais amplo que o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), relativamente à usucapião coletiva.

Do exposto, propõe-se aclarar a discussão do alcance do artigo 327, § 2º, do CPC/2015, ao considerá-lo como uma cláusula geral de flexibilização procedimental, ampliando a interpretação literal do dispositivo, a partir da bússola da eficiência, e sempre com vistas à concretização das normas fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o escopo de garantir uma tutela jurisdicional eficiente, o CPC/2015 ofertou aos jurisdicionados instrumentos capazes de proporcionar uma melhor adequação do direito processual às peculiaridades objetivas e subjetivas do direito material.

Atentou-se para o modelo de flexibilização procedimental adotado pela legislação processual pátria, mais especificamente para o disposto no artigo 327, § 2º, que retrata a possibilidade de importação de técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais para o procedimento comum.

No entanto, vislumbramos a necessidade de interpretar o supracitado dispositivo em diálogo com a missão e princípios do CPC/2015 e, por conseguinte, dos valores constitucionais. Isso significa que não se deve ler um artigo de forma compartimentada, pois cabe ao intérprete do direito identificar o fim objetivado pelo legislador no contexto de elaboração da lei.

Portanto, entendemos possível uma interpretação extensiva do artigo 327, § 2º, do CPC/2015, no sentido de permitir um livre tráfego das técnicas processuais diferenciadas entre os procedimentos especiais, sob pena de negar o alcance da flexibilização procedimental proposta.

REFERÊNCIAS

- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos Procedimentos Especiais: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo CPC. Revista de Direito da AVOCEF, v. 1, n. 21, Porto Alegre, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 1.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Procedimentos especiais no novo CPC. Programa Mesa Redonda nº 20 do Falando de Processo com MAZZEI, Rodrigo; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; CALMON, Rafael; CARVALHO, Antonio. Transmitido ao vivo em 28 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ouRN6dQS0v0>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

- _____; GONÇALVES, Tiago. Visão geral dos procedimentos especiais no novo Código de Processo Civil. In: BUENO, Cassio Sarpinella (Org.). PRODIREITO. Direito Processual Civil. Programa de atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana, p. 97-128, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. Revista de Processo, ano 37, v. 208, p. 61-89, jun. 2012.
- ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm.
- _____; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação da obra. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017.

A NOVA CURATELA DE INTERDITOS

Carlos André Cassani Siqueira¹

INTRODUÇÃO

Até o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), a Ação de Curatela de Interditos era regulada em parte pelo Código Civil (CC) em seus artigos 1.763 a 1.783. Por tratar-se de instituto que compartilha natureza processual e material, o novo diploma processual passou a prever, nos artigos 747 a 764, as regras atinentes ao procedimento da aludida ação. Com isso, revogaram-se os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, relegando-se a disciplina do rito desse instituto tão somente ao CPC/15.

Destaca-se que tal modificação não teve, tão somente, finalidade topográfica, quanto à pertinência da natureza do regramento em relação ao diploma legal em que se insere. As mudanças levadas a cabo pelo legislador processual tiveram, por finalidade, a implementação de melhor panorama protetivo dos incapazes no bojo do instituto da curatela. Dessa forma, as modificações em seu procedimento buscaram fazer com que a instituição da curatela seja vista como medida extraordinária e que, se acolhida pelo magistrado, o embargo à capacidade civil do curatelado seja milimetricamente limitado a suas necessidades.

Todo esse panorama foi originário do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) – Lei nº 13.146/2015, o qual encontra sua essência na Convenção de Nova York, internalizada pelo Decreto nº 6.949/2009. Ambos os diplomas têm a finalidade de concretizar o cenário mundial de

¹ Mestrando em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Correio eletrônico: carloscassani@gmail.com.

promoção da dignidade da pessoa humana no plano da defesa de maior autonomia às pessoas com deficiência.

Portanto, por meio da investigação legal e bibliográfica, busca-se analisar os avanços na perpetrados na Ação de Curatela de Interditos e em que medida as alterações procedimentais foram feitas a contento desse cenário mundial.

O ESPÍRITO DA NOVA CURATELA DE INTERDITOS

Em 2007, foi realizada a Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), cujo protocolo facultativo foi albergado pelo Brasil. Tal diploma internacional foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional por meio da aprovação do Decreto nº 6949/2009, sob o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal. Essa vitória no direito protetivo foi fruto da luta iniciada pela Assembleia Geral das Nações Unidas ao editar a Resolução nº 45/91 com o objetivo de que seus países membros iniciassem ações voltadas ao reconhecimento de uma sociedade mais equitativa quanto às pessoas limitadas por algum tipo de deficiência.

A Convenção de Nova York especifica direitos às pessoas com limitações (sejam estas deficiências, ou não) para que possam autodeterminar-se com o máximo de autonomia possível. Nesse sentido, destacam-se três frentes de atuação do diploma internacional aludido: criação de infraestrutura de adaptabilidade e acessibilidade; combate à discriminação e desenvolvimento das habilidades (SIQUEIRA, 2016, p. 61).

Como forma de regulamentação infraconstitucional deste panorama, foi editada a Lei nº 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, visando diminuir barreiras institucionais à inclusão desse grupo de indivíduos. Tal legislação perpetrou alterações substanciais no ordenamento jurídico pátrio em diversos institutos correlatos às pessoas com deficiência. Dentre essas mudanças, destaca-se a alteração no rol dos sujeitos considerados absolutamente e relativamente incapazes,

alterando, assim, o cabimento da Ação de Curatela de Interditos. A fim de corresponder a contento a essas mudanças do direito material, também sofreu alterações o procedimento de tal demanda judicial, como veremos nesta breve exposição.

OS LEGITIMADOS PARA FIGURAR NOS POLOS ATIVO E PASSIVO DA AÇÃO DE CURATELA DE INTERDITOS

Com a vigência do EPD, observa-se que eventual deficiência deixa de ser sinônimo de incapacidade (TRINDADE, 2016, p. 72). Supera-se o conceito médico de incapacidade, de modo que passa a vigorar o modelo social de abordagem da capacidade dos sujeitos (MENEZES, 2015, p. 05). Tais alterações são concretizadas por meio do artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual altera o regime das incapacidades, previsto nos artigos 3º e 4º, do Código Civil.

Em relação aos absolutamente incapazes (artigo 3º), somente subsiste o caso daqueles sujeitos menores de dezesseis anos de idade, tendo sido revogados todas as outras hipóteses. Em relação aos relativamente incapazes (artigo 4º), foram excluídas todas as alusões a qualquer tipo de deficiência, permanecendo no rol (I) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (II) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (III) aqueles que não puderem exprimir vontade por causa transitória ou permanente e (IV) os pródigos.

Como resultado de tal alteração, também foi modificado o artigo 1.767 do Código Civil, relativo àqueles sujeitos passíveis de figurar no polo passivo da Ação de Curatela de Interditos. De igual maneira, foram excluídas as referências a deficiências, permanecendo no rol somente aqueles sujeitos constantes no artigo 4º do Código Civil, excepcionando-se a hipótese etária, que prescinde de reconhecimento judicial de incapacidade.

A seguir é possível perceber, comparativamente, tais sucessões legislativas de forma mais ilustrativa. Vejamos:

| Código Civil antes da Lei nº 13.146/2015 | Código Civil após da Lei nº 13.146/2015 |
|--|--|
| <p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p> | <p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p> <p>I - (Revogado);</p> <p>II - (Revogado);</p> <p>III - (Revogado).</p> |
| <p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p> | <p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p> |

*continua

| | |
|---|--|
| <p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;</p> <p>II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;</p> <p>III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;</p> <p>IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental.</p> | <p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>II - (Revogado);</p> <p>III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>IV - (Revogado);</p> <p>V - os pródigos.</p> |
|---|--|

Conforme se nota, a incapacidade passa a ser aferida a partir do aspecto volitivo do sujeito. Ou seja, em que medida o sujeito é apto a entender o mundo ao seu redor e assumir responsabilidade de seus atos. A partir dessa perspectiva, assume-se que a incapacidade comporta gradações, devendo ser tutelada na medida da necessidade do indivíduo submetido à Ação de Curatela de Interditos (CRUZ, 2017, p. 74). Assim, não mais se admite a fixação da curatela à razão de tudo ou nada, eis que “assume perfil de medida protetiva e não de interdição de direitos” (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016).

Em ato contínuo, identificado o sujeito que necessite de proteção por meio do instituto da curatela, são legitimados para promover a demanda: (a) o cônjuge ou companheiro do curatelado; (b) seus parentes ou tutores; (c) o representante da entidade em que se encontre abrigado e (d) o Ministério Público. Nota-se que o legislador processualista não abraçou a possibilidade de o próprio curatelado propor a Curatela de Interditos, possibilidade outrora trazida pelo EPD ao modificar o artigo 1.768 do Código Civil, o qual foi revogado tão logo passou a vigorar o Código de Processo Civil de 2015.

Nesse contexto, é importante consignar que cada um dos legitimados deverá comprovar documentalmente na exordial o *status* o qual lhe autoriza propor a Curatela de Interditos (SCHENK, 2015, p. 313). Tal ditame ganha maior importância em relação ao representante da instituição em que o curatelado se encontra abrigo, pois há maior risco de estas entidades serem movidas por interesses escusos (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016).

Em relação ao Ministério Público (artigo 748, do CPC/15), observa-se que sua legitimidade é subsidiária em relação aos demais sujeitos do rol acima elencado. Isso, pois, o *Parquet* somente poderá propor a Curatela de Interditos nos casos em que o sujeito passivo possua doença mental grave e que haja inércia ou incapacidade dos demais legitimados ativos. Ainda, nos casos de inércia, o representante do Ministério Público poderá requer ao juiz que oportunize aos demais legitimados ativos a assunção do polo ativo da demanda. Havendo o aceite, a atuação ministerial se converterá em *custus legis* (SCHENK, 2015, p. 315-316).

O PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE CURATELA DE INTERDITOS

Com o advento da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, observa-se que o panorama vigente passou a ser *pro capacita* no tocante à capacidade civil dos sujeitos. Com isso, nos termos do artigo 85, §1º, do EPD, a instituição da curatela se tornou medida extrema a ser implementada somente quando necessária (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016), restringindo-se tanto quanto possível aos atos de ordem negocial e patrimonial (REQUIÃO, 2015, p. 03). Dessa forma, visa-se manter o curatelado no controle dos aspectos existenciais de sua vida, podendo, mesmo incapaz, autodeterminar-se livremente dentro do meio social em que vive, eis que a incapacidade não lhe retira o *status* de pessoa (REQUIÃO, 2016, p. 06).

Nesta toada, sendo necessário o ajuizamento da Curatela de Interditos para salvaguardar sujeito incapaz, a petição inicial deverá narrar, de forma

pormenorizada, os fatos acerca da incapacidade do sujeito à administração de seus bens e à prática de atos da vida civil. Todas essas alegações deverão ser comprovadas documentalmente, devendo ser juntado Laudo Médico pelo requerente, a fim de demonstrar a verossimilhança de suas alegações para que a inicial seja processada. Caso não seja possível a confecção do laudo, deverá o requerente informar tal fato ao Juízo.

No momento em que receber a inicial, poderá o magistrado deferir tutela de urgência, nomeando curador provisório ao requerido. No entanto, a fim de que isso aconteça, o requerente deverá provar que, naquele momento, a medida antecipatória de urgência é a única maneira capaz de resguardar o pretense incapaz e seus bens (SCHENK, 2015, p. 317).

Determinada a citação do requerido, este será citado para comparecer a uma entrevista com o magistrado, o qual poderá estar acompanhado por profissional especialista. Na ocasião, o juiz poderá optar por ouvir parentes e pessoas próximas do requerido, sendo assegurado, se necessário, o uso de recursos para permitir a interlocução do entrevistado. Também, a entrevista poderá ser realizada no local em que se encontrar o requerido, caso este esteja impossibilitado de locomover-se.

Note-se que este ato processual tem a finalidade de levar ao juiz informações acerca da esfera existencial e particular do requerido, sendo, portanto, de realização obrigatória (SCHENK, 2015, p. 319). Deve o magistrado entrevistá-lo minuciosamente sobre sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos. Com isso, a partir do resultado da entrevista, o juiz entenderá a dimensão das necessidades do indivíduo, conduzindo melhor a instrução processual (REQUIÃO, 2015, p. 3).

Realizada a entrevista, inicia-se a contagem do prazo de quinze dias para que o requerido impugne o pedido exordial, devendo constituir advogado para tanto. Caso permaneça inerte, deverá ser nomeado curador especial, ficando, ainda, autorizada a intervenção dos parentes do requerido na condição de assistente.

Em seguida, o juiz inaugurará a instrução probatória por meio da produção de prova pericial, a qual é indispensável na avaliação da

capacidade do curatelado para a prática de atos da vida civil. Nesse sentir, a depender da natureza da limitação gerada pela incapacidade do sujeito, o juiz poderá valer-se de equipe multidisciplinar a qual confeccionará laudo único após avaliação técnica. Neste momento, a maior dificuldade reside na harmonização da linguagem técnica de cada área de conhecimento em um único documento que seja compreensível ao juiz e às partes, destinatários da produção probatória.

Outrossim, é extremamente importante que os quesitos não sejam nos moldes de tudo ou nada (“sim” ou “não”), mas sejam apresentados de maneira que os peritos possam elaborar suas respostas. Isso porque, sendo a incapacidade parcial, o laudo pericial deverá identificar para quais atos da vida civil haveria necessidade de curatela (REQUIÃO, p. 2015, p. 6).

A partir disso, após a oitiva das partes e do Ministério Público, se for o caso, o juiz será capaz de proferir sentença de instituição da curatela por meio da nomeação de curador e por meio da individualização da medida às circunstâncias específicas de cada caso concreto. São as chamadas *tailored measures* (REQUIÃO, 2016, p. 06), as quais representam os limites da curatela, a serem fixados pelo juiz conforme o estado e o desenvolvimento mental do requerido. Deverão ser consideradas, na sentença, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, a fim de que a curatela não invada sua esfera personalíssima.

Com a nova ótica sobre regime de incapacidades, trazida pelo EPD, “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (artigo 2º, da Lei nº 13.146/2015). Diante disso, não se encaram as barreiras do incapaz como limitações permanentes, podendo vir a serem abrandadas ou, até mesmo, eliminadas. Observa-se reflexo dessa lógica na previsão contida no artigo 756 do CPC/15 quanto à possibilidade de ser requerido o levantamento integral ou parcial da curatela. Para tanto, antes de decidir, o magistrado deverá realizar instrução probatória nos mesmos moldes no rito de instituição da medida.

Independentemente da extensão da curatela, a seus efeitos deverá ser atribuído o maior grau de publicidade possível, eis que a validade dos atos do curatelado passa a depender da assistência ou da representação de seu curador (a depender do grau de incapacidade). Por esta razão, o legislador determinou que a sentença seja inscrita no registro de pessoas naturais e seja publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses. Ademais, impõe sua publicação em imprensa local por uma vez e, no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias. No edital publicado nessas plataformas, deverão constar os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

Por fim, durante o período em que vigorar a curatela, haja vista a perspectiva social da deficiência, de maneira alinhada ao EPD e à CDPD, o legislador determinou que o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito (artigo 758, CPC/15). O cumprimento de tal ditame poderá ser alvo da prestação de contas por parte do curador, o qual deverá prestar contas de seus atos ao final do exercício do encargo. Acredita-se que tal exigência vai além da esfera financeira, mas visa moldar a atuação do curador ao novo panorama acima exposto, da mesma maneira como tem sido readequado o microsistema das incapacidades.

CONCLUSÃO

Por fim, após esta breve exposição, foi possível notar a sensibilidade do legislador ao perpetrar pontuais alterações na Ação de Curatela de Interditos, correspondentes com a nova sistemática de incapacidade civil. Com isso, muda-se a tônica deste procedimento judicial, o qual passa a ser promotor das potencialidades dos sujeitos incapazes em vez de ser interdito de direitos. Por meio dessas modificações, caminha-se

para a mudança institucional e para a mudança da cultura social (afinal, o processo também é manifestação cultural) no sentido de enxergar as habilidades das pessoas com limitações, enaltecendo-as para que possam superar suas barreiras e, assim, possam autodeterminar-se em sua esfera personalíssima, dentro de seu meio social.

REFERÊNCIAS

- ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. A/RES/45/91, de 14 de dezembro de 1991. Organização das Nações Unidas, Distrito Geral. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r091.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- CRUZ, Elisa Costa. A Parte Geral do Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 67-98.
- LAGO JÚNIOR, Antônio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e código de processo civil de 2015. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, Thomson Reuters, v. 08, jul./set., 2016. Disponível em: <http://www.academia.edu/30119185/Primeiras_analises_sobre_o_sistema_

- de_incapacidades_interdição_e_curatela_pós_Estatuto_da_Pessoa_com_Deficiência_e_CPC_15>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 03-33, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Thomson Reuters, v. 06, p. 37-54, jan./mar., 2016.
- SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a interdição no código de processo civil de 2015 (parte 1). *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 311-329, jan./jun., 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/281334432_NOTAS_SOBRE_A_INTERDICA_O_NO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 47-66.
- TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. Os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência (Lei n. 13.146/25) no sistema brasileiro de incapacidade civil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica, Goiás, Goiânia, 2016.

TUTELA DE DIREITOS E
TÉCNICAS EXECUTIVAS

O RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA PRESCRIÇÃO NA LEI PROCESSUAL BRASILEIRA E NA LEI CIVIL ARGENTINA: UMA COMPARAÇÃO LEGISLATIVA

Gilberto Fachetti Silvestre¹

Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques²

Tiago Loss Ferreira³

INTRODUÇÃO

O poder de conceder tutela *ex officio* conferido ao juiz demonstra a importância da atuação do magistrado frente à tutela de interesses de ordem pública. A discussão se refere à possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição de pretensões cíveis, ato gerador da extinção de processos, e acerca da identificação ou não dessa imposição como lesadora de princípios fundamentais que rodeiam o mundo processual brasileiro.

Essa pesquisa visa fundamentar entendimentos perante o reconhecimento de ofício do instituto civil da prescrição no âmbito da ação judicial, durante a tramitação do processo, e, também, comparar analiticamente a existência e a validade dessa questão nos ordenamentos jurídicos processual e material brasileiro e argentino. Visa, outrossim, estabelecer as bases gerais a partir de semelhanças e de diferenças do reconhecimento judicial da prescrição em ambas as disciplinas de

¹ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

² Acadêmico de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: felipe.tres@hotmail.com.

³ Acadêmico de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: tiago.loss@hotmail.com.

direito, a partir de exposições doutrinárias, de revelações de julgados que demonstrem as práticas atuais e de discussão sobre os dispositivos normativos que estabelecem a matéria.

QUANDO PODE O JUIZ AGIR DE OFÍCIO?

A interferência de ofício do magistrado no processo é explicada como um ato que se realiza sem a provocação de outros protagonistas da questão judicial, que ocorre por dever das obrigações pertencentes à ocupação de juiz de direito. Logo, trata-se de um *poder-dever*, ou seja, parte de uma iniciativa própria do julgador em cumprimento obrigatório de um poder que a lei lhe confere. Diante disso, embora tais atos passem a ideia de serem exceções à realidade processual brasileira construída a partir do Código de Processo Civil de 2015, são devidamente tratados e convenionados nos enunciados normativos do *Codex*, com o intuito de uma prevista harmonia entre a previsão do contraditório e dos atos do juiz no contexto do sistema de cooperação que está na base do processo civil nacional da atualidade.

Sobre essa relação entre o viés cooperacional do processo e o conhecimento de ofício, Fredie Didier Jr. (2017, p. 95) relata “Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido”. Dessa maneira, embarcando a noção de que o juiz deve demonstrar às partes e dá-las a chance de se expressarem acerca de decisão de ofício antes de proferi-la, as ditas normas fundamentais positivam a previsão do tratamento necessário à maior adequação procedimental, assim expressas nos artigos 9 e 10 do CPC/2015, respectivamente *in verbis*:

Art. 9. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes

oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Entende, então, que há no Brasil processual pós-vigência da codificação de 2015, essa instrução ao magistrado de retomar aos outros protagonistas do processo as identificações e os atos reconhecimentos *ex officio* antes de sentenciar, dessa forma, correlacionando a cooperação com os deveres do cargo deliberador.

Após a demonstração da atualidade processualista brasileira, interessa demonstrar os momentos em que é obrigação do juiz o dever de agir por ofício.

A titulação de magistrado carrega consigo diversas obrigações baseadas em princípios e em regras. Encontram-se, nesta última, uma série de atos que o juiz deve realizar por motivação própria perante o processo, por culpa de estarem grafadas na lei. Esses são conhecidos como atos de ofício. Assim, atribui-se a tais estabelecimentos a razão de serem hipóteses de interesse público, ou seja, o magistrado age *ex officio* mediante conformidade com a legislação em questões de interesse público previstas pelas normas jurídicas.

Com o intuito de esclarecer a cláusula geral do interesse público, essa pesquisa é orientada pelo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 61), segundo o qual “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Dessa maneira, a junção de interesses particulares em um sistema, corresponde ao interesse público. Adentrando essa análise, cabe entender que as questões que despertam inquietude social em diversos indivíduos, ou seja, aquelas que afetam uma amplitude da população por conta de retratarem ideais que afetem o indivíduo em suas funções dentro da sociedade, a título de exemplo econômicos ou de organização, são positivadas pelo legislador como aptas a um ato por ofício pelo magistrado. A partir dessa positivação, é conferido ao juiz a possibilidade de agir cooperativamente sem provocação das partes e sem que isso viole o impulso oficial.

O CPC/2015 estabelece os momentos para esses movimentos judiciais em diversos enunciados para questões processuais essenciais, A título de exemplo, cabe ressaltar os artigos 64, § 1º; 292, § 3º; 370, *in verbis*:

Art. 64 [...]

§1º. A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.

Art. 292 [...]

§3º. O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Art. 370: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Portanto, são reservados os atos *ex officio* do juiz de direito a determinadas questões entendidas pelo legislador como conjuntos de interesses particulares que expressam necessidade de maior tutela jurisdicional, a exemplo do reconhecimento da incompetência absoluta no correr processual e da necessidade de alteração do valor da causa de um pedido, que afetam âmbitos econômicos e organizatórios do direito perante a sociedade civil. Desse modo, tais questões recebem a classificação de interesse público, por conta da reunião de ideias percebidas pelo legislador como gerais no grupo social e necessárias de maior proteção do ordenamento jurídico, que dão base às hipóteses de reconhecimento *ex officio* pelo magistrado previstas nos *Codex*.

PODE O JUIZ DECRETAR A PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO?

É imprescindível destacar que, obviamente, o decurso do tempo é algo intrínseco à realidade que cerca a vida civil da pessoa (jurídica e natural). Nesse sentido, surgem fenômenos jurídicos que objetivam conferir organização e estabelecimentos específicos ao ordenamento.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2017, p. 715) citam o ministro do STF Luís Roberto Barroso: “a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça”. Dentre tais fenômenos, vale destacar o da prescrição.

Outrossim, há de ser destacado o fato de que a prescrição possui relação com direitos subjetivos de natureza patrimonial, ou seja, os prazos prescricionais somente valerão para direitos subjetivos patrimoniais, aqueles em que o titular do direito pode exigir de outrem determinada conduta ou prestação com base em interesses patrimoniais, visto que direitos extrapatrimoniais, são imprescritíveis.

Caso o devedor não atinja as expectativas do credor, o segundo vê-se no direito de exercer sua pretensão. Não obstante, o direito de exercer a pretensão não pode ser exercido indefinidamente quando relacionado a interesses patrimoniais, visto que, caso contrário, a segurança jurídica estaria ameaçada.

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2017, p. 715): “surge a ideia de prescrição para delimitar um lapso temporal, a fim de que sejam exercitadas as pretensões decorrentes da titularidade de determinados direitos subjetivos patrimoniais pelo seu respectivo titular”.

Cabe lembrar que o direito subjetivo, em sua essência, é caracterizado pela perpetuidade, isto é, não será extinto nunca; o que se torna finito é sua exigibilidade, ou seja, o direito de exercer a pretensão acerca de um direito subjetivo de natureza patrimonial. Do contrário, um cumprimento extemporâneo – que configura verdadeira renúncia à prescrição – poderia configurar locupletamento sem causa. O direito que não foi adimplido pelo devedor não tem mais exigibilidade em juízo, caso o titular do direito não o exerça em tempo previsto em lei.

Logo, é a prescrição capaz de alterar os chamados direitos subjetivos pelo transcurso do tempo. É certo que se vivencia um momento em que a Constituição da República possui enorme influência sobre todo o sistema jurídico, fato chamado, comumente de “*Constitucionalização do Direito*”. Essa realidade do sistema jurídico brasileiro traz consigo o entendimento de que o ordenamento tem de ser balizado pelos paradigmas constitucionais,

tendo esses influência direta na aplicação de determinados fenômenos, como no caso da prescrição.

Aproxima-se, com isso, o direito público e o direito privado. Não existiria, portanto, uma tão evidente separação entre esses dois ramos do ordenamento, já que as aspirações particulares não devem influenciar negativamente o âmbito público. Nesse sentido, escreve José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 337):

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos.

Fica evidente, portanto, que se busca incorporar os ideais de direitos fundamentais, juntamente com a ideia de interesse público à ordem jurídica vigente.

O instituto da prescrição detém uma essência de interesse privado, embora haja uma correlação explícita entre o público e o privado quando se questiona o quesito tempo no direito civil. Francisco Amaral (2014, p. 623), a partir do que escreve, Aníbal de Castro, assim entende:

Justifica-se a prescrição pela necessidade de paz, ordem, segurança e certeza jurídica. [...]. Pode-se assim dizer que, de modo geral, o que se protege é o interesse público, embora, de modo particular, se reconheça que a prescrição é imposta, tendo em vista, principal e imediatamente, o interesse do sujeito passivo e, secundária e mediamente, o interesse geral.

Depreende-se, diante do exposto, que, em nome do interesse público deve, de fato, haver a necessidade de o magistrado arguir a prescrição de uma pretensão de ofício, sem olvidar-se de um dos princípios que regem

o vigente Código de Processo Civil: o do contraditório. Segundo Cassio Scarpinella Bueno (2006, p. 105):

‘Atuar de ofício’ só pode ser entendido como a desnecessidade de o magistrado ser provocado por uma das partes (ou por um terceiro, aí entendido também o Ministério Público, quando atua na qualidade de fiscal da lei) para decidir, de uma ou outra forma, sobre uma ou outra questão. Esta desnecessidade de provocação anterior para decidir, contudo, não pode ser confundida com decisão precipitada, carente, distante ou indiferente aos elementos que se mostrem necessários para bem decidir. [...] O princípio do contraditório, mesmo sob as vestes de ‘colaboração’ ou ‘cooperação’, deve reger toda atividade do Estado, inclusive do Estado-juiz. [...] Na situação concreta em exame, de reconhecimento da prescrição, não há razão sequer para diferir a ampla aplicação do princípio em questão.

A partir do exposto anteriormente, é possível traçar um paralelo entre o ordenamento jurídico brasileiro e o argentino quanto à matéria.

Ao se analisar a lei civil da Argentina, visualiza-se que não é permitido o reconhecimento *ex officio* da prescrição e que há momento para ser alegada no processo, contendo, inclusive, previsão de possível preclusão, de acordo com o Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde agosto de 2015, *in verbis*:

Artículo 2552.- Facultades judiciales. El juez no puede declarar de oficio la prescripción.

Artículo 2553.- Oportunidad procesal para oponerla. La prescripción debe oponerse dentro del plazo para contestar la demanda en los procesos de conocimiento, y para oponer excepciones en los procesos de ejecución.

Cabe, então, identificar a Como exemplo paradigmático da aplicação desta previsão legal pode-se utilizar o seguinte julgado da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina:

JUBILACIONES Y PENSIONES. RENTA VITALICIA PREVISIONAL. Haber mínimo garantizado por la Ley 24.241. PRESCRIPCIÓN

LIBERATORIA. IMPOSIBILIDAD DE APLICARSE DE OFICIO. Art. 2552 del CCyCN. Principio de congruencia. Se dispone que la integración del haber del beneficio de pensión se efectúe desde el otorgamiento de la renta vitalicia. (ARGENTINA, 2017, AAA2B3)

O Código Civil brasileiro de 2002 é categórico ao definir o fenômeno prescricional em seu art. 189, *in verbis*: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206”.

Dado isso, surge um questionamento: a quem cabe alegar a prescrição? Cita-se, a partir da indagação o art. 193 do Código Civil brasileiro: “A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita”.

Dessa forma, ressalta-se a importância que a codificação civil deu ao instituto, no que concerne principalmente às partes.

O código processual brasileiro, por sua vez, estendendo os fundamentos legais do instituto, estabelece as relações diante do reconhecimento por ofício da prescrição no inciso II e no parágrafo único do art. 487 do CPC/2015:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

[...]

II. decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição.

[...]

Parágrafo único: Ressalvada a hipótese do § 1º do artigo 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

Percebe-se que se execiona apenas o tema do § 1º do art. 332, referindo-se às causas sem fase instrutória, em que o magistrado averigua a existência de prescrição, podendo, então, julgar liminarmente improcedente o pedido: “Art. 332. [...]. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. [...]”.

Como exemplo, pode-se citar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, proferido já na vigência do CPC/2015:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO MONITÓRIA RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO DECISÃO SURPRESA NULIDADE DA SENTENÇA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO - SENTENÇA ANULADA. 1- Os atos processuais que vierem a ser praticados a partir de 18 de março de 2016 devem observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/15 (exegese do enunciado administrativo nº 04 do STJ). 2- O dever de consulta estabelece a impossibilidade de o órgão jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado a manifestação das partes, mesmo que a matéria possa ser reconhecida de ofício. 3- No caso, o magistrado de primeiro grau reconheceu de ofício a prescrição, sem que o autor/apelante fosse intimado previamente a se manifestar. 4- Proferida decisão em violação ao princípio da não surpresa deve ser reconhecida a nulidade do pronunciamento judicial. 5- Apelo conhecido e provido, para anular a sentença, determinando o retorno dos autos ao juízo a quo (TJ-ES, 2018, APL nº. 00143633420098080048).

Sendo assim, desprende-se que em regra geral a prescrição não será reconhecida de ofício sem que haja um esclarecimento anterior às partes sobre a questão, para que assim seja concedido aos protagonistas do processo a chance de debate perante tal.

CONCLUSÕES

Observa-se que na Argentina há a expressa proibição da declaração de ofício da prescrição pelo juiz, de modo a haver um direcionamento de tal instituto à manifestação obrigatória pelas partes, constituindo uma hipótese mais relacionada com o interesse particular. Já no Brasil, direcionando-se à ideia de interesse público, o magistrado tem o *poder-dever* de decidir de ofício sobre prescrição. Em regra geral, deve ele comunicar às partes sua intenção, dando-lhes possibilidade de discussão e de influência perante o tema, a fim de que se constituía harmonicamente um ambiente de cooperação processual mediante a prática efetiva do contraditório.

Diante disso, o tratamento conferido à prescrição pelas legislações do Brasil e da Argentina é diferenciado em questões específicas: enquanto os argentinos optaram pela vedação do reconhecimento de ofício pelo juiz da prescrição, o Brasil determinou a possibilidade de um reconhecimento de ofício apenas caso for efetivado junto aos demais protagonistas do processo em um amplo contraditório, com as possibilidades de manifestação e de influência entre os agentes sobre a questão.

Define-se, assim, que as previsões da legislação brasileira são mais condizentes com a atual realidade do primado brasileiro do interesse público, já que estabelece princípios e regras visando à ocorrência de um direito processual mais adequado, efetivo e justo.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. Direito Civil – Introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ARGENTINA, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Bricka, Andrea Verónica c/ ANSeS s/ amparos y sumarísimos de 19/10/2017. Disponível em <https://www.eldial.com/nuevo/resultados-detalle_index2.asp?id=44581&base=14>. Acesso em: 30/04/2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 15ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TJES, Apelação Cível – APL nº. 00143633420098080048, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Wallace Pandolpho Kiffer, julgado em 05/02/2018. Disponível em: <<https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548884421/apelacao-apl-143633420098080048>>. Acesso em: 30/04/2018.

A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE ALTO VALOR

Vitor Carvalho Barbosa¹
Rafaella Boone Schmidt²

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/2015, trouxe algumas mudanças ao modo de enxergar o processo de execução, em especial na concretização de um processo justo, que respeite às garantias individuais e coletivas, assim como a efetivação dos direitos materiais.

Sabe-se que em um modelo processual, o Estado-juiz deve direcionar-se à satisfação da demanda e solução do litígio, por meio da aplicação do direito. Contudo, também é corolário do sistema constitucional e do direito civil brasileiro o respeito ao devido processo legal e a proteção à dignidade da pessoa humana. Diante dessas características, impõe-se uma necessidade de proteção de um patrimônio mínimo do executado, o que inviabiliza a penhora de seus bens no processo de execução, sem prejudicar o adimplemento do crédito executivo.

Em um conflito entre exequente e executado de um lado sempre haverá a necessidade de uma imposição de um direito. Seja em relação ao direito do exequente, que exige a satisfação do crédito; seja referente aos direitos do executado, o qual busca a preservação da liberdade de sua liberdade e seu patrimônio. Nesta balança, atua o magistrado na efetivação

¹ Advogado. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. E-mail: vitorcb@gmail.com.

² Mestrado em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: rafaellabooneschimidt@hotmail.com.

de direitos, equilibrando o direito do exequente/executado e aplicação de um devido processo justo.

Atualmente, na maioria dos casos em que há esse embate, o direito do exequente é frustrado pela impenhorabilidade do bem de família, previsto no Código Civil de 2002 e na Lei n. 8.009/90. Este instrumento de direito material impede a constrição de bem imóvel que tenha preenchido os respectivos requisitos legais, sob o argumento de proteção da dignidade da pessoa humana.

Contudo, percebe-se que a impenhorabilidade do bem de família se tornou uma barreira na solução justa do processo. Esta regra é voltada na proteção exacerbada do executado, que muitas vezes obstam o campo de atuação do juiz na execução civil. Ora, essa regra viola a instrumentalidade do processo e frustra a concretização de um direito reconhecido judicialmente, o direito do credor.

Pois bem, neste trabalho iremos discutir esses princípios e a correta interpretação do instituto de proteção ao bem de família. Para tanto, iremos demonstrar a necessidade de flexibilização de seus conceitos, a fim de garantir efetividade na atuação processual, assim como a satisfação do direito material.

NOÇÕES ACERCA DO BEM DE FAMÍLIA

O instituto do bem de família pode ser conceituado como uma proteção ao bem imóvel utilizado como residência de uma entidade familiar (TARTUCE, 2011, p. 162). Trata-se de uma proteção ao direito de moradia, o qual representa um dos pilares dos direitos da dignidade da pessoa humana, quer como elemento necessário para garantir a integridade física do indivíduo, quer como elemento da estrutura moral da pessoa humana (DIAS, 2015, p. 361).

O objetivo do instituto é assegurar uma residência, em detrimento do direito do credor. Por isso, visa proteger a dignidade e integridade da família, impondo uma justiça social, e com isso, evitar a proliferação

da miséria e marginalização dos indivíduos na sociedade (HARADA, 1998, p. 222).

Este instituto foi inspirado pelo direito norte-americano. Em 1839, através do *Homestead Exemption Act*, na República do Texas, foi inserida a regra a qual determinava a proteção à pequena propriedade rural, de natureza agrícola e residencial. Esta legislação tinha como objetivo de conter uma crise o qual se alastrou entre 1837 e 1839, e por isso, garantiu a proteção do respectivo imóvel contra uma execução por dívida (GAMA, 2014, p. 281).

No Brasil, o instituto do bem de família foi inserido no ordenamento jurídico pelo Código Civil de 1916. Contudo, na redação original no projeto de lei que gerou o CC/16, não existia qualquer remição sobre o tema. Apenas, durante o tramite legislativo, que a temática foi levantada, que culminou na inclusão dos artigos 70 a 73 naquele diploma legal.

O código de Beviláqua não estava adequado a realidade brasileira da época. Como bem destaca Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2014, p. 282), a grande maioria das famílias brasileiras não dotavam de riqueza imobiliária, o que esvaziou a utilização do instituto. Foi apenas em 1990, com a promulgação da Lei n. 8.009/90, que o instituto de proteção ao bem de família passou a tomar a forma que conhecemos hoje. Criou-se na legislação extravagante o “bem de família legal”, o qual estabelecia a proteção legal de imóveis utilizado como residência de uma entidade familiar.

Tempos depois, o Código Civil de 2002 tratou de cuidar do “bem de família convencional”, em seus artigos 1711 a 1722, revogando os termos do Código Civil de 1916. Neste diploma, passou a proteger a residência da entidade familiar escolhida por meio de escritura pública ou testamento, desde que respeitado a reserva de um terço do patrimônio líquido das pessoas integrantes da família, para que não venha causar prejuízo aos direitos de eventual credor.

Perceba que no direito civil passou a vigor uma proteção dualista do bem de família, o qual existem duas legislações diferentes para uma mesma proteção, qual seja, a propriedade privada de uma entidade familiar. Essa dupla assistência decorre justamente da necessidade de amparar um

mínimo vital, garantindo a dignidade do devedor e sua integridade em face de uma execução por dívida, garantindo o direito real de habitação.

PROCESSO DE EXECUÇÃO E SUA FINALIDADE

A relação jurídica processual é constituída com base em um processo dinâmico de solução de conflitos qualificados por pretensões resistida ou não satisfeitas (ABELHA, 2015, p. 4). O processo de execução, especificamente, visa garantir um processo justo de concretização do direito reconhecido no processo de conhecimento ou em título executivo extrajudicial.

Como processo justo, sabe-se que não basta na tutela jurisdicional apenas o reconhecimento de direitos, é necessário também a concretização deles. Faz parte do processo garantir que o vencedor do processo possa usufruir do seu direito, nas condições mais próximas possíveis daquelas que teria na hipótese de não ter ocorrido a crise jurídica, que desencadeou no processo judicial. Tanto que, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 265) já dizia que o instrumento (processo) somente se justifica para cumprir uma finalidade, o qual, no processo de execução é justamente a satisfação do direito.

Para tanto, deve ser seguido um processo que eleve o direito ao contraditório e concretize a defesa de um injusto sacrifício daquele litigante perdedor. Necessita ainda o processo garantir a adequação de meios e resultados, sob o prisma de um devido processo legal, a fim de garantir um desfecho único.

Em uma tutela executiva, não se pode perder de vista o real sentido da tutela jurisdicional, o qual há o conflito entre exequente e executado, ou seja, o embate entre alguém que possui um direito material reconhecido, que carece de efetivação, contra um outro indivíduo que deseja, ao máximo, preservar seu patrimônio e liberdade. A tutela executiva visa balancear essa relação processual, ao mesmo tempo, e que o poder estatal deve proteger o devedor de sair dilacerado das medidas executivas, evitando eventuais abuso e excessos.

Nesse viés, o novo Código de Processo Civil impôs diversas alterações no sistema processual, em especial na forma de atuação do Estado-juiz. O Código de Processo Civil de 1973 tinha uma visão mais fechada, o qual impunha uma tipicidade da conduta do juiz. Contudo, a nova legislação concedeu um caráter mais social ao magistrado, que agora possui um papel mais participativo, a fim de conferir maior credibilidade da jurisdição e na efetiva prestação da tutela.

Era comum no CPC/73 a proteção exacerbada da propriedade privada, o qual muitas vezes outorgava ao executado possibilidade de retardar a atuação judicial e frustrar a expropriação de seu patrimônio. Com o CPC/15, essa supervalorização da figura do executado tende a ser afastada, uma vez que este diploma legal privilegia a atuação proativa do juiz e o uso de princípios de ponderação e proporcionalidade (art. 489, §2º).

Como bem ressalta o jurista Marcelo Abelha (2015, p. 9), a tendência do novo sistema processual é que o juiz tenha um papel de protagonista, atuando sempre focado na solução justa da demanda. Para tanto, deve cumprir o devido processo legal na execução, sob a perspectiva de concretização de direitos.

No embate entre exequente e executado, deve o magistrado buscar equilíbrio para que a execução seja menos onerosa possível para o executado, sem deixar de satisfazer os interesses do exequente. Esse juízo de ponderação deve ser praticado como forma de concretização de direitos, desde que respeitado as premissas principiológicas do código, como o devido processo legal, cooperação, contraditório, etc.

Justamente nessa dualidade entre exequente e executado, deve-se observar dois princípios fulcrais, que o princípio do menor sacrifício possível do executado e da responsabilidade patrimonial.

O primeiro princípio, previsto no artigo 805 do CPC/15, é voltado à proteção do executado. Este deve ser utilizado sempre para impedir a utilização de meios mais gravosos no processo executivo, a fim de afastar os meios coercitivos que ultrapassem o limite do indispensável para satisfação da execução.

Contudo, a legislação processual foi salutar em estabelecer que o executado não pode invocar esse dispositivo de qualquer forma. Ao sustentar ser a medida executiva gravosa deve apontar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de serem mantidos os atos executivos determinados pelo magistrado. Essa regra demonstra justamente uma inovação no processo executivo, no sentido de que o processo de execução tem como escopo conferir liquidez e resultado no direito declarado no processo de conhecimento ou constituído em um título executivo extrajudicial. Não pode o executado utilizar de quaisquer meios para se eximir de sua responsabilidade e esquivar-se dos meios executivos.

Por outro lado, o princípio da responsabilidade patrimonial impõe que o patrimônio do devedor se encontra em uma situação jurídica de sujeitabilidade. Diante de uma relação obrigacional pretérita, os bens do devedor estão destinados à satisfação da obrigação não adimplida. Ante o não cumprimento de suas responsabilidades patrimoniais, os bens do devedor sofrem com uma execução subsidiária (ABELHA, 2015, p. 75).

A importância do estudo destes dois princípios é fundamental para compreender o processo executivo e terá ligação direta com a impenhorabilidade do bem de família, o qual veremos no tópico a seguir.

A REGRA DA IMPENHORABILIDADE E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como vimos anteriormente, a proteção do bem de família tem origem dúplice, tanto pelo Código Civil de 2002, quanto pela Lei n. 8.009/90. A primeira trata sobre o bem de família convencional e segunda trata sobre o bem de família legal. Ambos os institutos possuem mesmas premissas, qual seja, assegurar a sobrevivência de uma entidade familiar, garantindo o seu direito de moradia, eis que esta é a menor célula de uma sociedade.

Este instituto visa afastar a regra da responsabilidade patrimonial em processo de execução. Vimos que nos atos executórios, o devedor responde, com a integralidade do seu patrimônio, pela dívida contraída.

Todavia, a legislação civil e processual civil estabelece hipóteses de exclusão de responsabilidade. Trata-se dos bens impenhoráveis (DIDIER JR., 2009, p. 31).

As hipóteses de impenhorabilidade são casos de restrição ao direito à tutela executiva. O legislador entendeu por bem criar certas hipóteses de exclusão da responsabilidade, em prol de proteção de alguns direitos. É o caso da impenhorabilidade do bem de família. Trata-se de regra que visa proteger o direito fundamento da moradia, bem como a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não deve, como regra, a execução recair sobre esse bem.

Contudo, como bem ressalta Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 29), os direitos não existem senão como forma de assegurar a coexistência pacífica entre membros de uma comunidade. A previsão de normas de ordem pública que visam a proteção de patrimônio deve ser utilizada para harmonizar com direitos, inclusive com o direito do credor na satisfação do crédito.

Desde o CPC/73, o processo de execução vem passando por reformas a fim de solucionar a “crise na execução” (WAMBIER, 2003, p. 134), que por muito tempo, incentivavam a inadimplência do devedor, o que elevaria a descredibilidade do sistema judicial.

É certo o objetivo da norma de direito material em preservar o direito à moradia da entidade familiar, assegurando assim uma sobrevivência digna dos seus entes, por meio da exclusão desse bem do âmbito da responsabilidade patrimonial. No entanto, é certo também que a execução tem uma finalidade específica, que não pode ser esquecida, qual seja, proporcionar o resultado igual ou equivalente de satisfação do direito de exequente.

Pois bem, durante a confecção do novo diploma processual, foi proposta a regulamentação do bem de família, a fim de estabelecer um teto valorativo. O legislador teve a intenção de, ao mesmo tempo, resguardar a proteção da propriedade e garantir a satisfação do crédito. Previa a norma que, em imóveis superiores à mil salários mínimos, era

possível o Poder Judiciário afastar a impenhorabilidade do bem de família e efetuar a penhora.

Essa proposta legislativa teve como ideia fundamental de que a impenhorabilidade se faz necessária para proteger os bens indispensáveis para subsistência da família. Por isso, estaria excluído dessa proteção o imóvel de alto valor, que exceda às necessidades familiar e ultrapassem o médio padrão de vida. Logo, estaria afastado dessa proteção as propriedades de vultuosa quantia, uma vez que, com sua penhora, será possível o adimplemento da dívida e aquisição de uma nova propriedade dentro do padrão médio do brasileiro.

Contudo, este dispositivo veio à ser vetado, por motivos imprecisos e de forma lamentável. Como bem demonstrou Fredie Didier Jr (2007, 165-166) e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 8), o fundamento para afastar este dispositivo foi inconstitucional. Isso porque, o Presidente considerou razoável a mudança legislativa, porém decidiu vetar por ausência de debate com a comunidade jurídica, o que viola as hipóteses de veto no processo legislativo, previsto na Constituição Federal.

Independente do veto do Presidente, não há motivos para afastar possível penhorabilidade do bem de família. Inclusive, é possível dizer que, ao afastar essa norma de caráter objetivo, foi concedida maior liberdade ao magistrado em se determinar, com base no artigo 489, §2º do CPC/15, a possibilidade de penhora do bem de família de acordo com cada caso.

É preciso efetuar uma interpretação teleológica dos dispositivos de direito material e processual. Deve-se analisar a *ratio* dos dispositivos e finalidade do processo, com objetivo de afastar sacrifícios exagerados, garantindo a proteção à dignidade da pessoa humana e direito à moradia, mas também resguardar o bem jurídico sacrificado, qual seja, a pretensão do credor.

Assim, em cada caso, poderá o magistrado avaliar as condições do exequente e executado a fim de decidir sobre a penhorabilidade ou não do bem de família. Não seria justo inviabilizar a penhora de um bem de família de vultuoso valor, prejudicando o direito do credor.

É preciso ter em mente que a impenhorabilidade, tanto da Lei n. 8.009/90, quanto à do Código Civil, visam a proteção de bens imprescindíveis para a família, a fim de corresponder as necessidades de um médio padrão de vida. A legislação não visa proteger a manutenção do *status* de vida do executado.

Por isso, discordamos de opiniões como a Flávio Tartuce (2017, p. A20) que afirma ser impossível a realização de penhora do bem de família. Sustenta o civilista que inexistem critérios objetivos para determinar a penhora e isso poderia conferir enorme liberdade ao julgador. Contudo, é justamente o princípio da ponderação, previsto no art. 489, §2º, do CPC/15, que poderá adequar a realidade do caso concreto com a norma jurídica. Será por meio de interpretação judicial que o juiz poderá conferir se há necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana e direito à moradia, ou, se, pelo contrário, deve-se resguardar o direito do credor.

Dessa forma, percebe-se que, independente de ter ocorrido o veto, existe possibilidade no novo código de processo civil, do juiz efetuar a penhora de imóvel luxuoso, ainda que protegido pelo instituto do bem de família, desde que esteja demonstrada a desproporcionalidade entre o bem jurídico do exequente e executado.

CONCLUSÃO

Diante do que foi dito, podemos concluir que, é preciso garantir a instrumentalidade do processo de execução, a fim de que este venha a cumprir sua função de satisfação do direito de exequente. O instituto do bem de família não pode servir como escudo para todas as situações, como meio de frustração do processo de execução.

Na hipótese em que a alienação do bem de alto valor pode gerar um excedente que ainda permite que o executado adquira outro imóvel dentro do padrão médio do brasileiro, não há qualquer ilegalidade em afastar a proteção do bem de família e efetuar a penhora.

Deve o magistrado utilizar das técnicas da proporcionalidade e ponderação de princípios, como determinara o art. 489, §2º, do CPC/15, a fim de adaptar os direitos do exequente e do executado. Será sempre no caso concreto que poderá ser analisada a possibilidade de penhora.

Por fim, acredita-se que a penhorabilidade de bem de família de alto valor não depende de critérios objetivos. A legislação processual civil concede mecanismos suficientes, através da hermenêutica, que permite o julgador determinar a incidência ou não penhora no caso.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. Revista Forense, v. 398, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de família. 10. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.
- DIDIER JR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. Revista de processo, v. 174, 2009
- _____. Tópicos sobre a última reforma processual (dezembro de 2006). Revista de Processo, v. 147, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Penhorabilidade do bem de família “luxuoso” na perspectiva civil-constitucional. Revista de Direito Imobiliário, v. 7, 2014.
- HARADA, Kyoshi. Impenhorabilidade do bem de família: comentários de acórdãos. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 2, 1998.
- TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. Penhora de bem de família de alto valor: impossibilidade. Carta Forense, v. 164, 2017.

THEODORO JR., Humberto. Tutela Jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil – execução – penhora e questões polêmicas. Revista de processo, v. 101, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação – propostas para minimizá-la. Revista de processo, v. 109, 2003.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TUTELA EXECUTIVA DOS ALIMENTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: MEDIDAS COERCITIVAS E CUMULAÇÃO DE RITOS

Michelle Ivair Cavalcanti de Oliveira¹

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro vem passando por inúmeras transformações, atualizações e aprimoramentos ao longo dos últimos anos 30 anos, especialmente após a Constituição Federal de 1988, a qual deu início a um ciclo de renovação do sistema jurídico brasileiro, tendo o Código de Processo de 2015 (CPC/2015) participado de mais uma etapa deste ciclo.

No âmbito da tutela executiva dos alimentos de origem parental, houve especial e recente alteração legal, na medida em deixou de ser tratada pela Lei de Alimentos (Lei 5.478/68), passando o tema a ser regulamentado no CPC/2015.

A relevância da análise das alterações da tutela executiva dos alimentos no atual diploma processual não se limita ao apontamento das correspondências dos textos da Lei de Alimentos e do CPC/2015, mas sim na verificação se, a partir de um novo contexto social e dos mecanismos de efetivação do direito material reconhecido, as mudanças trazidas são suficientes e adequadas, bem como se o que permaneceu causa novas e/ou antigas inquietações na doutrina e nos profissionais do Direito.

Assim, no presente trabalho, trataremos, brevemente, a respeito das especificidades do novo (?) procedimento da tutela executiva dos alimentos, de origem familiar, dando ênfase às questões das medidas

¹ Mestranda em Direito Processual na UFES. Especialista em Direito Civil e Direito de Família e Sucessões pela UNIDERP. Assessora de Juiz no TJES.

coercitivas e da cumulação de ritos de prisão e expropriação de bens, previstos no atual Código de Processo Civil.

Ressalte-se que não pretendemos o esgotamento do tema na execução dos alimentos, afinal, na maior parte dos seus aspectos, os problemas enfrentados são os mesmos das demais tutelas executivas. O que se almeja, neste estudo, é analisar os pontos nos quais a execução de alimentos se diferencia da execução comum.

Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, através da análise dos dispositivos dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, bem como da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68), e pesquisa jurídica doutrinária sobre o tema.

BREVÍSSIMA CONTEXTUALIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS SOBRE A TUTELA EXECUTIVA DE ALIMENTOS

O direito não é algo à disposição na natureza, não é encontrado *in res natura*, mas é produto do homem. Assim, sendo o homem um ser cultural, o direito também o é, na medida em que não é possível desassociar homem e cultura, homem e direito, e direito e cultura.

O direito deve ser compreendido como um todo, especialmente dentro de um determinado ordenamento jurídico, porém, para fins didáticos, é dividido em diversas áreas, a partir de seu objeto de estudo, dentre as quais se destacam, para o presente trabalho, o processo e o direito das famílias².

² Faremos, no estudo, uso do termo inaugurado por Maria Berenice Dias (2013, p. 28). O termo se mostra bem mais adequado, afinal as famílias apresentam modelos plurais. Deste modo, o sistema jurídico não visa tutelar apenas um modelo familiar, como assim o fez o Código Civil de 1916. Com o advento da Constituição Federal de 1988, à família foi assegurada especial proteção do Estado. Considerando, assim, a nova ótica constitucional, não há mais que se falar em apenas direito da família. Se o direito deve tratar todos com igualdade, aos modelos familiares também deve ser aplicado esse princípio. Portanto, estando os mais diversos modelos familiares protegidos pelo direito, melhor termo, certamente, será Direito das Famílias. Vale registrar, então, o entendimento de Maria Berenice Dias: “Como a linguagem condiciona o pensamento, é chegada a hora de subtrair qualquer adjetivação ao

Neste contexto, é possível concluir que as escolhas legislativas a respeito do processo judicial, especialmente no âmbito do direito das famílias, devem ser compreendidas como fenômeno de poder, na medida em que advém de uma cultura, baseada em uma escolha ideológica da sociedade.

Os valores construídos a partir da ideologia escolhida, encarnados no modo de vida estabelecido entre membros de uma mesma sociedade em dado contexto histórico, ao estarem intrinsecamente relacionados com o direito, fenômeno cultural e, conseqüentemente, dinâmico, explicam o porquê de o sistema jurídico e seus respectivos ramos, ter experimentado diferentes perspectivas metodológicas e ciclos de renovações ao longo dos anos.

Atualmente, na ideologia brasileira, predomina a ideia de que se vive em um Estado Democrático Constitucional³, equilíbrio entre o Estado Liberal e o Estado Social, agregando-se, ainda, a ideia de participação na formação das decisões políticas⁴. O Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) foi elaborado com vistas nesta

substantivo família e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueirêdo Alves, apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações. Assim, a expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos.”

³ Adota-se no presente trabalho a terminologia utilizada pelo Prof. Dr. Dr. Hermes Zaneti Jr (2014). Contudo, esta atual fase ideológica de organização política brasileira também recebe outras denominações, dentre as quais citam-se: Estado democrático de Direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Na verdade, embora se reconheça a importância da correta e adequada utilização dos termos jurídicos, entendemos que, neste caso, o essencial é a ideia de que, no atual estágio ideológico brasileiro, o modelo de Estado se baseia na supremacia da Constituição (rígida), e no respeito e atenção aos direitos fundamentais e a pluralidade da sociedade.

⁴ O mesmo autor (ZANETI JR., 2017, p. 217-8), em outro trabalho, ressalta que “[...] o Estado Democrático Constitucional sobressai da evolução histórica do Estado Liberal e do Estado Social, pois agrega o elemento discursivo e participativo, implicando superação desses modelos de internalização, reconhecidas pela doutrina e pela norma constitucional, do valor ‘participação’ (democracia) na formação e nos processos discursivos das decisões estatais. Sem, contudo, esquecer a dimensão normativa do direito, principalmente, dos direitos fundamentais como marcos materiais balizadores dos comportamentos em nosso ordenamento jurídico.”

ideologia ou perspectiva metodológica, tendo como seu grande marco a Constituição Federal de 1988.

Portanto, o atual Código de Processo Civil está inserido em um ciclo de renovação do sistema jurídico brasileiro inaugurado pela Constituição Federal de 1988. As inovações na legislação nacional decorrem da iluminação recebida pela Constituição com a necessária recodificação civil e elaboração (e/ou renovação) de leis especiais e extravagantes⁵ sobre temáticas específicas⁶.

Anteriormente, a tutela jurisdicional dos alimentos, na fase executiva, era tratada pela Lei 5.478/68, especialmente em seus artigos 16 a 19, e pelo CPC/1973, em seus artigos 732 a 735. Numa nova roupagem, o Código de Processo Civil, com o escopo de concretizar as suas diretrizes principiológicas e normas fundamentais, criou uma série de dispositivos com o objetivo de fornecer ao jurisdicionado uma tutela executiva mais adequada e eficiente.

O PROCEDIMENTO DA TUTELA EXECUTIVA DOS ALIMENTOS NO CPC/2015

A eficiência da tutela jurisdicional pode ser considerada como um dos grandes pilares no qual o processo civil contemporâneo se sustenta e objetiva atingir. Como já defendido neste trabalho, o CPC/2015 participa de um ciclo de renovação de todo o sistema jurídico brasileiro. Ressalte-se, contudo, que o objetivo daqueles que participaram da elaboração da Lei Processual Civil vigente não se limitou a reformar o Código anterior – até mesmo porque este sofreu diversas reformas ao

⁵ O Código Civil, por si só, não seria capaz de alcançar todas as garantias constitucionais, de modo que se reconheceu a importância da criação de microsistemas para suprir tal necessidade. Sobre a relação do Código Civil (2002), os microsistemas e a Constituição Federal (1988): MAZZEI, 2011.

⁶ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Estatuto do idoso (Lei n. 10.741/03), a Lei Maria da Penha (Lei n.11.340/06) e a Lei de Alienação Parental (Lei n. 12.138/10) são exemplos de leis especiais e extravagantes criadas, após o Código Civil de 2002, para a tutela da família e seus entes familiares.

longo dos anos. O escopo se dirigiu a uma mudança paradigmática e interpretativa, de maneira a adequar o processo e dar efetividade aos valores e garantias constitucionais.

O reconhecimento do direito material, por meio da tutela jurisdicional é importante, mas não basta. É preciso que se assegure que a tutela jurisdicional seja efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo (GRECO, 2008).

Deste modo, mesmo reconhecido o direito pelo Estado, é preciso que se tenham meios adequados para efetivação deste reconhecimento. Assim, não havendo o cumprimento voluntário da obrigação reconhecida por decisão judicial, devem haver meios eficientes para torná-la eficaz.

Na seara dos alimentos, a efetividade da decisão, que reconhece o direito a seu recebimento, ganha especial importância, na medida em que se trata de prestação relacionada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 revogou os artigos 16, 17 e 18 da Lei 5.478/1968, os quais tratavam da execução de alimentos. Prevê-se, na atual legislação processual civil, a fase de cumprimento de sentença ou execução de alimentos oriundos de títulos executivos judiciais, tratado no Livro I, Título II, Capítulo IV (artigos 528 a 533).

Consoante previsão do *caput* do artigo 528, o procedimento executivo será adotado no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos. A requerimento do exequente, o executado será intimado pessoalmente para, em três dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Ressalte-se, já neste ponto, que o legislador previu norma especial dispondo sobre a necessidade de intimação pessoal, pois a regra geral, no cumprimento de sentença, é que a intimação do executado seja feita por meio de seu advogado, via Diário Oficial. No entanto, face a natureza da obrigação alimentar, bem como, diante da gravosa possibilidade de prisão, optou-se por comunicar pessoalmente o executado.

O procedimento previsto no artigo 528 e seguintes do CPC é aplicável tanto para o cumprimento de sentença, quanto para a execução fundada em decisão interlocutória ou sentença não transitada em julgado (execução provisória). A diferença, a princípio, seria apenas que a execução provisória de alimentos, fundada em título judicial, assim como ocorre nas demais (art. 522, do CPC), deve ser proposta em autos apartados (art. 531, §1º, do CPC)⁷.

Ademais, como meio de maior proteção do alimentando, o legislador previu regra especial sobre a competência para o cumprimento de sentença ou decisão interlocutória que fixa alimentos, possibilitando ao exequente optar pelo juízo do atual domicílio do executado, do local onde se encontrem os sujeitos à execução ou do próprio domicílio do exequente (CPC, art. 528, §9º).

Se o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação trabalhista, o credor pode requerer que o pagamento seja realizado em folha de pagamento. Importante destacar que não é necessário o inadimplemento para que o credor requeira o desconto em folha de pagamento, uma vez que não se trata de medida coercitiva.

O desconto ou retenção dos alimentos diretamente da remuneração ou renda do executado se trata do meio mais eficiente e célere de efetivar a tutela dos alimentos, razão pela qual o sistema dá preferência a ele⁸. É preciso que se advirta que, embora o desconto em folha de pagamento não possa ser considerado medida coercitiva para o devedor de alimentos, em caso de descumprimento da determinação pelo empregador ou órgão

⁷ Mais à frente, neste mesmo trabalho, defenderemos a possibilidade de que o cumprimento de sentença (execução definitiva) tramite em autos apartados, quando houver cumulação de ritos. Deste modo, embora se possa afirmar que a propositura nos mesmos autos seja a regra (art. 531, §2º, do CPC), quando houver pedidos de tutela executiva em ritos distintos incompatíveis, o cumprimento de sentença definitivo poderá tramitar em autos autônomos.

⁸ Neste mesmo sentido, Marianna Chaves (2016, p. 463-4) ressalta que “[...] a legislação dá preferência ao pagamento feito por um terceiro: retenção dos alimentos diretamente da remuneração ou renda do executado, através de desconto em folha de pagamento [...] Essa incontestável predileção legislativa se justifica pela eficiência da medida ao se coletar os valores devidos diretamente da fonte pagadora.”

responsável pelo pagamento do devedor de alimentos, poderá o juiz se valer de meios coercitivos e penalizantes, como a aplicação da multa prevista no art. 77, §2º, do CPC⁹ e art. 22, parágrafo único, da Lei de Alimentos¹⁰.

Outrossim, o pagamento dos alimentos vincendos e o débito objeto de execução podem ser descontados dos rendimentos ou quaisquer outros tipos de renda do executado, de forma parcelada, caso seja necessário. Limita-se, todavia, que somado à parcela devida, o valor não ultrapasse metade dos ganhos líquidos do autor. Afinal, pretende-se a garantia de subsistência do credor de alimentos, mas também do devedor.

Nota-se que o texto do §3º, do art. 529 do CPC dispõe que poderão ser descontados diretamente não apenas o salário/ subsídio do devedor de alimentos, mas quaisquer de seus rendimentos ou rendas. Deste modo, não havendo, não sendo viável ou suficiente o desconto em folha de pagamento, poderá ser buscado pelo credor de alimentos o abatimento em aluguéis, aplicações do mercado financeiro etc.

Destaque-se, ainda, que o atual Código de Processo Civil dedica o Capítulo VI, Título II do Livro II da Parte Especial para tratar da execução de alimentos fundada em título executivo extrajudicial. Embora a doutrina e a jurisprudência já reconhecessem a possibilidade de executar título

⁹ Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

[...]

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

¹⁰ Art. 22. Constitui crime conta a administração da Justiça deixar o empregador ou funcionário público de prestar ao juízo competente as informações necessárias à instrução de processo ou execução de sentença ou acordo que fixe pensão alimentícia:

Pena - Detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, sem prejuízo da pena acessória de suspensão do emprego de 30 (trinta) a 90 (noventa) dias.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, de qualquer modo, ajuda o devedor a eximir-se ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, ou se recusa, ou procrastina a executar ordem de descontos em folhas de pagamento, expedida pelo juiz competente.

judicial que previsse a obrigação de prestar alimentos, como a escritura de divórcio, a norma foi positivada no artigo 911 do CPC. Inclusive, possibilita-se a prisão civil do devedor, haja vista a aplicação dos §§ 2º a 7º do artigo 528. O artigo 912 do CPC possibilita, também, que haja desconto em folha de pagamento do executado.

Por fim, é importante destacar que caberá ao exequente a escolha do procedimento na tutela executiva de alimentos: a prisão civil ou a expropriação de bens. É ao credor de alimentos que cabe a indicação do rito, de acordo com a sua conveniência, afinal, em cada caso, pode ser mais eficiente um ou outro meio. Ademais, mesmo tendo optado pelo rito da prisão civil, se, posteriormente, for verificado que ele se tornou inócuo, poderá ser requerida a sua conversão ao rito previsto nos artigos 831 e seguintes do CPC, conforme previsão do artigo 530¹¹ do mesmo diploma.

As medidas coercitivas específicas na tutela executiva de alimentos

Embora não se olvide que o desconto dos alimentos nas rendas e rendimentos seja um meio não-coercitivo do executado bastante eficaz, em grande parte dos casos, ele não se mostra viável, especialmente quando o devedor de alimentos não é funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, nem possuir rendas de fácil bloqueio ou retenção.

Nestes casos, não havendo o adimplemento voluntário, as medidas coercitivas em desfavor do executado se mostram meio eficiente na busca pela satisfação do crédito alimentar.

O §1º do artigo 528 do CPC prevê que, caso o executado não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade absoluta (art. 528, § 2º) de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial.

O protesto do pronunciamento judicial é, ao nosso ver, um meio coercitivo. Todavia, parte da doutrina defende que o protesto poderá ser

¹¹ Art. 530. Não cumprida a obrigação, observar-se-á o disposto nos arts. 831 e seguintes.

realizado de ofício pelo juiz, independente de requerimento da parte exequente neste sentido. Data vênia, ousamos discordar.

Entendemos que, em alguns casos, é possível que não seja conveniente para o credor de alimentos levar o pronunciamento judicial a protesto, pois poderá reduzir a esfera de pagamento do devedor. É o caso do devedor de alimentos que, costumeiramente, paga a obrigação alimentar com o cartão de crédito, ou daquele que, por alguma questão excepcional, não efetuou o pagamento dos alimentos, mas que tem a pretensão de fazer um empréstimo junto a instituição financeira para pagá-lo. Não se está dizendo que, nestes casos, o protesto necessariamente não deverá ser realizado, uma vez que se incorreria no mesmo problema, a generalização.

Contrariamente, o que se pretende é a proteção do credor de alimentos, que é quem possui maior capacidade para perceber se, naquele caso, é adequado o protesto do título executivo judicial, ou se há peculiaridades que poderão tornar a medida que dificultará o adimplemento do crédito. Assim, a análise da eficiência da medida e da boa-fé do executado deverá ser feita pelo exequente, que poderá ou não requerer o protesto.

Portanto, considerando, ainda, que o protesto se trata, assim como a prisão civil, de medida coercitiva e que elas estão na esfera de disponibilidade do credor, é este quem deverá decidir se quer ou não aplicá-las.

Se a prisão civil do devedor de alimentos apenas poderá ser aplicada mediante requerimento do credor¹², assim como o desconto dos alimentos na folha de pagamento deve ser realizada apenas se o exequente requerer (CPC, art. 529, *caput*), entendemos que, da mesma forma, o protesto apenas deverá ser realizado caso a parte credora assim o peça.

Além do protesto, o juiz poderá decretar a prisão civil do executado como meio coercitivo de pagamento. Quanto ao prazo desta medida, o legislador perdeu a oportunidade de sanar a controvérsia que já existia no

¹² Embora o artigo 528, § 3º do CPC preveja que caso o executado não pague ou não justifique, será decretada a sua prisão, o STJ já havia enfrentado o tema, de maneira que se entendeu pela necessidade de requerimento da parte exequente para que fosse decretada. (STJ, HC 128.229/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, dj 23.04.2009).

CPC/1973. Isto porque na Lei de Alimentos (art. 19) a previsão é de que o prazo da prisão é de até 60 (sessenta) dias, já o Código de Processo Civil prevê o prazo de 01 (um) a 03 (três) meses.

Neste ponto, entendemos que, além da Lei de Alimentos se tratar de lei extravagante (legislação especial) sobre o tema¹³, em razão de ser o prazo ali previsto menos gravoso para o executado, e em respeito à dignidade da pessoa humana, entendemos ser aplicável o prazo de 60 (sessenta) dias.

Ademais, o § 3º do art. 528 do CPC, determina que a prisão seja cumprida em regime fechado¹⁴, devendo o preso ficar separado dos presos comuns. O cumprimento do período previsto de prisão não exime o executado das prestações vencidas e vincendas, pois, como já dito, se trata de medida coercitiva e não penalizante.

A súmula 309 do STJ influenciou o legislador processual ao prever, no § 7º do artigo 528, que a prisão apenas poderá ser decretada para coagir o executado a pagar as prestações referentes a até os três últimos meses. Essa limitação pode ser justificada pela gravidade da medida coercitiva adotada, e, apesar da sua possibilidade, devido a relevância da natureza alimentícia do crédito, a urgência seria diferida, em razão do transcurso do prazo.

Em outras palavras, o sistema reconhece que o crédito alimentar tem natureza prioritária e, por conta disso, lança mão da prisão civil como meio coercitivo. A par disso, é preciso ponderar que tal medida coercitiva é bastante gravosa, de maneira que, passados mais de três meses do inadimplemento sem que o credor tenha requerido a tutela executiva, entende-se que a urgência no fornecimento dos alimentos que justifica a prisão é apenas aquela que compreende os três últimos meses anteriores ao pedido e aquelas parcelas que se vencerem no curso da ação.

¹³ Sobre a não revogação da Lei de Alimentos (1968) pelos diplomas processuais de 1973 e 2015 mais recentes (lei nova), ver: DIAS, 2013, p. 234-5)

¹⁴ Sobre a possibilidade de prisão domiciliar, em casos excepcionais, do devedor de alimentos, confira-se: LIMA; DIAS, 2016, p. 499-530.

Ressalte-se que, desde a primeira prestação inadimplida, poderá ser decretada a prisão do executado, estando limitado às três anteriores ao ajuizamento da execução.

O protesto e a prisão civil são os meios coercitivos expressamente previstos e disciplinados, específicos para a execução de alimentos, uma vez que não é admitida a penhora do salário ou a prisão civil do devedor por outras dívidas. Contudo, não se pode esquecer dos meios coercitivos previstos para as execuções em geral, que poderão ser aplicados à execução de alimentos.

Conforme já expostos em outras oportunidades ao longo deste texto, o seu objetivo primordial é analisar as especificidades da tutela executiva dos alimentos, especialmente sob a ótica do atual diploma processual. Entretanto, dada a importância do art. 139, IV, do CPC, o qual é aplicável não apenas às execuções de alimentos, entendemos pertinente tratar, brevemente, do referido dispositivo, especialmente no que tange ao objeto do presente estudo.

O artigo 139, IV do CPC/2015, possibilita ao juiz determinar outras medidas para assegurar o cumprimento de ordem judicial. O seu ponto de destaque é a ampliação dos poderes de efetivação do juiz, ao possibilitar o manejo de medidas atípicas, mormente, porque prevê expressamente que o dispositivo é aplicável às ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Neste sentido, Rodrigo Mazzei e Marcelo Rosado defendem que o art. 139, IV do CPC/2015 reconfigurou a disciplina normativa dos poderes-deveres do juiz ao veicular uma *cláusula geral de efetivação*.

Com fundamento no referido dispositivo e com o objetivo de conceder uma tutela não só adequada, mas eficiente, novas formas de coagir o devedor de alimentos foram aplicadas recentemente, como a apreensão do passaporte e da carteira nacional de habilitação, bem como a restrição/bloqueio do cartão de crédito.

Ainda que concordemos com a possibilidade de novas formas de coerção, chamamos a atenção para que essas medidas não sejam tomadas de forma genérica, mas analisadas as peculiaridades do caso concreto, de

modo a evitar constrangimento desnecessário, violação à dignidade da pessoa humana e a própria ineficiência da determinação.

Para a adoção do meio coercitivo é preciso se ter em mente que ele deverá ser adequado para o direito que se pretende tutelar e eficiente, não sendo um mero meio de constrangimento do executado. O meio coercitivo deve se amoldar às peculiaridades do caso concreto, não nos parecendo pertinente adotar para toda e qualquer execução os mesmos meios coercitivos.

DA INEFICIÊNCIA DA CUMULAÇÃO DOS RITOS DE PRISÃO E EXPROPRIAÇÃO DE BENS NA TUTELA EXECUTIVA NOS MESMOS AUTOS

A tutela executiva dos alimentos, seja ela fixada em título judicial provisório ou definitivo, ou, ainda, em título extrajudicial, poderá seguir o rito da prisão civil, desde que respeitada a limitação do art. 528, §7º, ou da expropriação de bens. Caberá, então, ao exequente optar pelo rito que entender mais adequado. Contudo, em alguns casos, é possível que o credor de alimentos opte por um procedimento para a cobrança de parte do débito pelo rito da prisão civil e o restante pelo rito da penhora (expropriação).

Em geral, isso ocorre quando, além da inadimplência atual, há débito pretérito, anterior às três últimas parcelas, e que, em razão da adoção do rito da prisão civil apenas ser autorizada para a cobrança destas parcelas e das vincendas, o exequente propõe os pedidos com os dois ritos. Nestes casos, seria eficiente que os dois procedimentos tramitassem nos mesmos autos?

Parece-nos que, assim como na fase de conhecimento¹⁵, é preciso analisar se a diversidade de ritos visando a tutela executiva, em um mesmo

¹⁵ A cumulação de pedidos com procedimentos distintos deve respeitar os requisitos do parágrafo primeiro do art. 327 do CPC/2015, de modo que devem ser compatíveis entre si, ter o mesmo juízo como competente para conhecer dos pedidos, bem como que o(s) procedimento(s) adotado(s) deve(m) ser adequado(s) aos pedidos.

procedimento (autos), é compatível, ao ponto de coexistirem. O artigo 780 do CPC, no âmbito da execução, limita a possibilidade da cumulação de execuções aos casos em que o procedimentos adotados forem idênticos (e não só compatíveis)¹⁶.

Sem dúvidas, existindo execução, ainda que baseada em vários títulos executivos contra o mesmo executado, sendo o mesmo Juízo competente e sendo adotado o mesmo procedimento, será mais ágil que os pedidos sejam cumulados nos mesmos autos, conforme possibilita o supracitado dispositivo, o que está em conformidade com o princípio da eficiência. Contudo, sendo necessário ou optando o exequente pela execução da dívida por meio de ritos distintos, ante a divergência de diligências para cada tipo de execução, a razão de se cumular os pedidos se esvazia. Explica-se.

Os diferentes procedimentos de execução, por óbvio, preveem diligências distintas, a fim de melhor atender ao direito material que visam tutelar. Via de regra essas técnicas distintas nos procedimentos executivos foram pensadas para se adequarem ao direito material ou tipo de obrigação (pagar, entregar coisa diversa de dinheiro, fazer ou não fazer) correspondente.

Assim, os prazos, diligências, respostas, meios coercitivos e sancionatórios são diferentes a depender do tipo de tutela executiva, o que faz com que a cumulatividade de procedimentos executivos não seja adequada, uma vez que um dos ritos ficará em segundo plano, o que não se pretende, especialmente na execução, quando a efetividade da tutela jurisdicional se mostra mais urgente, face ao reconhecimento jurídico do direito do credor. Na verdade, diferentemente da fase de conhecimento, o próprio sistema pressupõe que a cumulação de tutelas executivas com ritos distintos são incompatíveis.

O mais provável é que o artigo 780 do CPC foi pensado para as execuções em geral, especialmente no que se refere às espécies de

¹⁶ Havendo compatibilidade de ritos, é possível a adoção de técnicas diferenciadas nos mesmos autos (procedimento), conforme prevê o art. 327, §2º do CPC, não se adotando, via de regra, o procedimento ordinário, como era no CPC/1973.

obrigações (de pagar, de entregar coisa diversa de dinheiro e de fazer e não fazer), de maneira que, havendo títulos contendo obrigações da mesma espécie, é possível que o exequente se utilize do mesmo procedimento para todas elas (BASTOS, 2015, p. 1106). Contudo, ante a ideia de interpretação orgânica do Código, é possível transpor a mesma ideia para as tutelas executivas de alimentos.

Conforme já dito, o sistema jurídico põe à disposição do credor de alimentos dois tipos de procedimentos, quais sejam, prisão civil e expropriação de bens. Ademais, o artigo 531, § 1º, sanando dúvida existente no CPC/1973¹⁷, prevê expressamente a possibilidade do cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos ser processado nos mesmos autos nos quais a sentença foi proferida (cumprimento de sentença).

Deste modo, sendo procedimentos distintos, embora com o mesmo tipo de obrigação (pagar alimentos), é eficiente que haja a cumulação nos mesmos autos dos ritos (prisão e expropriação)? Entendemos que não.

À tutela dos alimentos foi dada tanta importância que o legislador previu o meio de coerção mais gravoso (prisão civil), e possibilitou a penhora das remunerações profissionais do devedor de alimentos e das quantias depositadas em caderneta de poupança, independente do seu valor (art. 833, §2º do CPC), possibilitando ao credor a sua escolha (art. 528, §8º do CPC).¹⁸

Deste modo, se, pela regra do artigo 780 do CPC, não é possível que haja a cumulação de pedidos de execução com ritos diferentes, e sendo o

¹⁷ No CPC/1973, havia divergência se a tutela executiva de alimentos poderia ser requerida nos mesmos autos, por meio de pedido de cumprimento de sentença (processo sincrético), uma vez que a execução de alimentos era disciplinada pelos artigos 732 a 736, os quais não previam o cumprimento nos mesmos autos. Assim, muito embora já se entendesse pela possibilidade de cumprimento de sentença, a partir da Lei 11.232/2005, ante a falta de previsão específica para os alimentos, possibilita-se o entendimento de que não caberia a execução de alimentos nos mesmos autos, o que foi esclarecido pelo CPC/2015.

¹⁸ Por certo que o legislador se atentou à dignidade do devedor de alimentos, limitando o desconto das rendas do executado, ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do seu valor total (art. 529, §3º do CPC), além de que o exequente não poderá requerer a cobrança do débito das mesmas parcelas pelos dois ritos (art. 528, §8º do CPC). De todo modo, é inegável o reconhecimento da urgência da prestação dos alimentos pelos motivos já defendidos no texto.

pedido de cumprimento de sentença dos alimentos fundado em dois ritos, deverá o credor escolher qual dos dois ritos seguirá nos mesmos autos e qual deverá tramitar em autos apartados.

Poderia ser argumentado que o pedido de tutela executiva em autos apartados seria um retrocesso frente ao processo sincrético, uma vez que as técnicas adotadas no cumprimento de sentença, tais como a intimação inicial pelo advogado¹⁹, não poderiam ser utilizadas.

Contudo, o que se propõe é que o cumprimento de sentença, nestes casos, seja desmembrado em duas petições, devendo tramitar uma nos mesmos autos e outra em autos apartados, distribuída por dependência ao processo principal, mas não apensada (em caso de autos físicos). Ademais, no pedido realizado em autos apartados deverão ser juntadas as cópias das peças indicadas nos incisos I, III e V do parágrafo único do artigo 522 do CPC.

Ressalte-se que, da forma indicada, não vislumbramos prejuízo para a parte exequente, uma vez que continuarão sendo pedidos de cumprimento de sentença, sendo apenas que o pedido por um dos ritos deverá tramitar em autos separados, a fim de que as diligências adotadas em um deles não tumultue ou atrase o outro.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, percebeu-se que as alterações realizadas na tutela executiva no atual diploma processual são voltadas a atender uma das suas normas principais normas fundamentais, qual seja, a eficiência.

Com o reconhecimento da urgência e relevância da tutela executiva dos alimentos, foram previstos meios coercitivos e de efetivação diferenciados. Neste sentido, sendo o procedimento executivo de alimentos

¹⁹ Caso o pedido de cumprimento de sentença seja proposta dentro de 01 (um) ano, a intimação do executado será na pessoa do seu Advogado, conforme previsão do art. 513, §2º, inciso I, do CPC. Contudo, tal regra não é aplicável ao cumprimento de decisão ou sentença de alimentos, ante a expressa previsão do art. 528, *caput*, do CPC, o qual dispõe que o executado será intimado pessoalmente.

idealizado para concretização do princípio da eficiência, a cumulação de pedidos de tutela executiva de alimentos (prisão civil e expropriação de bens) não nos parece o mais adequado.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Comentários ao artigo 780 do Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- CHAVES, Marianna. Algumas notas sobre a execução de alimentos no novo CPC. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; TARTUCE, Fernanda; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coords). Famílias e Sucessões (Coleção Repercussões no novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 449-76.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias – 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com : Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011 (Direito de visitas dos avós). – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Novos estudos jurídicos, v. 7, n. 14, 2008.
- LIMA, Marcellus Polastri; DIAS, Luciano Souto. A prisão civil por inadimplemento de obrigação de prestar alimentos no Código de Processo Civil de 2015. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; TARTUCE, Fernanda; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coords). Famílias e Sucessões (Coleção Repercussões no novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 499-530.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microssistemas e a Constituição Federal. Revista da Faculdade Autônoma de Direito, v. 1, p. 245-278, 2011.
- _____; ROSADO, Marcelo. A cláusula geral de efetivação e as medidas indutivas no CPC/15. Texto inédito cedido pelos autores.

ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed.rev. amp. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2017.

DESJUDICIALIZAÇÃO DE ATOS DE PERSECUÇÃO PATRIMONIAL COMO FORMA DE DAR MAIOR EFETIVIDADE AO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL

Ronald Krüger Rodor¹

Fernando Ribeiro da Silva Carvalho²

INTRODUÇÃO

Com a Carta Magna de 1988 o Judiciário nacional passou a enfrentar uma série de novas mudanças. Foram *constitucionalizados* muitos novos direitos e garantias, além de atribuir-se ao Judiciário um papel de protagonismo que este, até então, não possuía.

Ao longo dos últimos trinta anos, esse protagonismo só aumentou, acompanhado de conseqüente cobrança por maior efetividade na prestação jurisdicional, sem embargo de que o Judiciário esteja cada vez mais aquém para atender as demandas da sociedade. Embora novos desafios tenham surgido, uma constatação, decorrente dos levantamentos feitos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, é flagrante; grande parte das ações de execução fiscal é ineficiente. Isto é, os créditos fazendários não são recuperados.

Busca-se, portanto, apresentar algumas propostas para a solução desse problema, que tem como linha norteadora o que chamamos de *desjudicialização* de alguns atos executivos, abordando também argumentos contrários a essa proposta.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz Federal. E-mail: ronald@jfes.jus.br.

² Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. E-mail: advocacia@fernandoribeiro.adv.br.

PROCESSO EXECUTIVO FISCAL E SEUS ENTRAVES ATUAIS

A lei processual brasileira adota um procedimento especial para que a Administração Pública cobre seus créditos constituídos unilateralmente, sejam eles de origem tributária ou não tributária³. Desde 1980, com a edição da Lei nº 6.830, denominada Lei de Execuções Fiscais – LEF -, tem-se um microsistema especial para a chamada cobrança judicial dos créditos da Fazenda Pública, sendo subsidiariamente integrado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) naquilo em que não for incompatível, conforme leciona Andrade (2015).

A LEF atribuiu muitas prerrogativas ao crédito fiscal, mas, nem por isso, impediu a ocorrência de um problema crônico, comum a todos os feitos executivos, e também à antiga execução de sentença (hoje, cumprimento de sentença), qual seja, a falta de efetividade, segundo Sica (2017, p. 19).

Portanto, a possibilidade de constituição unilateral do título executivo pela Administração Pública, embora com respeito prévio ao devido processo legal administrativo, dispensando-se assim o processo judicial de conhecimento, nunca constituiu, por si só, a garantia de satisfação do crédito representado, haja vista essa satisfação estar condicionada à possibilidade de adimplemento por parte do devedor e à limitação da atuação do Judiciário, principalmente na etapa referente à busca e constrição de um suposto patrimônio existente.

O número de execuções fiscais sem efetividade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro atingiu números impressionantes. O relatório de 2017 do Conselho Nacional de Justiça, denominado “Justiça em Números”, ano-base 2016⁴, nos esclarece que “a maior parte dos processos de

³ O conceito amplo de Dívida Ativa, adotado na legislação brasileira, inclusive para efeito de execução fiscal, que compreende tanto os créditos tributários quanto os não tributários, está legalmente definido no art. 39 da Lei nº 4.320/1964. Não estão compreendidos no conceito, no entanto, os créditos que pressupõem via judicial para sua constituição, como nos casos de indenizações decorrentes de ato ilícito.

⁴ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb-79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 29/05/2018.

execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 75% do estoque”. No mesmo relatório consta que “esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 38% do total dos casos pendentes, apresentando congestionamento de 91% em 2016”.

O referido relatório continua apresentando gráficos com números estarrecedores, nos quais indica uma quantidade enorme de execuções fiscais pendentes, por tribunal. Apenas a título exemplificativo, deve-se indicar que o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro são os dois com o maior número de feitos inconclusos, respectivamente, 11.494.305 e 6.390.552. A situação não é muito melhor no âmbito da Justiça Federal, onde pelo menos dois tribunais (TRF I e TRF 3) possuem, cada qual, mais de um milhão de execuções fiscais pendentes.

É evidente que existe um abismo de diferença, em termos de gestão e de estrutura, entre os distintos tribunais brasileiros e, conseqüentemente, na gestão de seus processos, conforme saliente Campos (2018, p. 122).

Muito embora o Judiciário tenha sido aparelhado com novas tecnologias e disponibilidade de processo eletrônico (principalmente na Justiça Federal), atrelada a uma gama de sistemas informatizados de busca de bens disponibilizados a todo Judiciário e aos próprios credores, facilitando a outrora cansativa e demorada prática de expedição de ofícios para os órgãos e entidades gestores de tais informações, ainda assim, não se viu uma redução eficiente no total dos processos em curso, o que poderia ser justificado por diferentes razões, algumas ligadas à estrutura do Judiciário⁵, outras à estrutura dos órgãos fazendários incumbidos de cobrar os créditos fiscais, e outras, por fim, referentes à seleção dos créditos a serem perseguidos e aos instrumentos utilizados para tanto.

Quanto à estrutura do Judiciário, cita-se, a título exemplificativo, as varas de competências não exclusivas (híbridas) de execução fiscal,

⁵ Não desconhecemos a existência de boas práticas advindas de iniciativas isoladas, como o projeto “Execução Fiscal eficiente”, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reduziu de maneira substancial o acervo das execuções fiscais municipais, entre os anos de 2011 e 2016. Mais importante que isso foi a redução das novas demandas, mediante o convencimento das Fazendas Públicas municipais de se absterem de propor executivos de baixo valor.

principalmente em comarcas do interior e nas subseções judiciárias, casos em que não há nenhum tipo de priorização para esse tipo de ação.

Aliado a isto, existe uma clara má gestão na escolha e priorização dos créditos a serem cobrados pela via judicial por parte das Procuradorias Fiscais. Não basta a iniciativa do legislador brasileiro, semelhante àquela consignada no art. 20 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, referente à autorização para arquivamento, sem baixa na distribuição, de executivos fiscais de valor reduzido⁶, seria necessário, também, que a própria Administração examinasse previamente, numa relação custo-benefício, que tipo de crédito merece ser executado.

Essa falta de exame prévio, além de tornar o Judiciário nacional um receptáculo de feitos inúteis, atenta contra o princípio constitucional da eficiência administrativa.

ADESJUDICIALIZAÇÃO OU EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA

Como alternativa à melhora do quadro atual, analisa-se a proposta do fim do processo de execução fiscal, como procedimento judicial, e sua transformação em procedimento de natureza administrativa (*desjudicialização*). Somente haveria a *judicialização*, caso o devedor ou responsável, insatisfeito com alguma medida administrativa, propusesse ação de embargos do devedor.

Entende-se que a proposta da desjudicialização da execução – ou o poder de império – também não afronta a Constituição Federal, uma vez que o devedor que entender que a execução realizada por um agente privado desenvolve-se de forma injusta ou ilegal poderá socorrer-se do Judiciário por meio da oposição de embargos, assegurando-se, assim, princípios

⁶ A regra legal que prevê o cancelamento de inscrições em Dívida Ativa da União consideradas de baixo valor é extremamente restrita (art. 18, §1º, da Lei 10.522/2002). Por outro lado, o art. 14 da Lei 11.941/2009 procedeu à remissão de créditos da Fazenda Nacional que estivessem vencidos, em 31 de dezembro de 2007, há cinco anos ou mais, desde que o valor consolidado não superasse o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

constitucionais do contraditório, da ampla defesa e até mesmo do acesso à Justiça, ainda que sob um novo prisma (RIBEIRO, 2012, p. 37).

Já há no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) nº 2.412/2007, cujo tempo de tramitação da proposta, por si só, já indica a total ausência de unanimidade sobre sua aprovação, além da relativa falta de vontade política do Poder Executivo Federal em levar adiante sua criação.

Tal resistência já foi manifestada no parecer de mérito da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público – CTASP, da Câmara dos Deputados, ainda em 2008, o qual fora contrário à aprovação do referido PL. Além disso, houve o pensamento de vários outros projetos ao principal, o que, notoriamente, atrasa o andamento das propostas⁷.

A partir de 2015 foi constituída uma Comissão Especial, com a realização de diversas audiências públicas, sendo nítido que o tema havia ganhado novo fôlego, após manifestações oriundas da própria cúpula da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional⁸.

Curiosamente, no I Fórum Nacional de Execuções Fiscais – Fonef, promovido pela Associação dos Juízes Federais – Ajufe em São Paulo, em abril de 2015, os integrantes da advocacia pública foram majoritariamente contrários à aprovação da execução fiscal administrativa. Ao mesmo tempo, os juízes das varas especializadas pareciam se mostrar mais abertos à discussão do tema, disto resultando uma solução de compromisso intermediária, retratada no item 2 da Carta publicada com o evento, pela qual

a efetividade da prestação jurisdicional na cobrança coercitiva do crédito público passa necessariamente pela criação de novas varas especializadas e a implementação da estrutura material e humana suficiente no âmbito das procuradorias da Fazenda Nacional, evitando que o ônus da busca de

⁷ A saber: PL nº 5080/2009, PL nº 5.081/2009, PL nº 5.082/2009, PL nº 5.015/2016, PL nº 5.591/2016, PL nº 7.630/2017 e PL nº 7.631/2017.

⁸ Digno de nota foi a defesa feita pelo então procurador-geral da Fazenda Nacional, Luís Inácio Lucena Adams, em julho de 2009, à revista eletrônica Consultor Jurídico, em <https://www.conjur.com.br/2009-jul-24/procurador-geral-fazenda-defende-execucao-fiscal-administrativa>, acessada em 15 de maio de 2018.

ativos penhoráveis recaia majoritariamente sobre as já sobrecarregadas varas federais. (Carta I Fórum Nacional de Execuções Fiscais, 2015)

Pois bem, o Projeto de Lei comentado, se aprovado, realmente revolucionaria a forma de cobrança atual dos créditos fazendários, transferindo para a Administração Pública a maior parte das atribuições hoje exercidas no âmbito do Judiciário. Afora a inscrição em Dívida Ativa, que já é administrativa, passariam a compor a *desjudicialização* os demais *atos executivos*, com seu processamento administrativo nos autos da própria inscrição em Dívida Ativa (art. 6º, §1º, da LEF). Assim, à autoridade administrativa incumbiria expedir o mandado executivo (art. 6º, §2º), com diversas ordens e para diferentes fins, conforme previsto no art. 11, da mesma lei.

Na parte referente ao arresto e à penhora, o projeto de lei praticamente se limita a transferir à Fazenda Pública os poderes que hoje competem ao órgão judicial, desempenhando, o *agente fiscal encarregado*, as funções típicas do oficial de justiça, mormente quanto ao auto de arresto ou de penhora (art. 17, LEF). Não há esclarecimentos adicionais sobre eventual necessidade de uso da força para a garantia de atuação desse agente. O projeto é omissivo exatamente nos pontos em que, possivelmente, a execução administrativa viria a sofrer seus maiores entraves, uma vez que não é da tradição brasileira, salvo situações excepcionais, que a Administração Pública promova uma espécie de autotutela.

CRÍTICAS À *DESJUDICIALIZAÇÃO* COMPLETA E UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO INTERMEDIÁRIA

No sentido oposto à execução fiscal administrativa estão aqueles que entendem que não se pode atribuir à Administração Fiscal mais poderes do que aqueles que ela já dispõe.

O direito brasileiro tradicionalmente incorporou inúmeros poderes e prerrogativas à Administração Pública, como consectário do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado. Não nos cabe

aqui relacionar as inúmeras conseqüências dessa tradicional linha de pensamento que vigora em nosso direito administrativo, inclusive suas repercussões no plano legal, nem tampouco questionar sua validade, claramente vinculada a uma visão utilitarista de justiça, segundo Sandel (2012, p. 48), para dizer o mínimo.

O fato é que no plano do direito tributário, sobretudo, esses poderes alcançaram sua máxima extensão, irradiando-se para o âmbito do direito processual, com a criação, para além das tradicionais prerrogativas processuais da Fazenda Pública, de prerrogativas específicas para a cobrança de seu crédito.

A legislação dos executivos fiscais vai além, estendendo, ainda, prerrogativas que tradicionalmente eram atribuídas apenas ao crédito tributário, para todo e qualquer crédito da Fazenda Pública inscrito em Dívida Ativa (art. 4º, §4º da LEF).

Exatamente por se entender que tais prerrogativas já são excessivas, há um movimento que se coloca refratário ao executivo fiscal administrativo, por encará-lo como sendo uma iniciativa que confere ainda mais poderes ao já *hipertrofiado* Estado fiscal brasileiro.

Entretanto, a execução fiscal administrativa, em si, não representa qualquer tipo de violação aos postulados constitucionais relacionados à inafastabilidade jurisdicional, acesso à justiça, e devido processo legal, perfazendo apenas uma técnica, mais moderna e eficaz, de persecução dos créditos públicos. Nesse aspecto, a crítica principal feita ao executivo fiscal administrativo, o de que representaria violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88), não tem razão de ser. A função jurisdicional, adotado aqui o critério formal para sua definição, é, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de coisa julgada, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e o que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso (MELLO, 2004, p. 34).

Importante observar, ademais, que a Administração Pública sempre gozou de prerrogativas, quando necessárias ao atendimento de interesses da coletividade. Na atividade administrativa, o exercício do poder de polícia, corriqueiramente, compreende atos de constrição de bens de terceiros, bastando lembrar, apenas para citar duas das mais óbvias e comuns situações previstas na legislação federal brasileira, das normas sanitárias que dispõem sobre apreensão de produtos em desconformidade ou que sejam nocivos à saúde (art. 72 da Lei nº 6.360/76 e 2º da Lei 6.437/77), ou ainda das hipóteses de perdimento de mercadorias em operações de comércio exterior, por atuação da autoridade aduaneira, nos casos previstos em lei (art. 105 do Decreto-lei nº 37/66).

A prática de atos de constrição patrimonial realizada pela Administração Pública para satisfação de crédito próprio nunca foi vetada pelo direito brasileiro, bastando lembrar que a legislação previdenciária federal admite, por exemplo, que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS proceda ao desconto de valores pagos indevidamente ao segurado ou beneficiário, diretamente no próprio benefício (art. 115, II e § 1º, da Lei nº 8.213/91)⁹.

Em aditamento, o STF, ao examinar a constitucionalidade do art. 32 do Decreto-lei nº 70/66, referente ao leilão extrajudicial, realizado pelo agente fiduciário, de imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, entendeu que o procedimento era compatível com a Carta Constitucional de 1988, seja porque prevista uma fase de controle judicial *a posteriori*, seja porque a norma não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento possa ser reprimida, desde logo, pelos meios processuais adequados¹⁰. Se o particular pode assim proceder, desde que haja previsão legal, não vemos porque não

⁹ No pormenor, a alusão à inscrição em dívida ativa, feita pelo §3º do artigo citado, é apenas para a hipótese do benefício ser cancelado, situação em que, por óbvio, não há como se proceder ao desconto. Essa previsão, de qualquer modo, reconhecemos, deve ser objeto de algumas reflexões, ante o aparente conflito com o disposto no art. 833, IV, do CPC/2015.

¹⁰ STF, 1ª Turma, RE nº 223.075/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 23/06/1998. O STF está reexaminando a matéria, no entanto, em sede de repercussão geral, no RE nº 627.106/PR.

poderia a Administração Pública praticar, ela própria, atos executivos de seus créditos.

Com efeito, o processo administrativo de execução fiscal, frise-se, seria um consectário de dois procedimentos administrativos anteriores. Primeiro o de constituição do crédito, que no caso do tributário segue uma série exaustiva de procedimentos, inclusive de instâncias recursais próprias. Segundo, o procedimento de inscrição em dívida ativa, que se encerra com a expedição da certidão de dívida ativa e, hoje, com o respectivo ajuizamento da execução fiscal.

Pelo anteprojeto de lei, só depois dessas duas etapas é que haveria o início do processo de execução fiscal administrativa – *desjudicialização* -, no qual se garantiria, ainda, a possibilidade de nova impugnação administrativa, sem embargo do ajuizamento da ação judicial de embargos do devedor.

Pensando nesta estruturação, a crítica acerca da *desjudicialização* do procedimento não merece ser acolhida, haja vista os princípios constitucionais destacados não serem violados, e a objeção só se justifica por um atávico desejo nacional de achar que o Judiciário constitui-se no único capacitado a resolver questões jurídicas.

Não obstante as críticas serem refutáveis, identificam-se outros entraves para a *desjudicialização* completa dos executivos fiscais. Isso porque, além do Projeto de Lei não ser claro quanto aos limites e prerrogativas da Fazenda Pública, é fácil concluir que os casos em que o desforço físico for necessário para efetivar uma suposta apreensão de bem, tais situações acabarão desaguando no Judiciário.

Além disso, é duvidosa a real condição que teriam os órgãos fazendários de assumirem toda a gama de atribuições hoje desempenhada pelos órgãos judiciários. Sobre esse último ponto, em artigo publicado, Martins (2010, p. 99) assevera:

Um dos pontos que hoje denotam certa fragilidade é com relação à capacidade de os órgãos fazendários absorverem toda a nova gama de atribuições propostas, somadas às que já estão sob sua competência. Ora, se hoje estes mesmos órgãos se mostram incapazes de dar vazão

às demandas a que são submetidos, até que ponto a transferência de diversas responsabilidades que se encontram no âmbito do Poder Judiciário para as Fazendas Públicas não resultaria numa simples mudança do problema de lugar.

Considerando tais objeções, uma proposta mais plausível é a continuação do processo executivo como um procedimento judicial, mas com poderes mais amplos de persecução aos exequentes/órgãos fazendários, com a efetivação, por estes, de medidas de constrição que não estejam constitucionalmente reservadas à jurisdição, ou que não dependam de desforço físico para apreensão.

Isto significa que a proposta de “desjudicialização” ora defendida só alcançaria atos de restrição de transferência patrimonial, resguardando a futura penhora judicial.

MECANISMOS DISPONÍVEIS PARA CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL E O AVANÇO DA LEGISLAÇÃO E DAS NORMATIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM DIREÇÃO À ASSUNÇÃO DE MAIORES PRERROGATIVAS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO PELA FAZENDA PÚBLICA

Dentro da linha de maiores atribuições à Fazenda Pública, no que tange aos meios de defesa de seu crédito, independente de requerimentos feitos na via jurisdicional, podemos citar, como uma das primeiras medidas adotadas, a do protesto extrajudicial.

Tradicionalmente, o protesto extrajudicial era quase sinônimo de protesto cambial, tendo surgido, realmente, como medida jurídica para a fixação do descumprimento de obrigações originadas em títulos de crédito, assim estando delineado nos diversos diplomas legais sobre o assunto (cheques, duplicatas, notas promissórias, letras de câmbio etc.). Com a edição da Lei nº 9.492/97, no entanto, que regulamentou o funcionamento dos cartórios de protesto de títulos no Brasil, foi adotado conceito ampliativo de documentos protestáveis (art. 1º), alcançando,

praticamente, qualquer documento representativo de dívida. Para não restarem dúvidas, a Lei nº 12.767/12 incluiu um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 9.492 para explicitar esse alcance em relação às CDAs. Esse dispositivo, vale lembrar, foi declarado constitucional pelo STF quando do julgamento da ADI nº 5.135¹¹.

Com a adoção do protesto extrajudicial já seria possível antever que muitos créditos da Fazenda Pública não precisariam mais ser executados pela via judicial, sendo conhecida a eficácia de persuasão da inclusão do nome de inadimplentes nos chamados cadastros de devedores. Por outro lado, no que respeita especificamente aos créditos tributários, por não estar o protesto extrajudicial elencado entre as causas interruptivas da prescrição (art. 174, parágrafo único, do CTN), muitas Fazendas Públicas optaram por, independentemente dos protestos, continuar promovendo as execuções fiscais, ainda que para pedirem sua posterior suspensão, na forma do art. 40 da LEF.

Concomitantemente a essa medida, a informatização dos cadastros e arquivos dos órgãos de registro de transferência de bens, permitiu a abolição dos ofícios e mandados físicos pela utilização disseminada de meios eletrônicos, postos à disposição do Judiciário e hoje de ampla utilização pelos magistrados brasileiros, ao ponto de, em alguns casos, ser praticamente de uso obrigatório, como na hipótese do chamado Bacen Jud Sistema de Atendimento ao Judiciário (BACENJUD), tendo o CNJ imposto a todos os juízes o cadastramento compulsório no sistema (art. 2º da Resolução CNJ nº 61, de 7.10.2008). Pela Recomendação nº 51, de 23.03.2015, a Presidência do CNJ, em complementação, conclamou a todos os magistrados a utilização, exclusivamente por meio dos sistemas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD, de requisições ao Sistema Financeiro Nacional, departamentos de trânsito e Receita Federal do Brasil, respectivamente.

¹¹ STF, Pleno, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 09.11.2016, tendo-se fixado a seguinte tese: “O protesto das certidões de dívida ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.”

Não cabe, aqui, discorrer sobre cada um desses sistemas, que têm funcionalidades distintas, mas tão-somente ressaltar a quantidade de meios postos à disposição do Judiciário para a pesquisa e eventual decretação de indisponibilidade patrimonial de bens e direitos.

Nesse aspecto, o BACENJUD, mais antigo dos sistemas, foi sendo aprimorado, permitindo, ao longo do tempo, outras funcionalidades que não apenas a consulta e bloqueio de saldos em contas correntes e contas de poupança em instituições bancárias, alcançando, posteriormente, as cooperativas de crédito, a partir de maio de 2016, e os títulos de renda fixa mantidos junto às instituições financeiras (abril de 2018).

O INFOJUD permite o acesso à base de dados de declarações prestadas à Receita Federal do Brasil, valendo citar a declaração de imposto de renda da pessoa física (DIRPF) e a declaração do imposto territorial rural (DITR). Essa base de dados é especialmente importante no caso de devedor pessoa física, em vista das declarações de bens que acompanham tais informações. Já o RENAJUD, mantido pelo Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, substitui, com eficácia, os antigos sistemas de cada um dos departamentos estaduais de trânsito, permitindo diversas funcionalidades, desde a mera consulta à existência de veículos automotores, até à emissão de ordem de proibição de transferência ou renovação de licenciamento, e até mesmo proibição de circulação do veículo.

Adicionalmente, pode-se citar os vários sistemas criados pelos cartórios de notas e de registro de imóveis nos últimos anos, como SREI – Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis¹², o CNIB – Cadastro Nacional de Indisponibilidade de Bens¹³, e a CENSEC – Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados¹⁴.

¹² Previsto no Provimento nº 47, de 18.06.2015, da Corregedoria Nacional de Justiça.

¹³ Prevista no Provimento nº 39, de 25.07.2014, da Corregedoria Nacional de Justiça, a CNIB foi idealizada para dar cumprimento ao disposto no art. 185-A do CTN, embora tenha aplicação restrita aos Cartórios de Registro de Imóveis.

¹⁴ Prevista no Provimento nº 18, de 28.08.2012, da Corregedoria Nacional de Justiça, a CENSEC dispõe de várias funcionalidades, a saber: a) Registro Central de Testamentos online (RCTO); b) Central de Escrituras de Separações, Divórcios e Inventários (CESDI); c) Central de Escrituras e Procuções (CEP) e; d) Central Nacional de Sinal Público (CNSIP).

Ocorre que todos esses mecanismos foram prioritariamente colocados à disposição do Judiciário, embora alguns, apenas para finalidade de pesquisa, possam ser acessados pelas Fazendas Públicas que se dispõem a firmar os respectivos convênios. Seria ideal que todos os sistemas, inclusive para cumprimento de ordens de bloqueio e indisponibilidade de bens, fossem acessíveis aos entes públicos credores, na linha da *desjudicialização* aqui preconizada.

Não se vislumbram maiores problemas na utilização desses mecanismos diretamente pela Fazenda Pública. Observe-se que, tanto no caso de bens imóveis quanto no caso de automóveis, a simples indisponibilidade para transferência serve como medida acautelatória, não se confundindo com a penhora, uma vez que será necessário a complementação da medida preparatória com as posteriores diligências de constatação, avaliação e depósito do bem, todas estas a serem realizadas no âmbito judicial em momento posterior, quando da formalização da penhora. Apenas no caso de saldo de dinheiro em conta corrente ou poupança e de créditos mantidos em instituições financeiras é que se poderia já imaginar o bloqueio servindo como uma antecipação de penhora, independentemente de maiores formalidades, servindo, inclusive, o próprio documento de bloqueio como posterior termo de penhora.

Insta observar que o desenvolvimento de mecanismos mais eficientes de confrontação dos diferentes bancos de dados postos à disposição dos credores tem possibilitado o encontro de soluções como a desenvolvida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que ao editar a Portaria 396, de 20.04.2016, criando o chamado Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), acabou, na verdade, por estabelecer um parâmetro completamente novo de cobrança dos créditos da Fazenda Nacional. Pressuposto elementar desse Regime Diferenciado é o que o normativo chama de *Procedimento Especial de Diligenciamento Patrimonial – PEDP*. Esse procedimento, nos dizeres do art. 3º da Portaria, “*constitui consulta sistemática e periódica às bases de dados patrimoniais dos devedores, com vistas à localização de bens e direitos passíveis de expropriação judicial ou identificação de eventuais hipóteses de responsabilidade tributária ou não tributária*”.

Como se vê, não há intenção de abandonar o executivo fiscal judicial, mas a realização prévia desse diligenciamento, ainda na fase administrativa, serve de importante recurso para que a Fazenda Pública responsável decida quanto à viabilidade da execução, evitando-se o ajuizamento de ações inúteis. Da mesma forma, a disseminação do procedimento por todas as esferas da Federação desafogaria substancialmente as varas de execução fiscal. É bom ressaltar que nem mesmo na esfera federal o mecanismo é utilizado largamente, uma vez que tanto a Procuradoria Federal, responsável pela cobrança dos executivos fiscais das autarquias federais, quanto os departamentos jurídicos dos conselhos de fiscalização profissional, ainda são totalmente dependentes da atuação do Judiciário para empreenderem diligências de busca.

A busca patrimonial ser feita apenas mediante requerimento judicial decorre mais da completa ausência de vontade e estrutura dos exeqüentes do que, propriamente, de qualquer dúvida quanto à legalidade da possibilidade de atuação direta destes. O que se defende vai muito além, e importa na possibilidade de as medidas de constrição serem feitas pela Fazenda Pública, diretamente, via sistemas eletrônicos, sempre com a possibilidade de correção na esfera judicial no caso de ilegalidade ou abuso.

Seria, portanto, um meio termo entre o executivo fiscal administrativo, ou seja, a *desjudicialização* completa do processo executivo fiscal, e o processo como temos hoje, em que se transfere para os órgãos judiciários todos os atos executivos, mesmo quando plenamente passíveis de realização pelos exeqüentes.

Recentemente, o legislador parece ter entendido ser este o caminho, consagrando a via intermediária com a edição da Lei nº 13.606, de 9.01.2018, que ao acrescentar o art. 20-B à Lei 10.522/02, criou a averbação direta das certidões de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis. Ainda, já possibilitou, no art. 20-C, que a PGFN condicione a futura propositura de executivos fiscais à prévia verificação de indícios de bens, direitos ou atividade econômica dos devedores ou corresponsáveis.

Como se vê, a medida (i) alarga o campo de incidência e aplicação do disposto no art. 185-A do CTN, aplicando-se também ao crédito de natureza não tributária, e (ii) possibilita sua adoção sem a necessidade de ordem judicial prévia. Como não poderia deixar de ser, como toda a novidade, já veio cercada de questionamentos jurídicos, sendo alvo, inclusive, de contestação de constitucionalidade¹⁵. Mais do que isso, a medida é insatisfatória, pois somente se aplica aos créditos perseguidos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, não atendendo as necessidades das outras Fazendas Públicas. Com efeito, a alteração proposta deveria ter sido engendrada no próprio texto da LEF e não no da Lei nº 10.522/02.

Na senda do exposto até aqui, não há qualquer inconstitucionalidade na medida, posto que não torna inviável o controle judicial, nem tampouco acarreta a expropriação direta dos bens do devedor, sequer correspondendo à penhora destes, apenas se resumindo a tornar indisponíveis os bens passíveis de arresto ou penhora. Claro que a medida, feita de afogadilho, não é a solução pretendida neste artigo, até porque não conta com a previsão de meios de impugnação, para o próprio devedor, diretamente junto à Fazenda Pública que a adota.

Com efeito, a *desjudicialização* não significa a inexistência de meios impugnativos. A partir do momento que a Administração Pública assume a prerrogativa de prática direta do ato construtivo, deve também arcar com o ônus correspondente de possibilitar as impugnações pelos devedores prejudicados. Assim como garante a estes últimos os meios de defesa e recurso no respectivo processo administrativo de constituição do crédito, deverá a Fazenda Pública oportunizar os meios adequados de contestação à medida de indisponibilidade, independentemente do eventual questionamento na via judicial.

Outrossim, nenhuma medida de indisponibilidade patrimonial pode ser eternizada no tempo, cabendo ao legislador, dentro de critérios de razoabilidade, fixar prazo máximo para a vigência da restrição sem a propositura do respectivo executivo fiscal e, conseqüentemente, convalidação da indisponibilidade em arresto ou penhora.

¹⁵ STF, ADIn 5.881, rel. Min. Marco Aurélio.

Adotadas tais premissas, e ressalvada a aplicação da cláusula constitucional de reserva de jurisdição, o que impossibilitaria, por exemplo, que a Fazenda Pública tivesse acesso direto aos documentos de movimentação bancária dos devedores, devendo se limitar à consulta e bloqueio de eventuais saldos, tem-se como plenamente viável que os exequentes, nos procedimentos administrativos preparatórios, não apenas procedam à busca de bens dos devedores, mas também decretem a indisponibilidade deles.

CONCLUSÕES

Como visto no presente artigo, o modelo tradicional de execução fiscal judicial precisa passar por ajustes, retirando-se da esfera do Judiciário a ampla gama de atos de persecução patrimonial que deveriam ser desempenhados pelos próprios exequentes fazendários, não servindo como escusa a mera alegação de ausência de estrutura do Poder Executivo.

Mais do que isso, as próprias medidas constritivas, preparatórias de futura penhora, poderiam ser feitas ainda na fase administrativa, adotando-se uma solução intermediária entre as propostas em tramitação no Congresso Nacional, de criação de uma execução fiscal administrativa, e o modelo atual, consagrado na Lei nº 6.830/80. Essa solução reduziria o congestionamento de processos existente hoje no Judiciário, em grande parte decorrente de execuções fiscais sem solução, além de possibilitar, dentro da lógica de maior eficiência dos atos administrativos, a seleção para ajuizamento das execuções fiscais com o mínimo de viabilidade no tocante ao recebimento dos créditos cobrados.

A criação de regimes de gestão dos créditos públicos objeto de cobrança, como o desenvolvido na Portaria 396/2016 da PGFN, apontam para uma possível solução, devendo, também, ser incentivada a modificação legislativa que garanta às Fazendas Públicas meios para a constrição de bens, na linha do que foi previsto na Lei nº 13.606/2018. Essa Lei, no entanto, peca pela sua restrita aplicação aos créditos da União e por

não prever qualquer tipo de mecanismo de contestação administrativa à averbação de indisponibilidade, bem assim, de prazos máximos de vigência da medida, quando inexistente o executivo fiscal.

Feitos os ajustes necessários na legislação, crê-se que grande parte das ações de executivos fiscais hoje em tramitação no Judiciário brasileiro deixariam de existir, não havendo que se falar, no entanto, em infringência à cláusula constitucional da inafastabilidade jurisdicional, pois aos magistrados caberia, sempre, a possibilidade de conhecerem das ações que questionassem os atos executivos praticados no âmbito administrativo.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Renato de Oliveira. Execução Fiscal – Comentários à Lei n. 6.830, de 22/09/1980. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz de. Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-da-execucao-fiscal-no-ordenamento-juridico-brasileiro,54865.html>. Acesso em 29/05/2018.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da eficiência no processo civil brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.
- CONRADO, Paulo Cesar. Execução Fiscal. 2ª ed. – São Paulo: Noeses, 2015.
- JENIÊR, Carlos Augusto, coord. Execução Fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MARTINS, Vinicius Camargo. A nova execução fiscal. Revista CEJ, Brasília, n. 49, p. 96-100, abr/jun. 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. rev. atual. – São Paulo: Malheiros: 2004.
- PACHECO, José da Silva. Comentários à Lei de Execução Fiscal. 9ª ed., rev. - São Paulo: Saraiva, 2002.

- RIBEIRO, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil. Disponível em <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/5910/1/Flavia%20Pereira%20Ribeiro.pdf>. Acesso em 29/05/2018.
- SANDEL, Michael J. Justiça, 9ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Cognição do juiz na execução civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

O PROBLEMA DO VALOR DO OBJETO A ADJUDICAR

Cynthia Saldanha Lacerda Cunha¹

Fabiane Sena Freitas²

INTRODUÇÃO: EFETIVIDADE EM TESE

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015) foi instituído com o propósito, dentre outros, de tornar as normas processuais verdadeiros instrumentos de concretização do direito materialmente assegurado pelo ordenamento jurídico. A efetiva prestação jurisdicional gerada pela eficiência³ da tutela de direitos é a máxima preconizada pelo novel código.

Isso é o que se depreende da exposição de motivos do anteprojeto da legislação processual, segundo a qual “[...] as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo” (BRASIL, 2010). E, citando Barbosa Moreira, a comissão de juristas pontuou que “querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico” (BRASIL, 2010, p. 12).

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Estácio de Sá de Vitória (FESV) e Mestranda em Direito Processual pela UFES. Servidora e Advogada. cinthia_lacerda_4@hotmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estudante. fabianesenfre@gmail.com.

³ O princípio da efetividade é aquele que vincula o Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional a ir além de meramente declarar ou reconhecer o direito alegado, mas de realizá-lo no mundo dos fatos. Diferencia-se, portanto da eficiência, que consiste em alcançar a finalidade com o menor esforço possível e maior produtividade. A eficiência se vincula, nesse sentido, à noção de equilíbrio na balança de “custo X benefício”.

Após a promulgação da lei processual, pôde-se observar que diversos artigos estampam, expressa ou implicitamente, essa noção de efetividade e eficiência no processo, como se constata no art. 4º, que institui a cláusula geral de efetividade, pela qual “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*”⁴, contrapondo-se ao seu correspondente art. 125, II, CPC de 1973, que se limitava a dizer que é dever do juiz, apenas, “velar pela *rápida* solução do litígio”⁵.

Outros exemplos disponíveis no novo código são o art. 6º, que estabelece o dever de cooperação entre os sujeitos do processo a fim de se obter decisão de mérito justa e *efetiva*; o art. 8º, que vincula o juiz à aplicação do ordenamento jurídico com *observância da eficiência*; e o art. 139, VI, que impõe ao juiz o dever de “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a *conferir maior efetividade à tutela do direito*”⁶.

Previu o código, ainda, condenação à parte que cria *embaraços à efetivação* das decisões jurisdicionais, sejam essas de natureza provisória ou

⁴ A doutrina enuncia que o dispositivo transcrito contém três princípios fundamentais do processo civil brasileiro, quais sejam: princípio da duração razoável do processo, princípio da primazia da decisão de mérito e o princípio da efetividade (CABRAL et al., 2015, p. 45-48).

⁵ Explicando o avanço normativo do art. 4º do CPC de 2015 face ao art. 125, II do CPC de 1973, Zulmar Duarte explica que a ampliação interpretativa do dispositivo é verificada até mesmo em relação à substituição do termo “litígio”. Nas palavras do autor: “o dispositivo em apreço não deixa de ser uma proclamação da evolução da referida doutrina, no que considera a satisfação do direito como insuprimível na compreensão de uma adequada tutela jurisdicional. Inicialmente, o conceito de lide de Carnelutti envolvia apenas processo de cognição, uma vez que seria: “o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro” (CARNELUTTI, 2000b. v. 1, p. 93). Grassava a compreensão de que a jurisdição estava adstrita à cognição, sendo a execução mero ato de império e, conseqüentemente, atividade administrativa. Posteriormente, o próprio autor, seguindo a tendência que se consolidou, passou a englobar no seu conceito a pretensão insatisfeita, como ponte para a fase de atuação (execução) do processo (CARNELUTTI, 2000b. v. 1, p. 111) (SILVA, *Curso...* 1998. v. 1. p. 34). [...]1.2. O artigo propugna então que tanto o provimento mérito, quanto sua posterior atuação, sejam realizadas de forma tempestiva, em prazo razoável: “além de formular a regra jurídica, é necessário tratar de atuá-la, de traduzi-la em fatos reais, modificando a situação de fato existente, de modo a fazê-la ficar como deveria ser” (LIEBMAN, 2005. p. 261)”. In: GAJARDONI et al., 2015, p. 61-62.

⁶ Como regra de natureza administrativa para o Poder Judiciário, dispõe o CPC de 2015 no art. 1.069 que caberá ao CNJ tarefa de avaliar a efetividade das normas do CPC-15.

final, tipificando tal conduta como ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do art. 77, IV, do CPC de 2015⁷.

O novo código positivou, portanto, esse núcleo normativo que assegura a efetivação da tutela de direitos – ao menos em tese – reconhecendo a verdadeira instrumentalidade do processo para a garantia de direitos materialmente assegurados, realçando-se a concepção de que as normas processuais não são fim em si mesmas, mas apenas servem ao direito material.

Nesse cenário de efetividade de direitos, inevitável lembrar que a execução é o seu “calcanhar de Aquiles”, pois a “atividade executiva é, de todas as atividades processuais, a mais ligada à vida dos direitos. Não há área em que a ligação entre direito material e o direito processual ocorra de maneira mais direta e conectada” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 13).

Athos Gusmão Carneiro, ao cunhar a expressão de que a “execução é o ‘calcanhar de Aquiles’ do processo”, enfatizou a necessidade da reformulação do processo de execução na reforma do código, uma vez que, “[...] pelo prisma do consumidor da Justiça, a execução é o que mais importa, pois é ela que permite a realização do Direito” (MAGISTRATURA, 2018).

Conclui-se nesse sentido que o princípio da efetividade é norma que garante ao credor o direito fundamental à tutela executiva (GUERRA, 2003, p. 99-101), do qual se extrai que o “processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo”⁸, que lhe foi garantido no título executivo.

⁷ Leciona Humberto Theodoro Júnior que “toda ordem judicial, em princípio, há de ser cumprida na forma e prazo determinados. Mesmo quando sujeita a decisão final ou antecipada ao procedimento executivo comum, é dever dos que participam do processo absterem-se de criar embaraços à efetivação de todo e qualquer provimento judicial (art. 77, IV). Foi para reforçar o caráter cogente dos provimentos jurisdicionais e assegurar a sua exequibilidade que o § 2º do Código qualifica a violação do inc. IV como “ato atentatório à dignidade da justiça”, independentemente de se tratar de uma decisão mandamental ou não” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 392).

⁸ Conforme explica Marcelo Lima Guerra, a fórmula de que “o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo...”, cunhada por Chiovenda, tem sido denominada pelos processualistas como “garantia da efetividade da tutela jurisdicional, garantia da efetividade do processo, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, garantia (ou

Contudo, malgrado tenha o legislador se preocupado em positivizar o princípio da efetividade, garantindo-se ao credor uma tutela efetiva de direitos, quedou-se inerte quanto às alterações no procedimento específico das execuções, deixando de aperfeiçoar as normas do cumprimento de sentença e do processo autônomo de execução, pois, como cediço, o processo de execução foi o que menos sofreu alterações substanciais com o novo código.

Analisando o tema, Fernando da Fonseca Gajardoni lamenta o fato de o legislador ter passado “ao largo de temas fundamentais relacionados à execução, os quais, ao menos em tese, poderiam levar a um processo executivo mais efetivo” (GAJARDONI, 2018).

Assim, alguns aspectos do procedimento de execução civil ainda carecem de mudanças no sentido de tornar o processo executivo um instrumento de efetiva satisfação do direito do credor. Gajardoni aponta temas que poderiam ter sido aperfeiçoados pelo legislador de 2015, tais como a extrajudicialização de certos atos executivos, a previsão de juros progressivos com a prolongação do estado de inadimplência, bem como o maior equilíbrio entre parte nas execuções contra a Fazenda Pública⁹.

Com o presente trabalho, pretende-se apontar mais um problema não resolvido com a reforma processual que é a questão do valor do bem a adjudicar, previsto no art. 876 do CPC de 2015. Trata-se de tema que, a nosso ver, poderia contribuir para maior efetividade na tutela de direitos, uma vez que anteciparia a extinção do processo de execução (art. 924, II,

princípio) do direito de ação, garantia do acesso à justiça e garantia de acesso à ordem jurídica justa”. Prossegue o autor afirmando que os constitucionalistas, por sua vez, “preferem as expressões direito (fundamental) à tutela efetiva, direito ao processo devido e direito fundamental de acesso aos tribunais”. IN: GUERRA, 2003, p. 101.

⁹ Nas palavras do autor, “não se levou adiante o intento, já corrente na academia, de se extrajudicializar alguns atos executivos ou, pelo menos, descentralizá-los da figura do juiz; de prever juros progressivos com a prolongação do estado de inadimplemento; de criar um cadastro nacional de bens imóveis, que auxiliasse na pesquisa por bens penhoráveis do executado; de implementar um cadastro nacional de processos judiciais, que tornasse possível exigir do adquirente, sob pena de responder por fraude à execução, que o pesquisasse antes de qualquer transação; de ampliar a desvantagem do Poder Público no processo de execução por quantia, quando não cumprisse o precatório no prazo regulamentar” (GAJARDONI, 2018).

CPC-15) pela satisfação do crédito, nos termos do art. 904, II do Código de 2015.

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: A ADJUDICAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Partindo-se da premissa de que o estudo e o desenvolvimento teórico e prático dos institutos da execução civil no Brasil podem gerar ganhos significativos para o descongestionamento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, soluções à crise de inefetividade das decisões judiciais, objetiva-se levar o leitor a refletir sobre mais um dos sérios problemas da execução: o valor do objeto a adjudicar.

A ineficácia do instituto da adjudicação é patente a todos os profissionais atuantes no processo judicial, sejam advogados, magistrados, peritos ou outros auxiliares da justiça. Pode-se constatar tal afirmação com a resposta à seguinte pergunta: em quantas adjudicações você, profissional da área jurídica, atuou ao longo de sua carreira?

A questão se torna ainda mais relevante quando se observa que muitos egressos das faculdades de Direito do país sequer saberiam dizer o que é a adjudicação civil, mesmo quando possuem experiências curriculares de estágios acadêmicos.

Percebe-se, nesse contexto, que o abandono da adjudicação na realidade prática forense reverbera em âmbito acadêmico, sendo essa troca entre eficácia prática e desinteresse teórico do tema um infundável ciclo gerador de “letra-morta” da norma.

E, é por compreender que a adjudicação tem relevantes contribuições à efetividade do processo de execução como um todo, que se pretende suscitar e desenvolver a problemática do presente estudo.

Sobre o tema, constatou-se na análise de processos que tramitam na 1ª Vara Cível de Vitória, vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo¹⁰, que a adjudicação é o método expropriatório adotado

¹⁰ Trabalho de pesquisa desenvolvido pelas autoras do presente texto e coordenado pelo

em apenas 2% (dois por cento) dos processos de execução civil para pagamento de quantia.

Ora, o instituto foi eleito como primeira forma de expropriação dos bens, conclusão esta decorrente da análise topográfica tanto do art. 825, que coloca a adjudicação em seu primeiro inciso, como das disposições sobre as formas expropriatórias disponíveis na seção IV do código, que tem a subseção I - “Da Adjudicação” (ASSIS, 2017, p. 1144). Além disso, os arts. 880 e 881 estabelecem que a alienação do bem penhorado (por iniciativa particular ou em leilão judicial) ocorrerá apenas se a adjudicação não for efetivada.

É também o método preferencial de expropriação de bens por ser a mais econômica forma de satisfação do crédito, e isso tanto do ponto de vista do credor, que tem a oportunidade de encerrar o processo de execução de forma mais rápida; como do devedor, que, além do mesmo motivo do credor, não arcará com os custos de publicidade para alienação do bem¹¹.

Sendo ela o método expropriatório eleito pelo legislador como a primeira e preferencial forma de satisfação do crédito exequendo na execução de quantia, questionam-se quais seriam os empecilhos à sua ocorrência no processo, motivos que postergam a extinção do processo de execução, nos termos do art. 924 do CPC-15.

Algumas questões podem ser suscitadas com o propósito de explicar o desinteresse do exequente em requerer a adjudicação do bem penhorado destacando-se as seguintes: (i) inexistência de bens do executado¹²; (ii)

Professor Doutor Marcelo Abelha Rodrigues, que tem o projeto de pesquisa denominado “Execução e Estatística”.

¹¹ Marcelo Abelha explica no mesmo sentido que “considerando o Código que existe uma maior economia de tempo e dinheiro na opção da adjudicação do bem penhorado, estabeleceu uma ordem de prioridade entre as técnicas executivas, ou seja, sempre que possível e viável a adjudicação do bem penhorado, esta deve ser a técnica expropriatória para a satisfação do exequente. Com ela, evitar-se-á desperdício de tempo e custo processual” (ABELHA, 2016, p. 373-374).

¹² Hipótese que gera a suspensão da execução pelo prazo de 1 (um) ano. Findado o prazo e persistindo a ausência de bens, o juiz arquivará o processo ou, caso não haja manifestação do exequente, recomeçará a correr o prazo prescricional, nos termos do artigo 921, III, combinado com seus parágrafos 1º, 2º e 4º, CPC-15.

hipótese em que o bem penhorado é imprestável usualmente¹³ ou está em condições deploráveis; (iii) ou, quando o adjudicante arcará com altos custos para a concretização da propriedade do bem, como é o caso da necessidade de remoção de pessoas de imóvel adjudicado, por exemplo. Realça-se, contudo, uma quarta questão que gera desinteresse pelo credor: o valor da adjudicação será pela avaliação do bem.

O PROBLEMA: O VALOR DO BEM A SER ADJUDICADO

Conforme pontuado no art. 876 do CPC de 2015, o exequente pode requerer a adjudicação dos bens, desde que ofereça preço não inferior ao da avaliação. Tal dispositivo é a reprodução parcial do art. 685-A do CPC de 1973, sendo este mais amplo porque previa a manifestação dos legitimados em adjudicar e não apenas do exequente, bem como explicitava o prazo para depósito do valor que excede o crédito, caso o adjudicante fosse o próprio exequente¹⁴.

O art. 685-A do CPC de 1973, por sua vez, foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 11.382/2006, que alterou o processo de execução civil do código anterior, elevando a adjudicação à primeira forma de expropriação de bens.

Explica-se. Antes da Lei nº 11.382/2006, a arrematação era a primeira forma expropriatória, seguida pela adjudicação e pelo usufruto, nessa ordem. A adjudicação, prevista no art. 714, poderia ser requerida por preço não inferior ao que constava no edital, estando ela desvinculada, portanto, ao valor de avaliação.

A lei nº 8.953/94 alterou o texto original do CPC de 1973, admitindo-se que a arrematação em segunda hasta pudesse ser concluída pelo maior lance e, sendo a adjudicação em ordem cronológica requerida

¹³ Exemplo, uma estátua usada para enfeitar a entrada de determinada empresa executada, que, por ser o único bem possível, foi penhorada para satisfazer o crédito exequendo.

¹⁴ Estabelecia em seu § 1º que “se o valor do crédito for inferior ao dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente”.

posteriormente à arrematação, admitia-se por analogia que ela também (a adjudicação) fosse proposta pelo valor inferior ao da avaliação (ou seja, o valor do maior lance), desde que não fosse oferecido preço vil¹⁵.

Em 2006, com as alterações introduzidas pela Lei 11.382, a adjudicação passou a ser a primeira forma de expropriação dos bens, realocando o legislador topograficamente a instituto, e passou a ser considerada como preferencial pelos motivos apontados no tópico anterior.

Olvidou o legislador, contudo, quanto a tornar o instituto efetivamente uma medida preferencial do ponto de vista do credor / exequente, pois, malgrado tenha realocado a adjudicação para a primeira opção de expropriação, manteve dois aspectos incoerentes, a saber: (a) permanece o requisito de o credor oferecer preço não inferior ao da avaliação para adjudicar o bem; (b) assim como, manteve-se a possibilidade de arrematação em hasta pública por valor inferior ao da avaliação, desde que não ofereça preço vil.

Ora, não há no código impedimento algum para que o próprio credor / exequente arremate o bem em leilão judicial, uma vez que o art. 890 excepciona a arrematação apenas para os tutores, curadores, testamentários e aos mandatários, quanto aos bens confiados à sua administração; ao juiz, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, do escrivão, do chefe de secretaria e demais servidores e auxiliares da justiça, quanto aos bens e direitos objeto de alienação na localidade onde servirem; aos servidores públicos em geral, quanto a bens da pessoa jurídica a que servirem ou que estejam sob sua administração; aos leiloeiros e prepostos,

¹⁵ À época preço vil era definido pela jurisprudência como aquele não inferior a 50% do valor da avaliação, conforme decisão proferida pelo STJ no AgRg no REsp nº 996388/SP julgado em 33/06/2009. “Processual Civil. Execução fiscal. Arrematação. Valor inferior a 50% da avaliação do bem. Preço vil. 1. O STJ entende que está caracterizado preço vil quando o valor da arrematação for inferior a 50% da avaliação do bem. 2. Hipótese em que os bens foram arrematados pelo *quantum* correspondente a 33.3% do montante avaliado. 3. Agravo regimental não provido”. Acatando parcialmente o entendimento jurisprudencial, o código de 2015 previu expressamente no art. 891, parágrafo único, que “considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação”. Ou seja, o dispositivo prevê a possibilidade de ser considerado vil o preço com percentual até mesmo inferior a 50% do valor da avaliação (SOUZA, 2008, p. 98-101).

quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados; e aos advogados envolvidos no processo.

Sendo assim, não é possível visualizar benefícios para o credor na adjudicação do bem penhorado, pois será muito mais benéfico aguardar a venda e consequente satisfação do crédito pela entrega do dinheiro ou oferecer preço inferior ao da avaliação, limitado a cinquenta por cento desse valor (art. 891, parágrafo único, CPC-15), quando o bem for oferecido em segunda hasta pública.

Para que haja preferência na adjudicação pelo credor é imprescindível que o legislador proponha vantagens em relação à arrematação do bem. Sem essa medida, o instituto permanecerá sendo “letra morta” no procedimento de execução para pagamento de quantia.

Quanto ao tema, parece que o legislador brasileiro do Código de Processo de 1939 foi vanguardista em relação ao legislador de 2015, pois previu no art. 981 que realizada a praça, ou o leilão, poderá o exequente requerer lhe sejam adjudicados os bens, devendo oferecer prego igual ao da avaliação, si não tiver havido licitante, ou ao do maior lance.

Percebe-se que ocorreu verdadeiro retrocesso quanto ao tema quando verifica-se que até mesmo o Regulamento nº 737 de 1850, que estabeleceu critérios de abatimentos para a adjudicação. Veja o que dispunha o art. 560 e seus parágrafos:

Art. 560. Não havendo lançador que cubra o preço da avaliação (Art. 550), ou da adjudicação (Art. 553) serão os bens adjudicados ao credor com os seguintes abatimentos: § 1º Decima parte se os bens são moveis e tem valor intrinseco; § 2º Quarta parte se são moveis, mas não tem valor intrinseco; § 3º Quinta parte se são de raiz ou immoveis.

À época, as razões lógicas e práticas para que a adjudicação fosse uma escolha preferível ao credor, foram ponderadas pelo legislador, afinal, inevitável considerar que o credor “[...] teve de movimentar a máquina judiciária para recompor seu patrimônio, com inúmeras despesas, tais como, custas processuais e honorários advocatícios, sem

falar na depreciação do valor da dívida pela ação deletéria da inflação” (VASQUES, 1979).

Analisando o direito comparado, parece que o Chile tem muito a contribuir para o aperfeiçoamento do instituto da adjudicação no Brasil, pois adota o mesmo procedimento desde 1855, instituído pela Ley de Enjuiciamiento Civil española (CÂMARA, 2014, p. 102), mantendo o devido abatimento do valor do bem a ser adjudicado.

Assim dispõe o art. 499 do Código Chileno:

Si no se presentan postores em el día señalado, podrá el acreedor solicitar cualesquiera de estas dos cosas, a su elección: 1a. que se adjudiquen por los dos tercios de la tasación los bienes embargados; y 2a. que se reduzca prudencialmente por el tribunal el avalúo aprobado. La reducción no podrá exceder de una tercera parte de este avalúo.

E não apenas o Chile, mas também o Paraguai, que admite a adjudicação por dois terços do valor da avaliação (art. 486, “b” da Lei do Paraguai nº 1.337/1998); e o Uruguai que, apesar de não prever expressamente sobre qual valor será adjudicado o bem, tem interpretação doutrinária no sentido de ser possível a adjudicação pela metade do valor da avaliação, uma vez que na “segunda hasta pública o bem é levado à alienação justamente por tal montante” (CÂMARA, 2014, p. 100-101).

Ainda, o art. 475 do Código do México estabelece reduções de 10% (dez por cento) em relação ao valor da avaliação para cada publicação de tentativa de venda do bem penhorado. Assim, dispõe o referido dispositivo:

Artículo 475. Si, en la primera almoneda, no hubiere postura legal, se citará a outra, para dentro de los quince días siguientes, mandando que los edictos correspondientes se publiquen, por una sola vez, em la forma antes indicada, y de manera que, entre la publicación o fijación del edicto y la fecha del remate, medie in término que no sea menor de cinco días. Em la almoneda se tendrá como precio el primitivo, com deducción de in diez por ciento.

Artículo 476. Si, en la segunda almoneda, no hubiere postura legal, se citará a la terceira en la forma que dispone el artículo anterior, y de igual manera se procederá para las ulteriores, cuando obrar ela misma causa,

hasta efectuar legalmente el remate. Em cada uma de las almonedas se deducirá um diez por ciento del precio que, em la anterior, haya servido de base.

Resta claro, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 deixou de alterar dispositivo importante na satisfação do crédito para o processo de execução de quantia, pois manteve a adjudicação como prioritária e preferencial na expropriação de bens, mas apenas do ponto de vista teórico, visto que na prática o instituto não se mostra preferível ao credor.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ASSIS, Araken. Manual da Execução. 19^a ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, nº 379, de 2010: Senado Federal. Brasília, Disponível em: <<https://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo et al. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia: A parte conta apenas com o Estado/Juiz para fazer valer a decisão judicial. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acesso em: 01 maio 2018.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015: Parte Geral. São Paulo: Forense, 2015.

- GUERRA, Marcelo Lima. Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.
- MAGISTRATURA, Escola Paulista da. Mais de 200 magistrados participam de discussões sobre a nova reforma processual. Disponível em: <<http://www.epm.sp.gov.br/Noticias/noticia/3470?pagina=231>>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- SOUZA, Ricardo Oliveira Pessôa de. Adjudicação na execução por quantia. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Volume I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- VASQUES, Gilberto Frainz. Da Adjudicação no Processo de Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, 1979.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentários ao Novo Código de Processo Civil: Introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

INTERDITO PROIBITÓRIO: UMA ANÁLISE PORMENORIZADA DO INSTITUTO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO

Gabriel Pereira Garcia¹

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, a tutela preventiva geral ou juízo preventivo foi previsto como direito fundamental inserida no art. 5º, inciso XXXV, CF/1988, portanto a ameaça, por si, passou a ter guarida constitucional.

Sem embargo, a posse também é tutelada pela constituição por se tratar do exercício de fato de alguns dos poderes da propriedade, ainda que de forma indireta. Assim mereceu especial atenção os direitos relacionados à proteção possessória por meio de procedimento especial, objeto de previsão legal infraconstitucional com escopo de evitar a concretização de atos de turbação e esbulho.

O interdito proibitório, como instrumento processual, tem grande valor prático, devendo ser utilizados com prudência e coerção pelos operadores do direito para que não incorram em arbitrariedades e restrição indevida de direitos. Isso porque a finalidade da tutela inibitória é justamente impedir a lesão a direitos.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito Público pela Uniderp. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: gabrielpereira.garcia@gmail.com.

GRAVE AMEAÇA

De início, imprescindível conceituar a ameaça, que quando efetuada contra a posse, dá origem ao cabimento do remédio processual do interdito proibitório. A ameaça nada mais é do que a existência de um risco em potencial da posse, de usar, dispor, gozar, mas ainda não efetivado, é a perda do sossego no exercício de sua posse gerada pela ameaça que configura a justa causa do processo de interdito proibitório. A posse continua a ser exercida, mas sem o sossego, com insegurança, havendo lesão a direito do possuidor. A ameaça da origem ao receio de sofrer uma violência ou clandestinidade que possa chegar ao esbulho ou turbação de forma iminente.

Tal ameaça deve ser clara, grave e séria o suficiente, com uma motivação objetiva contra a posse. A doutrina conceitua isso como um justo receio de sofrer atos que levem a turbação ou ao esbulho, como bem ensina Caio Mario da Silva Pereira (2010, p. 59).

Nesta seara, a doutrina aduz que a ameaça deve se enquadrar no receio de uma agressão iminente, próxima e não imediata, ou seja, a se concretizar num futuro próximo, ainda não efetivada².

Assim, podemos afirmar com segurança que a imediatidade não é pressuposto para a procedência ou admissibilidade do interdito proibitório e que a ameaça não diminui, impossibilita, nem dificulta o exercício da posse, apenas deixa o possuidor intranquilo quanto aos poderes de fato de exercício da posse.

Necessário que haja um desforço contra integridade física ou moral ao estado de posse pela ameaça de esbulho ou turbação, que gere receio e, assim, configure a justa causa processual. Com efeito, a ameaça

² Sobre o tema, Raquel Heck Mariano da Rocha cita Humberto Theodoro Jr., ao comentar os dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, e esclarece bem, portanto, a turbação ou o esbulho são uma possibilidade futura, mas – nas palavras do legislador – “iminente” (THEODORO JÚNIOR *apud* ROCHA, 2007, p. 713). Porém, a iminência da agressão que a lei exige não supõe sua imediatidade: não é preciso que se trate de ameaça de ação imediata, próxima. Conforme Pontes de Miranda, “o que se há de exigir é que a distância, no tempo, não seja tal que o interesse se apague.”

não deve ser interpretada como cláusula geral, aberta, não é objeto de discricionariedade, deve ser auferida de maneira objetiva consoante os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial, RESP 652414 MG 2004/0099085-6, em que houve robusta abordagem sobre o conceito de ameaça, inclusive relacionada às ações possessórias.

Assim, conforme entendimento doutrinário sedimentado na jurisprudência do STJ, afirmamos, em resumo, que a ameaça deve ser analisada e comprovada sob o prisma objetivo, idôneo a gerar o justo receio, entendido como a causa de pedir próxima da ação processual (em sentido amplo) do interdito proibitório, sendo configurado o interesse de agir para a tutela possessória.

AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO

Cabimento

O interdito proibitório é tutela de nítida natureza inibitória, preventiva e satisfativa, que objetiva evitar a concretização da ameaça de turbação ou esbulho na posse. Não tem natureza cautelar, vez que nosso ordenamento jurídico já classifica a ameaça como uma ofensa qualificada à posse, merecedora de proteção específica (FABRÍCIO *apud* SILVA, 2005, p. 289).

Tem sua origem na própria Constituição Federal de 1988, que garante a inafastabilidade do Judiciário para apreciação de lesão ou ameaça a direito, no Código Civil de 2002, ao regular a matéria no Art. 1.210 e em nosso Código de Processo Civil ao estabelecer a tutela específica no Art. 567, ss.

O principal requisito é a prova da posse do bem somado ao justo receio da ameaça se efetivar em esbulho ou turbação, caracterizada pela ciência de fato ou circunstâncias que façam o autor suspeitar de que o réu o vai molestar na posse, por exemplo, que determinada invasão ao

imóvel irá ocorrer, acampamento de sem terras em frente à propriedade a ser invadida (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 217), organização de movimentos paredistas. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves deve ter havido ato concreto que indique moléstia a posse (GONÇALVES, 2012, p. 172)³, salvo exercício regular de um direito, como cumprimento de decisão judicial (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 217).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que não cabe a tutela da posse sobre direito incorpóreos e intangíveis, inclusive, corrobora a tese na edição da súmula 228⁴, no sentido de que não cabe interdito proibitório contra ameaça a direito autoral. Para esta tese, a posse é algo tangível, visível, aplicável sobre coisas corpóreas, não sendo cabível esbulho ou turbação de bens incorpóreos.⁵ Neste ponto, diverge Sílvio Venosa ao afirmar que o interdito proibitório é idôneo para tutelar a “ameaça ao estado de fato de bens incorpóreos” como o fornecimento de energia elétrica, telefonia e internet (VENOSA, 2012, p. 30). Pois seria um estado de fato juridicamente relevante sobre tais bens.

Posicionamento ao qual também nos filiamos, pois há destinação econômica sob a posse de tais bens, ainda que incorpóreos, merecendo a devida tutela do direito. A doutrina filiada aos ensinamentos da teoria objetiva da posse formulada por Ihering, diverge do entendimento sumulado pelo STJ, pela qual a posse seria a exteriorização da propriedade. Assim, seria relevante sua exteriorização, perceptível de forma objetiva diante a destinação econômica fornecida, sendo cabível a tutela da posse sobre os poderes de fato sobre os bens incorpóreos (GONÇALVES, 2012, p. 56).

³ “Não é qualquer ameaça, como foi dito, que enseja a propositura dessa ação. É necessário que tenha havido um ato que indique certeza de estar a posse na iminência de ser violada. Para vencer a demanda, o autor deve demonstrar que o seu receio é justo, fundado em fatos ou atitudes que indicavam a iminência e inevitabilidade de moléstia à posse” (GONÇALVES, 2012, p. 172).

⁴ Súmula STJ nº. 228: É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral.

⁵ RECURSO ESPECIAL N. 67.478-MG (95.277239), Relator: Ministro Nilson Naves, Recorrente: Escritório , Central de Arrecadação e Distribuição – Ecad, Recorrida: Rádio Terra Ltda. EMENTA Direitos de autor. Interdito proibitório. Dele não se pode valer o Ecad, a pretexto de defender posse de tais direitos. Posse não há, inexistindo em consequência turbação ou esbulho. Precedentes da 4ª Turma do STJ: REsp’s n. 89.171 e n. 110.523. Recurso especial conhecido pelo dissídio, mas improvido.

Os interditos possessórios são dotados de fungibilidade dentre suas espécies, o que se deve buscar é a tutela efetiva da posse. O instituto da fungibilidade tem previsão no art. 554 do CPC de 2015⁶. Tem como fundamento a efetiva proteção da posse independente da ilicitude percebida, até mesmo porque a ameaça pode transmutar-se em turbação ou esbulho.

Legitimidade

É parte legítima ativa para propositura da ação de interdito proibitório aquele que possui consigo a coisa e é alvo de ameaça de esbulho ou de turbação por outrem, o qual será a parte legítima passiva da demanda. Neste polo figura o Autor da ameaça ou seu mandante. Para o ajuizamento do interdito basta ter a posse, não precisa de título, ressalvada a transferência *inter vivos* e sucessão *causa mortis*, pois, ainda que o sucessor nunca tenha havido a posse ele vai ter direito a ação possessória pelo princípio da *saisine*, bastando a prova da posse e do óbito do *de cujus* (certidão de óbito).

Tanto os possuidores diretos, como os indiretos tem direito à ação possessória. trata-se da chamada de posse escalonada, na qual figura o locatário, sub locatário e ainda o proprietário locador, conforme art. 1.197, do Código Civil de 2002.

Exemplo prático ocorre no manuseio do interdito proibitório por parte do locatário de imóvel com contrato por prazo determinado, devido ao direito de não ser ameaçado pelo locador nos atos de turbação ou esbulho.

As entidades públicas com personalidade jurídica própria e representantes com capacidade postulatória detém legitimidade para os interditos possessórios. Pertinente ao tema foi o ocorrido durante protestos universitários em Vitória - ES, na Universidade Federal do Espírito Santo, em que movimento estudantil denominado *Ocupa UFES*, utilizaram de

⁶ Art. 554 CPC/15: A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

táticas de manifestação abusivas para defesa de seus interesses. A pessoa jurídica de direito público interno, autarquia federal, por meio de sua procuradoria federal, interpôs interdito proibitório com pedido liminar para evitar que o debate acadêmico fosse impedido por atitudes turbadoras ou esbulhadoras por parte dos integrantes do movimento estudantil.

Neste caso a coisa julgada vincula contra todos do grupo estudantil, podendo ser executada contra qualquer aluno que estivesse praticando atos de esbulho, o que gerou grande vantagem procedimental e efetividade da tutela.

Nesta seara merece menção interessante sentença confirmada em sede do julgamento do AREsp 650360, de Relatoria da Ministra Nancy Andrichi, data da Publicação:10/10/2016⁷.

Por fim, ressalte-se que até mesmo o possuidor injusto é legítimo para ingressar em juízo com tutela de interdito proibitório, vez que tem posse interdital (PENTEADO, 2012, p. 62).

Multa cominatória

Como dito em caso de incumprimento da decisão liminar ou da sentença judicial, há de se impor pagamento de multa cominatória pecuniária, que tem natureza jurídica mandamental e não indenizatória, visa dar efetividade prática a decisão. Trata-se de um instrumento jurídico indutivo negativo para que atos de ameaça, turbação ou esbulho não se concretizem pelo destinatário da norma. A multa pecuniária deve ser

⁷ Encampou a tese dos interditos possessório multitudinários contra réus ainda desconhecidos (obrigações propter rem; actio in rem scriptae e actio quod metus causa), ou seja, projetando para o futuro os efeitos da decisão para que réus incertos ou grupos sociais se abstenham de realizar atos de esbulho ou turbação, diante das ameaças realizadas, vejamos: "AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 650.360 - MG (2015/0002760-0), RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E DE SÚMULA. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165 E 458, II, DO cPC/73. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE."

requerida e arbitrada na petição inicial, sem adstrição do Juiz ao pedido, que pode determinar a emenda à inicial, aumentar ou reduzir o valor estipulado *ex officio*.

Quanto aos parâmetros e critérios de fixação, utiliza-se a compatibilidade com a obrigação de não fazer, com o dano econômico e social suportado pela parte em caso de descumprimento e a capacidade de dar efetividade à decisão. Não é ato discricionário, pode ser revista em sede recursal, até mesmo em julgamento de Recurso Especial no STJ, sem teto limitativo previsto em lei, sendo que alguns autores a limitam ao valor da causa, o que não consideramos a melhor opção.

A jurisprudência se manifesta no sentido de que a incidência (termo *a quo*) para a formalização de cálculo, conforme art. 537, § 4º, CPC/2015, passa a contar do descumprimento da decisão. A multa será exigível (cobrada e executada pelo credor), se fixada em sede liminar, até mesmo por execução provisória.

O STJ tem fixado os seguintes pontos acerca da multa cominatória: possibilidade de fixação de ofício; incidência após o descumprimento da decisão devidamente intimada; exigibilidade condicionada ao trânsito em julgado, com cabimento de execução provisória; aumento ou diminuição de acordo com a coercibilidade, razoabilidade e proporcionalidade.⁸

Na prática forense, ainda há divergência na aplicação do instituto, o que desperta a indesejada insegurança jurídica. Com isso deve-se impor um norte para estabilização do arbitramento de multas cominatórias, ante sua finalidade de efetividade da tutela. Defendemos a tese de que, no arbitramento e fixação da multa deve-se levar em conta o eventual prejuízo causado, ou seja, deve-se analisar a capacidade econômica e social do dano suportado pela parte atingida com o descumprimento da decisão judicial, bem como a capacidade financeira das partes; o valor econômico do bem jurídico tutelado (a posse pacífica e sossegada); a extensão do dano; as peculiaridades culturais e regionais do caso concreto; o tempo

⁸ STJ. A multa prevista nos artigos 536 e 537 do CPC/2015 pode ser revista, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer momento, até mesmo após o trânsito em julgado da decisão.

hábil para cumprimento e efetivação da medida; e, ainda, a possibilidade de aplicação de outros meios coercitivos com a finalidade de garantir a tutela jurisdicional.⁹

Pluralidade de pessoas no pólo passivo

O CPC/2015 no art. 554 trouxe previsão no que tange a existência da pluralidade de pessoas como réus na possessória¹⁰. Aqui há possibilidade da ação contra sujeito não identificado ou indeterminado, já reconhecida pela jurisprudência anterior ao novo Código de Processo Civil. Trata-se da ação conhecida como *actio in rem scriptae*, atualmente chamada de *actio quod metus causa*, a qual não decorre de um direito real, mas também não indica a pessoa do réu, podendo ser intentada contra quem quer que seja, na medida em que não são individualizados, mas tem obrigação de não fazer a ameaça ou concretiza-la, trata-se de uma obrigação oponível a terceiros de forma erga omnes, uma obrigação própria da coisa qualificada pela posse. Sob o tema, aduz Paulo Carneiro Maia, no texto *obrigações propter rem* (1962, p. 02).¹¹

⁹ STJ. AgInt no AgRg no AREsp 738.682 e STJ AREsp 738682, AgRg no AgRg no REsp 1014737 SE 2007/0296698-1.

¹⁰ Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados.

§ 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

§ 2º Para fim da citação pessoal prevista no § 1o, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados.

§ 3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no § 1o e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

¹¹ E, mostrando a distinção entre *actiones in personam* e *actiones in rem*, com arrimo nos textos de GAIOS, deduzem: “sobre esta distinção formal se baseia a classificação dos direitos em obrigacionais e reais; os primeiros se pretendem contra uma pessoa determinada, os segundos contra todos (erga omnes)”. Explicam, logo a seguir — com o que quiseram denunciar terceiro gênero — que se chama “*actio in rem scripta*” a ação que não decorre de um direito real, mas cuja fórmula não indica a pessoa do réu e, por isso, se pode intentar contra

Tal instituto deve ser aplicado no caso da ameaça realizada por grande número de pessoas, como *Movimento dos Sem Terra* acampados em frente à determinada área, ou até mesmo piquete de organizações trabalhistas. Cabível em tais situações a ação possessória multitudinária com cumprimento da obrigação de não fazer atos de esbulho ou turbação da posse e exequível contra quaisquer que sejam os autores da ameaça.

Nos litígios com grande número de pessoas, cabível a inspeção judicial determinada pelo juízo, o que também se aplica nos processos individuais como prerrogativa geral do Juiz de direito na busca de elementos para gerar sua convicção, bem como utilizar de meios consensuais para resolução de conflitos, como a mediação.

Aqui importante mencionar a possibilidade de utilização da mediação para solução de conflitos possessórios, mediante regime de cooperação entre as partes envolvidas e o terceiro mediador, trilham solução menos danosa e mais célere. A mediação pode ser prévia ou instaurada já com processo judicial em curso, com administração do conflito pelo mediador e menor desgaste econômico e social as partes, mediante acordo eficiente mediante instrução dos próprios envolvidos com posições antagônicas que passam a convergir para uma solução, por meio do diálogo e compreensão da posição do outro.

Deve-se estimular a comunicação entre as partes, expor os custos envolvidos, avaliar dados do conflito, como tempo de ocupação da coisa, origem da posse, destinação econômica e social, para então, formalizar o

quem quer que seja. O caso típico de *actio in rem scripta*, é a *actio quod metus causa*, que pode ser proposta não só contra o autor da violência, mas também contra o possuidor da coisa obtida por violência de outrem". "Entre as ações pessoais algumas há chamadas *in rem scriptae* (*quia rem sequuntur*) que, como as reais, podem ser exercidas contra terceiro possuidor, pedindo-se todavia nelas o cumprimento de alguma obrigação (*adversarium dare vel facere oportere*) como nas pessoais; e desta categoria são a *ad exhibendum*, SL revocatória ou Pauliana, a remissória pela cláusula retro, a *quod metus causa*, etc." O que seja ação *in rem scripta* diz-nos ULPIANO 13, no fragmento em que compara a exceção de dolo e a *metus causa*. A ação se diz *in rem scripta* por causa das palavras inseridas na fórmula, e repetidas pelo jurisconsulto: *si in ea re nihil metus causa factum est*, das quais está excluída qualquer alusão ao autor do constrangimento." (MAIA, 1962, p. 02).

acordo com sistema executório viável, o que vem sendo fomentado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Temos, portanto, que a mediação deve ser aplicada a conflitos possessórios diante dos benefícios trazidos aos envolvidos no conflito.

Competência

A competência territorial será o da situação da coisa para bens Imóveis, conforme art. 47, parágrafo § 2º, do CPC/2015. Para os bens móveis aplica-se o art. 46 do CPC/2015, tendo como regra o domicílio do réu. O processamento do feito ocorre, em regra, na Justiça Comum Estadual. Entretanto, quando o bem objeto do interdito proibitório for possuído por empresa em recuperação judicial as possessórias são distribuídas por dependência no juízo de falência e recuperação.

Já quando for parte do processo um dos entes federais, ou houver interesse direto de algum destes no processo, competente é a Justiça Federal. No entanto, quando se tratar de ameaça relacionada a divergências trabalhistas, como a organização prévia e ameaça de greve com perigo de dano à posse de empresa, será competente a justiça do trabalho conforme emenda constitucional nº 45 de 2004, art. 114, da Constituição, interpretado pelo STF, que editou a súmula vinculante 25¹², entendimento encampado no julgamento de Recurso Extraordinário RE nº 579.648-RG/MG¹³.

Em tais ações deve-se sopesar os direitos à posse, à propriedade, à livre iniciativa e ao livre acesso ao judiciário. Noutro viés, estão os direitos

¹² “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada”

¹³ STF, BRASIL, RE nº 579.648-RG/MG: “CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. JUSTIÇA DO TRABALHO X JUSTIÇA COMUM. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MOVIMENTO GREVISTA. ACESSO DE FUNCIONÁRIOS E CLIENTES À AGÊNCIA BANCÁRIA: ‘PIQUETE’. ART. 114, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL” 1. [...] a Emenda Constitucional n. 45/2003 incluiu, expressamente, na competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar as ações dele decorrentes (art. 114, inciso II, da Constituição da República). 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para fixar a competência da Justiça do Trabalho.

fundamentais dos trabalhadores: de livre associação, liberdade sindical e de greve como meio de reivindicar a efetivação de seus direitos.

Bem, o TST se posicionou sobre o tema no seguinte julgado, inclusive elucidando acerca do dano moral coletivo devido por um banco que ajuizou vinte e um interditos simultaneamente¹⁴. No entendimento do TST o Banco teria abusado do direito processual, em detrimento do direito fundamental de greve e sua organização prévia, tendo de indenizar moralmente o dano coletivo suportado pelos trabalhadores.

Sobre o tema, há precisa fundamentação no julgado do TST¹⁵. Destarte, deve ser ponderado, diante o caso concreto, a função social da posse, o direito de greve e de propriedade.

Portanto, conclui-se que, na maioria das vezes, o exercício regular de um direito gera prejuízo a outrem, sem que se configure o abuso por

¹⁴ “RECURSO DE REVISTA - AJUIZAMENTO SIMULTÂNEO DE INTERDITOS PROIBITÓRIOS - GREVE - CONDUTA ANTISSINDICAL - ABUSO DE DIREITO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL COLETIVO. (RR - 253840-90.2006.5.03.0140 , Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 27/05/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/06/2014).

¹⁵ RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. AÇÃO POSSESSÓRIA. INTERDITO PROIBITÓRIO. COMPETÊNCIA E CABIMENTO. DIREITO DE GREVE. EXERCÍCIO ABUSIVO NÃO CONFIGURADO. CARACTERIZAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ajuizamento de ações possessórias, na Justiça do Trabalho, que decorram do exercício do direito de greve, encontra assento no art. 114, II, da Constituição da República, bem como pacificado o seu cabimento pela Súmula Vinculante 23, segundo a qual - [A] Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada -. 2. O cabimento dessas ações, entretanto, deve ser vista como exceção, de modo que a utilização regular dos meios de persuasão pelo sindicato, inclusive mediante piquetes pacíficos, não conduz à conclusão de que o empregador se encontra na iminência de ver violada a sua posse, tendo em vista a necessidade de se ponderar os direitos de greve e de propriedade, mormente diante da função social desta. 3. A norma do artigo art. 6º, § 3º, da Lei 7.783/1989, deve ser interpretada de modo a não impedir o exercício do direito de greve. 4. O interdito proibitório, portanto, não pode ser utilizado como tentativa de inviabilizar a livre adesão e participação dos trabalhadores ao movimento paradedista, mas sim, para evitar atos de excesso no exercício do direito de greve e que impliquem efetivamente turbação ou esbulho na posse dos bens do autor. 5. Assim, como no caso, não há registro da ocorrência dos aludidos atos abusivos, resta caracterizado a violação do art. 9º da Constituição da República . Recurso de revista conhecido e provido.(TST - RR: 1435007220095220002, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 03/09/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014).

parte do autor da demanda. Diante disso, os operadores do direito devem analisar de maneira aprofundada o caso concreto para não incorrer em arbitrariedades, especialmente no que tange ao desrespeito do direito de greve dos trabalhadores e de liberdade de associação, inerentes ao Estado de Direito Democrático.

LIMINAR NO INTERDITO PROIBITÓRIO

Para a concessão da tutela liminar no interdito proibitório é necessário comprovar a posse sobre o imóvel e o justo receio de que esta posse está na iminência de ser molestada, sob pena de indeferimento do pleito, conforme Art. 562, do CPC/2015. Deve haver prova concreta do risco iminente, nesse sentido é o entendimento da jurisprudência, conforme ementa do TRF 3ª região¹⁶.

No procedimento especial, a audiência de justificação é obrigatória quando há pessoas jurídicas de direito público envolvidas nos feitos, com participação do autor e do réu, em que serão colhidas provas e possibilitada a expedição do mandado proibitório liminar com pena pecuniária em caso de descumprimento, inclusive aplicada de ofício pelo juiz (posição não unanime da doutrina), conforme art. 563, do CPC/2015.

Somente para os atos de esbulho e turbação é que deverá aferir se a ação será de força nova (há menos de um ano e dia) ou velha (há mais de um ano e dia). Tal questão é relevante para efeito de definição do

¹⁶ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERDITO PROIBITÓRIO. REQUISITOS. MEDIDA LIMINAR. 1. Os requisitos autorizadores do interdito proibitório (CPC/15, art. 567) não se encontram demonstrados pelos agravados, os quais não conseguiram comprovar a existência de um risco concreto e iminente para a sua posse, materializado na invasão de suas terras pelos indígenas aldeados nas proximidades. 2. A expedição do mandado proibitório, bem assim a fixação da multa diária, demandam risco evidente e concreto, não bastando rumores ou conjecturas sem maior concretude, tampouco ilações subjetivas do possuidor, no sentido de que a posse encontra-se ameaçada de turbação ou esbulho porque há propriedades fronteiriças ocupadas ou movimentações noturnas. Precedente desta Corte. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF-3 - AI: 00072847820164030000 MS, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, Data de Julgamento: 18/10/2016, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/10/2016).

rito procedimental que deverá ser seguido nestes processos. No caso de interdito proibitório sendo certo que a ameaça deve ser iminente, atual, sendo necessário precisar a data em que a ameaça se concretizou para aferir se é ação de força nova ou velha.

Cabível interdito proibitório em Juizado Especial Cível, sendo adotado o procedimento previsto na Lei 9.099/95, e não o procedimento especial das possessórias do art. 568, CPC/2015, em qualquer deles caberá mediação como meio de resolução do conflito possessório.

A utilização do procedimento especial é mais vantajoso para a parte, pois não é necessário o requisito da urgência, basta a comprovação da posse e do justo receio pela iminente ameaça perpetrada, devidamente fundamentada com a data da ocorrência da ameaça. Isso é devido ao trato especial da tutela da posse que tem um viés social, utilizando de forma análoga à previsão legal para a manutenção e a reintegração de posse.

Portanto, concedida a liminar, é expedido o mandado proibitório, com pena pecuniária em caso de incumprimento e desta liminar cabe o recurso de agravo de instrumento, sendo cabível o juízo de retratação por parte do magistrado.

O cumprimento da decisão liminar com expedição de mandado proibitório se dá por meio do Sr. Oficial de Justiça competente, podendo-se utilizar de força oficial, sendo desnecessário interposição de ação executiva para cumprimento do julgado, bastando a simples expedição de mandado pelo Juízo. A decisão liminar nas possessórias tem caráter provisório e revogável à qualquer tempo, inclusive pela modificação do estado fático com o decurso do tempo, ao longo do processo.

CARÁTER DUPLICE DAS POSSESSÓRIAS

O caráter duplice das ações possessórias decorrente da própria legislação, o artigo 556 do Código de Processo Civil de 2015, regulamenta a defesa do réu nas ações possessórias, aplicável ao interdito proibitório.

Dessa forma o Réu pode pedir em defesa no mesmo processo tutela possessória e ainda pedido de perdas e danos, sem a necessidade de formalizar uma reconvenção, sendo vetado relacionar matéria referente a domínio. Na doutrina de Cassio Scarpinela Bueno (2015, p. 209) defende que o contra-ataque do réu tem caráter de um pedido contraposto, o que é alvo de críticas por autores pela falta de previsão legal para pedido contraposto em sede de interditos possessórios.

CONCLUSÃO

Pelas considerações formuladas no presente trabalho, concluímos que o Interdito proibitório é importante instrumento processual para a efetiva proteção da Posse. No Brasil a defesa da posse vem, de maneira geral, sendo aplicada satisfatoriamente com coesão e diligência técnica por nossos Tribunais e operadores do direito. no entanto, a mediação deve ser mais aplicada para resolução de conflitos possessórios.

Na aplicação da proteção possessória, os juristas devem primar pela técnica adequada, tendo em vista o contexto social do conflito, pois, como exposto, imprecisões jurídicas abrem leque para que arbitrariedades sejam cometidas e direitos fundamentais lesados, por exemplo, na aplicação correta dos interditos possessório multitudinários contra réus ainda desconhecidos (*actio in rem scriptae* e *actio quod metus causa*), em que uma obrigação para o futuro, contra réus ainda desconhecidos.

Com efeito, ante as divergências e imperfeições ocorridas na aplicação da defesa da posse, podemos chegar a tão indesejada insegurança jurídica, em especial quando grandes litigantes como empresas mineradoras e bancos privados abusam da utilização dos instrumentos processuais de defesa da posse para limitar direitos dos seus trabalhadores, de livre manifestação e do trabalho, sendo, indicada a mediação pra pacificação de tais conflitos.

Há linha tênue entre o exercício regular do direito de greve dos trabalhadores e da correta aplicação do interdito proibitório para evitar turbacão ou esbulho diante de uma ameaça sem que haja abuso de direito.

Diante disso, os operadores do direito devem analisar de maneira aprofundada o caso concreto para não incorrer em arbitrariedades, especialmente no que tange ao desrespeito a direitos fundamentais dos trabalhadores e de liberdade de associação, inerentes ao Estado de Direito Democrático.

Assim, evidente que o instituto deve ser aplicado com a devida coerção técnica, ponderação dos direitos envolvidos, aplicação correta da multa coercitiva em caso de incumprimento para que os ditames do processo civil moderno sejam guarnecidos a fim de resguardar a efetividade da tutela processual.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. A multa prevista nos artigos 536 e 537 do CPC/2015 pode ser revista, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer momento, até mesmo após o trânsito em julgado da decisão, 2016. Disponível em: <<http://www.cpc2015.com.br/noticia.php?id=7653/jurisrefer-ecirc-ncia-trade-stj-a-multa-prevista-nos-artigos-536-e-537-do-cpc-2015-nbsp-pode-ser-revista-de-of-iacute-cio-ou-a-requerimento-da-parte-em-qualquer-momento-at-eacute-mesmo-ap-oacute-s-o-tr-acirc-nsito-em-julgado-da-decis-atilde-o>> Acesso em: 16 jul. 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. 5. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CESÁRIO, João Humberto. O direito constitucional de greve e a função social da posse. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/>

- artigos/10683/o-direito-constitucional-fundamental-de-greve-e-a-funcao-social-da-posse> Acesso em: 18 maio 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo, JusPodivm, 2017. v.1.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, 8. ed. ver. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012. v 5.
- _____. Curso de Direito Civil. Reais. 11. ed. rev., amp. e atual., São Paulo: Atlas S.A, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das Coisas. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Direito Civil Brasileiro, volume 5. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO FILHO, Vicente. Procedimentos Especiais. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. v.2 §70, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/343713313/Derecho-de-Obligaciones-Karl-LARENZ>>. Acesso em: 10. maio 2017.
- MAIA, Paulo Carneiro. Obrigações “propter rem”. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, p. 152-168, jan. 1962. Disponível em: <<http://periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/66400/69010>>. Acesso em: 22 maio 2017.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Direitos Reais, volume 4. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PILATI, José Isaac. Estudo Comparado da Posse nos Códigos Civil do Brasil e da Itália. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1568/1266>> Acesso em: 19. maio 2017.

- PORTAL EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. Pará concentra 38% dos assassinatos por conflito de terra no país. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/02/para-concentra-38-dos-assassinatos-por-conflito-de-terra-no-pais>> Acesso em: 19 Jul. 2017.
- QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana. Poder judiciário e conflitos de terra: a experiência da vara agrária do sudeste paraense. Tese (Doutorado em Ciências) – Programa de Pós-Graduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.reformaagrariaemdados.org.br/sites/default/files/2011%20Tese_Mariana_Trotta_2011.pdf>. Acesso em: 19 Jul. 2017.
- SIQUEIRA, Lia Maria Manso. Função Social (Promocional) da Posse: Da Aplicabilidade e Autonomia do Instituto no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7639/funcao_social_promocional_da_posse_da_aplicabilidade_e_autonomia_do_instituto_no_ordenamento_juridico_brasileiro> Acesso em: 19 maio 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 apud ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Das Ações Possessórias (Comentários aos arts. 920 a 933 do CPC), p. 713, disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/71-artigos-nov-2007/6091-das-acoes-possessorias-comentarios-aos-arts-920-a-933-do-cpc> acesso em 05 de julho de 2017.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 5.

A NOVA CURATELA DE INTERDITOS

Carlos André Cassani Siqueira¹

INTRODUÇÃO

Até o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), a Ação de Curatela de Interditos era regulada em parte pelo Código Civil (CC) em seus artigos 1.763 a 1.783. Por tratar-se de instituto que compartilha natureza processual e material, o novo diploma processual passou a prever, nos artigos 747 a 764, as regras atinentes ao procedimento da aludida ação. Com isso, revogaram-se os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, relegando-se a disciplina do rito desse instituto tão somente ao CPC/15.

Destaca-se que tal modificação não teve, tão somente, finalidade topográfica, quanto à pertinência da natureza do regramento em relação ao diploma legal em que se insere. As mudanças levadas a cabo pelo legislador processual tiveram, por finalidade, a implementação de melhor panorama protetivo dos incapazes no bojo do instituto da curatela. Dessa forma, as modificações em seu procedimento buscaram fazer com que a instituição da curatela seja vista como medida extraordinária e que, se acolhida pelo magistrado, o embargo à capacidade civil do curatelado seja milimetricamente limitado a suas necessidades.

Todo esse panorama foi originário do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) – Lei nº 13.146/2015, o qual encontra sua essência na Convenção de Nova York, internalizada pelo Decreto nº 6.949/2009. Ambos os diplomas têm a finalidade de concretizar o cenário mundial de

¹ Mestrando em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. E-mail: carloscassani@gmail.com.

promoção da dignidade da pessoa humana no plano da defesa de maior autonomia às pessoas com deficiência.

Portanto, por meio da investigação legal e bibliográfica, busca-se analisar os avanços na perpetrados na Ação de Curatela de Interditos e em que medida as alterações procedimentais foram feitas a contento desse cenário mundial.

O ESPÍRITO DA NOVA CURATELA DE INTERDITOS

Em 2007, foi realizada a Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), cujo protocolo facultativo foi albergado pelo Brasil. Tal diploma internacional foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional por meio da aprovação do Decreto nº 6949/2009, sob o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal. Essa vitória no direito protetivo foi fruto da luta iniciada pela Assembleia Geral das Nações Unidas ao editar a Resolução nº 45/91 com o objetivo de que seus países membros iniciassem ações voltadas ao reconhecimento de uma sociedade mais equitativa quanto às pessoas limitadas por algum tipo de deficiência.

A Convenção de Nova York especifica direitos às pessoas com limitações (sejam estas deficiências, ou não) para que possam autodeterminar-se com o máximo de autonomia possível. Nesse sentido, destacam-se três frentes de atuação do diploma internacional aludido: criação de infraestrutura de adaptabilidade e acessibilidade; combate à discriminação e desenvolvimento das habilidades (SIQUEIRA, 2016, p. 61).

Como forma de regulamentação infraconstitucional deste panorama, foi editada a Lei nº 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, visando diminuir barreiras institucionais à inclusão desse grupo de indivíduos. Tal legislação perpetrou alterações substanciais no ordenamento jurídico pátrio em diversos institutos correlatos às pessoas com deficiência. Dentre essas mudanças, destaca-se a alteração no rol dos sujeitos considerados absolutamente e relativamente incapazes,

alterando, assim, o cabimento da Ação de Curatela de Interditos. A fim de corresponder a contento a essas mudanças do direito material, também sofreu alterações o procedimento de tal demanda judicial, como veremos nesta breve exposição.

OS LEGITIMADOS PARA FIGURAR NOS POLOS ATIVO E PASSIVO DA AÇÃO DE CURATELA DE INTERDITOS

Com a vigência do EPD, observa-se que eventual deficiência deixa de ser sinônimo de incapacidade (TRINDADE, 2016, p. 72). Supera-se o conceito médico de incapacidade, de modo que passa a vigorar o modelo social de abordagem da capacidade dos sujeitos (MENEZES, 2015, p. 05). Tais alterações são concretizadas por meio do artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual altera o regime das incapacidades, previsto nos artigos 3º e 4º, do Código Civil.

Em relação aos absolutamente incapazes (artigo 3º), somente subsiste o caso daqueles sujeitos menores de dezesseis anos de idade, tendo sido revogados todas as outras hipóteses. Em relação aos relativamente incapazes (artigo 4º), foram excluídas todas as alusões a qualquer tipo de deficiência, permanecendo no rol (I) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (II) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (III) aqueles que não puderem exprimir vontade por causa transitória ou permanente e (IV) os pródigos.

Como resultado de tal alteração, também foi modificado o artigo 1.767 do Código Civil, relativo àqueles sujeitos passíveis de figurar no polo passivo da Ação de Curatela de Interditos. De igual maneira, foram excluídas as referências a deficiências, permanecendo no rol somente aqueles sujeitos constantes no artigo 4º do Código Civil, excepcionando-se a hipótese etária, que prescinde de reconhecimento judicial de incapacidade.

Abaixo é possível perceber, comparativamente, tais sucessões legislativas de forma mais ilustrativa. Vejamos:

| Código Civil antes da Lei nº 13.146/2015 | Código Civil após da Lei nº 13.146/2015 |
|--|--|
| <p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p> | <p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p> <p>I - (Revogado);</p> <p>II - (Revogado);</p> <p>III - (Revogado).</p> |
| <p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p> | <p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p> |

* continua.

| | |
|---|--|
| <p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;</p> <p>II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;</p> <p>III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;</p> <p>IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental.</p> | <p>Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:</p> <p>I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>II - (Revogado);</p> <p>III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>IV - (Revogado);</p> <p>V - os pródigos.</p> |
|---|--|

Conforme se nota, a incapacidade passa a ser aferida a partir do aspecto volitivo do sujeito. Ou seja, em que medida o sujeito é apto a entender o mundo ao seu redor e assumir responsabilidade de seus atos. A partir dessa perspectiva, assume-se que a incapacidade comporta gradações, devendo ser tutelada na medida da necessidade do indivíduo submetido à Ação de Curatela de Interditos (CRUZ, 2017, p. 74). Assim, não mais se admite a fixação da curatela à razão de tudo ou nada, eis que “assume perfil de medida protetiva e não de interdição de direitos” (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016).

Em ato contínuo, identificado o sujeito que necessite de proteção por meio do instituto da curatela, são legitimados para promover a demanda: (a) o cônjuge ou companheiro do curatelado; (b) seus parentes ou tutores; (c) o representante da entidade em que se encontre abrigado e (d) o Ministério Público. Nota-se que o legislador processualista não abraçou a possibilidade de o próprio curatelado propor a Curatela de Interditos, possibilidade outrora trazida pelo EPD ao modificar o artigo 1.768 do Código Civil, o qual foi revogado tão logo passou a vigorar o Código de Processo Civil de 2015.

Nesse contexto, é importante consignar que cada um dos legitimados deverá comprovar documentalmente na exordial o *status* o qual lhe autoriza propor a Curatela de Interditos (SCHENK, 2015, p. 313). Tal ditame ganha maior importância em relação ao representante da instituição em que o curatelado se encontra abrigo, pois há maior risco de estas entidades serem movidas por interesses escusos (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016).

Em relação ao Ministério Público (artigo 748, do CPC/15), observa-se que sua legitimidade é subsidiária em relação aos demais sujeitos do rol acima elencado. Isso, pois, o *Parquet* somente poderá propor a Curatela de Interditos nos casos em que o sujeito passivo possua doença mental grave e que haja inércia ou incapacidade dos demais legitimados ativos. Ainda, nos casos de inércia, o representante do Ministério Público poderá requer ao juiz que oportunize aos demais legitimados ativos a assunção do polo ativo da demanda. Havendo o aceite, a atuação ministerial se converterá em *custus legis* (SCHENK, 2015, p. 315-316).

O PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE CURATELA DE INTERDITOS

Com o advento da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, observa-se que o panorama vigente passou a ser *pro capacita* no tocante à capacidade civil dos sujeitos. Com isso, nos termos do artigo 85, §1º, do EPD, a instituição da curatela se tornou medida extrema a ser implementada somente quando necessária (LAGO JÚNIOR; BARBOSA, 2016), restringindo-se tanto quanto possível aos atos de ordem negocial e patrimonial (REQUIÃO, 2015, p. 03). Dessa forma, visa-se manter o curatelado no controle dos aspectos existenciais de sua vida, podendo, mesmo incapaz, autodeterminar-se livremente dentro do meio social em que vive, eis que a incapacidade não lhe retira o *status* de pessoa (REQUIÃO, 2016, p. 06).

Nesta toada, sendo necessário o ajuizamento da Curatela de Interditos para salvar sujeito incapaz, a petição inicial deverá narrar, de forma pormenorizada, os fatos acerca da incapacidade do sujeito à administração de seus bens e à prática de atos da vida civil. Todas essas alegações deverão ser comprovadas documentalmente, devendo ser juntado Laudo Médico pelo requerente, a fim de demonstrar a verossimilhança de suas alegações para que a inicial seja processada. Caso não seja possível a confecção do laudo, deverá o requerente informar tal fato ao Juízo.

No momento em que receber a inicial, poderá o magistrado deferir tutela de urgência, nomeando curador provisório ao requerido. No entanto, a fim de que isso aconteça, o requerente deverá provar que, naquele momento, a medida antecipatória de urgência é a única maneira capaz de resguardar o pretense incapaz e seus bens (SCHENK, 2015, p. 317).

Determinada a citação do requerido, este será citado para comparecer a uma entrevista com o magistrado, o qual poderá estar acompanhado por profissional especialista. Na ocasião, o juiz poderá optar por ouvir parentes e pessoas próximas do requerido, sendo assegurado, se necessário, o uso de recursos para permitir a interlocução do entrevistado. Também, a entrevista poderá ser realizada no local em que se encontrar o requerido, caso este esteja impossibilitado de locomover-se.

Note-se que este ato processual tem a finalidade de levar ao juiz informações acerca da esfera existencial e particular do requerido, sendo, portanto, de realização obrigatória (SCHENK, 2015, p. 319). Deve o magistrado entrevistá-lo minuciosamente sobre sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos. Com isso, a partir do resultado da entrevista, o juiz entenderá a dimensão das necessidades do indivíduo, conduzindo melhor a instrução processual (REQUIÃO, 2015, p. 03).

Realizada a entrevista, inicia-se a contagem do prazo de quinze dias para que o requerido impugne o pedido exordial, devendo constituir advogado para tanto. Caso permaneça inerte, deverá ser nomeado curador especial, ficando, ainda, autorizada a intervenção dos parentes do requerido na condição de assistente.

Em seguida, o juiz inaugurará a instrução probatória por meio da produção de prova pericial, a qual é indispensável na avaliação da capacidade do curatelado para a prática de atos da vida civil. Nesse sentir, a depender da natureza da limitação gerada pela incapacidade do sujeito, o juiz poderá valer-se de equipe multidisciplinar a qual confeccionará laudo único após avaliação técnica. Neste momento, a maior dificuldade reside na harmonização da linguagem técnica de cada área de conhecimento em um único documento que seja compreensível ao juiz e às partes, destinatários da produção probatória.

Outrossim, é extremamente importante que os quesitos não sejam nos moldes de tudo ou nada (“sim” ou “não”), mas sejam apresentados de maneira que os peritos possam elaborar suas respostas. Isso porque, sendo a incapacidade parcial, o laudo pericial deverá identificar para quais atos da vida civil haveria necessidade de curatela (REQUIÃO, p. 2015, p. 06).

A partir disso, após a oitiva das partes e do Ministério Público, se for o caso, o juiz será capaz de proferir sentença de instituição da curatela por meio da nomeação de curador e por meio da individualização da medida às circunstâncias específicas de cada caso concreto. São as chamadas *tailored measures* (REQUIÃO, 2016, p. 06), as quais representam os limites da curatela, a serem fixados pelo juiz conforme o estado e o desenvolvimento mental do requerido. Deverão ser consideradas, na sentença, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, a fim de que a curatela não invada sua esfera personalíssima.

Com a nova ótica sobre regime de incapacidades, trazida pelo EPD, “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (artigo 2º, da Lei nº 13.146/2015). Diante disso, não se encaram as barreiras do incapaz como limitações permanentes, podendo vir a serem abrandadas ou, até mesmo, eliminadas. Observa-se reflexo dessa lógica na previsão contida no artigo 756 do CPC/15 quanto à possibilidade de ser

requerido o levantamento integral ou parcial da curatela. Para tanto, antes de decidir, o magistrado deverá realizar instrução probatória nos mesmos moldes no rito de instituição da medida.

Independentemente da extensão da curatela, a seus efeitos deverá ser atribuído o maior grau de publicidade possível, eis que a validade dos atos do curatelado passa a depender da assistência ou da representação de seu curador (a depender do grau de incapacidade). Por esta razão, o legislador determinou que a sentença seja inscrita no registro de pessoas naturais e seja publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses. Ademais, impõe sua publicação em imprensa local por uma vez e, no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias. No edital publicado nessas plataformas, deverão constar os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

Por fim, durante o período em que vigorar a curatela, haja vista a perspectiva social da deficiência, de maneira alinhada ao EPD e à CDPD, o legislador determinou que o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito (artigo 758, CPC/15). O cumprimento de tal ditame poderá ser alvo da prestação de contas por parte do curador, o qual deverá prestar contas de seus atos ao final do exercício do encargo. Acredita-se que tal exigência vai além da esfera financeira, mas visa moldar a atuação do curador ao novo panorama acima exposto, da mesma maneira como tem sido readequado o microsistema das incapacidades.

CONCLUSÃO

Por fim, após esta breve exposição, foi possível notar a sensibilidade do legislador ao perpetrar pontuais alterações na Ação de Curatela de Interditos, correspondentes com a nova sistemática de incapacidade

civil. Com isso, muda-se a tônica deste procedimento judicial, o qual passa a ser promotor das potencialidades dos sujeitos incapazes em vez de ser interdito de direitos. Por meio dessas modificações, caminha-se para a mudança institucional e para a mudança da cultura social (afinal, o processo também é manifestação cultural) no sentido de enxergar as habilidades das pessoas com limitações, enaltecendo-as para que possam superar suas barreiras e, assim, possam autodeterminar-se em sua esfera personalíssima, dentro de seu meio social.

REFERÊNCIAS

- ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. A/RES/45/91, de 14 de dezembro de 1991. Organização das Nações Unidas, Distrito Geral. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r091.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- CRUZ, Elisa Costa. A Parte Geral do Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. p. 67-98.
- LAGO JÚNIOR, Antônio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e código de processo civil de

2015. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, Thomson Reuters, v. 08, jul./set., 2016.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, p. 03-33, jan./jun. 2015.
- REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. *Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Thomson Reuters, v. 06, p. 37-54, jan./mar., 2016.
- SCHENK, Leonardo Faria. Notas sobre a interdição no código de processo civil de 2015 (parte 1). *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 311-329, jan./jun., 2015.
- SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 47-66.
- TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. Os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência (Lei n. 13.146/25) no sistema brasileiro de incapacidade civil. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica, Goiás, Goiânia, 2016.

RECONFIGURAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

André Luiz Figueiredo Rosa¹

André Silva Martineli²

Leonardo Duarte Bertuloso³

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Destaca-se, inicialmente, que o poder geral de cautela já era conferido aos juízes no Código de Processo Civil de 1939, mas somente com a codificação processual de 1973 é que surgem os processos cautelares autônomos, como forma de obtenção de provimentos de caráter assecuratório do instrumento capaz de dar efetividade ao direito posto em litígio, segundo João Carlos Pestana de Aguiar Silva (1998, p. 38).

A tutela antecipada, como técnica processual de antecipação dos efeitos materiais do bem da vida almejado e busca de maior efetividade dos provimentos, embora já prevista em alguns microssistemas processuais brasileiros, como na antiga *lei do Mandado de Segurança*, na *Ação Civil Pública*, na *Ação Popular* e na *Lei de Alimentos*, se consolidou a partir da Lei 8.952, de 1994, que alterou substancialmente o art. 273 do CPC/1973⁴.

A partir de então, o sistema processual brasileiro passou a conviver com dois regimes distintos. De um lado, a tutela cautelar dos instrumentos

¹ Mestrando em Direito Processual (UFES). Auditor Fiscal da Receita Estadual do Espírito Santo. afigueiredo@sefaz.es.gov.br.

² Mestrando em Direito Processual (UFES). Analista Judiciário do TRT 1ª Região. andre.s.martinelli@hotmail.com.

³ Mestrando em Direito Processual (UFES). Advogado. leobertuloso@gmail.com.

⁴ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”.

processuais e, do outro, a tutela antecipada dos efeitos materiais do bem litigioso. Todavia, tal mudança trouxe algumas inflexões importantes. Não raro, pleiteava-se a tutela cautelar quando, em verdade, o que se pretendia era a antecipação do próprio direito. ““Muitas medidas encontravam-se em uma “zona cinzenta”, entre o terreno inequivocamente destinado à tutela conservativa e aquele outro atribuído à antecipação”” (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 65).

Na consagração da fungibilidade entre as medidas, cautelar e antecipativa, o parágrafo 7.º do art. 273 do CPC/1973 (incluído pela Lei 10.444, de 2002) assim dispunha: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Como haviam determinadas ações cautelares tipificadas na codificação civil de 1973, questionamentos dos mais variados surgiam a respeito do cabimento ou não da chamada *cautelar inominada*, valendo-se do poder geral de cautela previsto no art. 273, nos casos em que era prevista uma cautelar específica.

Com o advento do CPC/2015, esse conjunto de questões fica superado, pois o novo diploma elimina a figura das medidas cautelares típicas, sincretizando as premissas de toda e qualquer espécie de tutela antecipada, cautelar ou satisfativa, além de consolidar as tutelas de evidência do direito no ordenamento pátrio, positivadas no livro V da Parte Geral (arts. 294 a 311).

Contudo, merece destaque a manutenção de algumas tutelas antecipativas típicas na codificação processual vigente, como, o indeferimento liminar (art. 332), a suspensão das medidas constritivas em embargos de terceiros (art. 678), a reintegração de posse (art. 562), a atribuição de efeito suspensivo em embargos de declaração (art. 1.026, §1º) e outras; também nos microsistemas processuais, como a medida liminar em *Mandado de Segurança*, a medida cautelar de indisponibilidade de bens na *Lei de Improbidade Administrativa*, os provimentos dos *Juizados Especiais* e

etc. São procedimentos que se coadunam às premissas gerais instituídas no CPC/2015, que concretizam a *doutrina da efetividade da jurisdição*.

TEORIA DA COGNIÇÃO JUDICIAL

No tocante ao juízo mental de significação da norma jurídica exercido pelo juiz, quando da produção da norma concreta, Kazuo Watanabe (2000, p. 111-112) descreve ser este ato cognitivo uma palavra transitiva, que pressupõe uma relação existente entre um *sujeito cognoscente* e determinado *objeto cognoscível*. Dependendo do grau de intensidade (em relação à verticalidade) ou de amplitude (horizontalidade), a cognição pode assumir diferentes denominações, que atua em planos distintos do conhecimento.

Sob um ângulo estritamente empírico, toda e qualquer cognição será sempre parcial. Pois não há ser humano capaz de apreender toda a experiência da realidade, de modo que sua visão de mundo será sempre semiplena, conforme pontua Bruno Bodart (2015, p. 54).

A par dessas premissas lógico-semânticas, é possível se afirmar que qualquer ato cognitivo será sempre limitado e parcial, posto que o *dever-ser* da norma jurídica nunca toca o *plano do ser*, mas a ele se refere como espelhamento. Como o direito cria a sua própria realidade, são as próprias normas que devem definir, de forma denotativa, o que vem a ser *cognição sumária* ou *cognição exaustiva*, seus limites e alcances. Conforme adverte Tárek Moussallem, “o intérprete do direito, numa inesgotável construção de sentidos, atribui significados aos enunciados prescritivos para, *ad infinitum*, criar enunciados descritivos” (MOUSSALLEM, 2011, p. 109).

Juízo de certeza: cognição vertical exauriente

Ainda segundo Kazuo Watanabe (2000, p. 113), na cognição vertical exauriente, o magistrado não sofre qualquer tipo de limitação imposta pela lei quanto à intensidade e verticalidade de seu conhecimento, ou seja,

terá a possibilidade de se aprofundar sobre o objeto cognitivo, seja porque o material probatório não será limitado, seja porque a lei não restringe a sua investigação. Os fatos afirmados na causa poderão ser conhecidos, apreciados, valorados e investigados num procedimento que privilegie o amplo contraditório, a paridade de armas e o ativismo judicial, de forma a não haver qualquer limite de aprofundamento na causa.

A cognição exauriente é aquela que esgotou todos os elementos que poderiam e deveriam ser perquiridos pelo juiz com vistas à solução da causa, com ou sem exame do mérito (BODART, 2015, p. 49).

Juízo de probabilidade: cognição vertical sumária

No procedimento sumário preservam-se todas as garantias fundamentais dos sujeitos processuais, inclusive a plena eficácia do contraditório, de maneira que a decisão final ficará acobertada pelo manto da coisa julgada. Não se concede a sumarização da cognição, mas do procedimento, que é especial, o que não se confunde com a *cognição sumária* das tutelas antecipativas do procedimento, inclusive dos sumários especiais (BODART, 2015, p. 45).

DAS TUTELAS JURISDICIONAIS NO CPC/2015

Quanto ao tipo de provimento, as tutelas jurisdicionais podem ser classificadas como provisórias ou definitivas.

As provisórias referem-se à antecipação dos efeitos do bem da vida, posto em litígio, ou ao acautelamento (garantia) da efetividade do instrumento processual apto a satisfazer o bem da vida, respectivamente denominadas, *tutelas provisórias satisfativas de urgência* e *tutelas provisórias cautelares de urgência*. São, portanto, provimentos judiciais obtidos de forma antecedente (em relação ao pedido principal), incidental (no curso do processo) ou mesmo na sentença (para se afastar o efeito suspensivo da apelação), tudo isso com base em cognição vertical sumária, justificada

pelos requisitos da *probabilidade* de existência do direito e do *perigo de dano* ao bem da vida almejado (se satisfativa) ou do *risco ao resultado útil* do processo (se cautelar), por isso denominadas *tutelas provisórias de urgência* (art. 300, CPC/2015). Outra espécie de tutela antecipativa prevista no Código é a *tutela provisória de evidência* (art. 311, CPC/2015), que independe da existência de perigo, mas da evidência probabilística do direito alegado.

Quanto à tutela definitiva, esta exsurge do provimento final, após cognição ampla e exauriente, obtendo-se com isto uma sentença de definitividade do direito. Na tutela provisória o provimento que se obtém é meramente precário, podendo ser revogado ou modificado a qualquer tempo (art. 296, CPC/2015), é decisão interlocutória não definitiva.

Fredie Didier Jr. (2015, p. 562) ressalta que há dois tipos diferentes de tutela definitiva (tutela-padrão): a tutela de certificação de direitos (declaratória, constitutiva e condenatória) e a tutela de efetivação dos direitos (tutela executiva em sentido amplo).

A EXTINÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR AUTÔNOMO E A TENTATIVA DO LEGISLADOR EM FIXAR UMA UNIDADE ONTOLÓGICA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

O legislador de 2015 optou por radical alteração no sistema das ações cautelares. Embora permaneçam no sistema os mecanismos de proteção do direito ameaçado e do direito evidente, cautelar e antecipação de tutela, fundada na urgência ou na evidência do direito, se optou por extinguir o processo cautelar autônomo previsto no Código de 1973 (WAMBIER; TALAMINI, 2015, p. 53-54).

De certa forma, fica mantido no CPC/2015 o regime do código de 1973, mas com uma integração sistêmica dos institutos da cautelar e da tutela antecipada dentro da mesma espécie, *a tutela de urgência*, vinculada à existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Antes mesmo do CPC/2015, já era notável a tendência decrescente de utilização do processo cautelar, mediante simples formulação de pedido

cautelar incidental, amplamente difundido à época, além da crescente utilização da tutela antecipatória de urgência e de evidência em busca da efetividade e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII CF/1988), já que ambas prestigiavam o sincretismo processual com fusão da cognição e execução, assegurando a executoriedade imediata, ainda que provisória, do provimento jurisdicional.

Assim, antes previsto no Livro III (Do Processo Cautelar) e no art. 273 (tutela antecipada), ambos do CPC/1973, o legislador acabou por extinguir o processo cautelar autônomo, substituindo-o pelo sincretismo das *tutelas provisórias* presente no Livro V, arts. 294 a 311, da Parte Geral do CPC/2015.⁵

O REGIME JURÍDICO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC/2015

Reservado ao Livro V, da Parte Geral do CPC/2015, o Regime Jurídico das *tutelas provisórias* ocupa os arts. 294 a 311 na seguinte distribuição: no Título I (arts. 294 a 299) estão presentes as *disposições gerais* aplicáveis a todo tipo de tutela provisória; no Título II (arts. 300 a 310) as disposições sobre as *tutelas provisórias de urgência*, subdividindo-se em: Capítulo I (arts. 300 a 302) *disposições gerais das tutelas provisórias de urgência*, Capítulo II (arts. 303 e 304) *as tutelas de urgência satisfativas antecedentes*, e Capítulo III (arts. 305 a 310) *as tutelas de urgência cautelares antecedentes*; e no Título III (art. 311) as *tutelas provisórias de evidência*.

⁵ Alguns dos procedimentos cautelares específicos, previstos no Livro III do CPC de 1973, foram mantidos no CPC de 2015, mas com o aperfeiçoamento de suas disciplinas, devida e corretamente realocadas, porque, em rigor, nada tinham de cautelar, preservando a sua finalidade e os meios adequados para atingi-los. Assim ocorre com a “produção antecipada de provas”, que ganha disciplina própria entre os demais meios de prova (arts. 381 a 383), absorvendo o “arrolamento de bens” toda vez que não envolver atos de apreensão (art. 381, § 1º); a “exibição de documento ou coisa” que passa a ser disciplinada entre os meios de provas sem a falsa dicotomia de quando ela é requerida antecedente ou incidentalmente (arts. 396 a 404), dentre outros.

Portanto, há uma relação simbiótica entre a sumariedade cognitiva e o pronunciamento judicial que daí deriva. A tutela provisória é prestada para afastar os efeitos nocivos do tempo no processo, por intermédio da conjugação de técnicas do provimento antecipado com a cognição sumária, que culminam na provisoriedade do provimento.

O uso equivocado da expressão “provisória” pelo legislador

É nítida a distinção entre os termos *provisório* e *temporário*. Provisório é sempre preordenado a ser trocado pelo definitivo, que possui mesma natureza daquele. Já o temporário é definitivo enquanto durar, nada de mesma natureza virá em seu lugar.

Conforme Ovídio Baptista,

O conceito de *provisoriidade* de que a doutrina se vale para qualificar a duração dos provimentos cautelares presta-se a que se confunda o provisório com um estado que deve perdurar até ser substituído pelo provimento definitivo, pouco importando que o provisório, no plano *normativo*, cause efeitos definitivos e *irreversíveis* no plano fático (BAPTISTA, 2006, p. 91).

O parágrafo único do art. 309 do CPC/2015 define que: “Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento”.

Depreende-se daí que a tutela provisória cautelar só poderá ser substituída por outra de mesma natureza, razão pela qual se pode concluir que a *provisoriidade* das tutelas de urgência e de evidência nada tem a ver com a ontologia do termo, tampouco com o fim a que se destinam, mas, sim, com a precariedade do provimento judicial, razão pela qual se conclui pela melhor terminologia semântica do termo utilizado na codificação anterior, ou seja, a *tutela antecipada*, já que os efeitos que lhe são próprios é que serão antecipados, podendo ser, todavia, substituídos pelos efeitos da tutela definitiva.

A provisoriedade do provimento e a sumarização da cognição como técnicas processuais de neutralização dos efeitos deletérios do tempo no processo: efetividade versus segurança jurídica

Razões lógicas justificam a adoção desta modalidade de cognição judicial. São medidas voltadas para neutralizar os efeitos deletérios do tempo no processo, não se podendo exigir que essas técnicas se efetivem no tempo padrão ou normal em que seria dada a tutela definitiva, sob pena de se tornarem inúteis, ineficazes. Por isso devem ser concedidas e concretizadas de forma antecipada em relação àquilo que seria no tempo normal. Esse convencimento sumarizado está muitíssimo influenciado pelas técnicas relativas às provas, tais como as presunções e ficções legais, previstas no plano do direito material. “Pode-se dizer que o convencimento é um conjunto de técnicas que substitui a certeza por uma probabilidade” (RODRIGUES, 2016, p. 392).

Araken de Assis (2015, p. 364), discorrendo sobre a dicotomia entre efetividade das medidas judiciais *versus* segurança jurídica, assinala que o direito fundamental processual de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF/1988) é enunciado como comando dirigido ao legislador, impedindo a lei de excluir da apreciação do órgão judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Sob essa premissa, a atividade jurisdicional assume dois propósitos abrangentes: o de reparar e o de prevenir.

É imperioso frisar, segundo se extrai desses propósitos, que a jurisdição deve ser efetiva, pois do contrário não necessitaria prevenir ameaças. Por esse motivo, a resposta do órgão judiciário à postulação da parte revestir-se-á necessariamente dos atributos da tempestividade – justiça tardia é o mesmo que injustiça – e da adequação à natureza do conflito. Do ponto de vista constitucional, inexistente incompatibilidade absoluta entre dois marcos aparentemente contraditórios: o da eficiência da atividade jurisdicional, em que avulta a celeridade, e o da garantia da atividade jurisdicional, de onde se espera a certeza.

Sob a perspectiva constitucional, a tutela de urgência age como catalizadora do assegurado *acesso à justiça*, mitiga os riscos que a espera pela definitiva análise do direito invocado possa trazer para o autor. Há situações em que a espera pelo provimento final, após cognição exauriente, não permitirá à parte o efetivo gozo do direito o qual se buscou proteção. Sem a existência de mecanismos para o acesso à justiça, com utilidade real à parte, essa garantia seria meramente formal. Assim, as tutelas de urgência se mostram como instrumento hábil a permitir efetiva realização do acesso à justiça nos casos em que a influência do tempo tem aptidão de retirar sua utilidade. Nesta linha, a tutela provisória surge como decorrência da efetiva garantia de acesso à justiça (MAZZEI; MARQUES, 2016, p. 258).

Dever de fundamentação

A falta de fundamentação das decisões é causa de nulidade, conforme prescrito no art. 93, IX da CF/1998: “todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes”.

O ponto merece destaque relativamente às tutelas provisórias, pois “não raras são as vezes que pedidos de tutelas antecipativas são negados sem fundamentação alguma, por meio de decisões genéricas ou vazias” (WAMBIER, 2015, p. 493), com a utilização de expressões do tipo “ausentes os requisitos autorizadores, denego a medida”.

Neste sentido, o CPC/2015 enuncia expressamente que “Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”, cabendo agravo de instrumento contra decisão não fundamentada sobre tutelas provisórias (art. 1.015, I).

Formas de efetivação e o poder geral de cautela

O art. 297 define que “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 849), o poder-dever geral de cautela (tutela inominada) conferido ao juiz resta inalterado, mas isto já poderia ser deduzido a partir do fato de que não há mais especificação de procedimentos cautelares para determinados casos, de forma que as possibilidades são amplas, tanto para o jurisdicionado como para o juiz. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional, é preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF/1988).

Não se antecipa a própria tutela satisfativa definitiva (tutela-padrão), seja declaratória, constitutiva ou condenatória, mas os efeitos dela provenientes. Pela decisão provisória apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais ou executivos) do direito que se quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial afirmado. É por isso que se diz que, no contexto da tutela provisória, concedida em sede de ações constitutivas ou declaratórias, a antecipação que se opera não é da declaração ou da constituição, mas dos efeitos práticos dela decorrentes (MARINONI, 2004, p. 46).

Conforme leciona Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 629), “o poder geral de cautela é amplo e não restrito, mas nem por isso ilimitado e arbitrário”.

A primeira evidência desta limitação localiza-se no requisito da *necessidade*, pois somente a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela de urgência, é que deve ser deferida. Sobre o aspecto do *alcance* da tutela de urgência, é forçoso reconhecer que deve haver proporção entre a providência atípica e a prestação que se espera obter no julgamento definitivo de mérito. Por último, convém registrar que durante muito tempo prevaleceu a tese do não cabimento da medida

atípica para sustar a exequibilidade da sentença transitada em julgado. Com o advento, porém, da permissão para a antecipação dos efeitos da tutela de mérito (art. 273 do CPC/1973, com a redação da Lei 8.952, de 1994), deixou de haver maior resistência à possibilidade de providência liminar para sustar os efeitos executivos da sentença submetida à ação rescisória. Neste caso, passou-se a exigir, convenientemente, que a parte comprovasse todos os requisitos legais da tutela antecipada para impedir a medida executiva (art. 489 do CPC/1973, alterado pela Lei 11.280, de 2006), disposição mantida no art. 969 do CPC/2015.

Reversibilidade

O § 3º do art. 300 do CPC/2015 define que “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Para que se possa revogá-la ou modificá-la, exige-se que tenha ocorrido alguma alteração posterior no estado de fato. Afinal, a medida é concedida *rebus sic stantibus*. A revogação tem eficácia *ex-tunc*, pois se impõe o restabelecimento do estado anterior, como ocorre com qualquer execução provisória a ser desfeita.⁶

Como exemplo, o *Superior Tribunal de Justiça* durante certo tempo entendeu que, em matéria previdenciária, haveria a impossibilidade de restituição de valores recebidos por força de tutela provisória posteriormente revogada. No entanto, em 2003, houve o *overruling* deste precedente, garantindo assim a reversibilidade das medidas do tipo.

Cássio Scarpinella Bueno (2016, p. 271) assinala que se trata de pressuposto que já havia na codificação de 1973 (§ 2º do art. 273). A vedação, contudo, não deve prevalecer nos casos em que o dano ou risco que se quer evitar ou minimizar seja qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. Subsiste, pois, implícito ao

⁶ Art. 520: ... II - fica sem efeito, sobrevivendo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos.

sistema – decorre dos princípios da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC/2015), cooperação (art. 6º, CPC/2015) e proporcionalidade ou igualdade processual (art. 7º, CPC/2015) – que o rigor literal de qualquer norma deve ser afastado.

Há situações em que a irreversibilidade do provimento jamais conduzirá ao *status quo ante*, mas em razão do *periculum in mora* deverá o magistrado conceder a tutela antecipada, como ocorre com as ações envolvendo direitos fundamentais – ex.: autorização para realização de cirurgia grave e inadiável; despoluição de águas fluviais; etc. –. Nesses casos, a irreversibilidade poderá ser convertida em perdas e danos, caso o provimento final seja negativo – ex.: a cirurgia não era urgente, mas corretiva, e o segurado não possuía direito à cobertura –.

Responsabilidade por dano reverso

Sobre a teoria do risco objetivo, Rodrigo Mazzei e Bruno Pereira Marques (2016, p. 273) assinalam que na medida em que a tutela de urgência tem como marca a transferência dos riscos da esfera dos direitos do autor para os do réu, aquele assume para si os riscos dos danos que sua provocação judicial acarretar a este. Distribuem-se, assim, os riscos do insucesso do processo de forma inversa.

Não seria aceitável que, impondo seu risco relacionado aos efeitos do tempo ao réu, em caso de insucesso em sua pretensão de urgência, o autor transferisse também os riscos pela efetivação da tutela de urgência. Trata-se, pois, da assunção dos riscos decorrentes da sumarização da cognição, em que, o que aparentava ter verossimilhança, não passou de aparência, vez que, ao final, restaria demonstrado inexistir o direito alegado.

Em razão da semelhança da tutela provisória de urgência com o cumprimento provisório de sentença previsto no art. 520 do CPC/2015, seria incongruente a um mesmo sistema processual imputar a responsabilidade objetiva pela execução de um título judicial proferido após exercício de uma cognição exauriente e, ao mesmo tempo, exigir a perquirição de culpa quando da execução de uma decisão prolatada sob cognição sumária. Na

situação onde os riscos são maiores (efetivação da tutela de urgência) dar-se-ia um tratamento mais benéfico do que em situações onde os riscos são menores (cumprimento provisório de sentença).

Identificado nexos causal e dano efetivo, o prejudicado pela tutela de urgência infundada ou frustrada não precisa propor ação de indenização contra o requerente para obter o reconhecimento de seu direito e a condenação do responsável. Nos termos do art. 302, parágrafo único do CPC/2015, sempre que possível, a indenização será liquidada nos próprios autos em que a medida tiver sido concedida, conforme afirma Humberto Theodoro Jr. (2015, p. 673).

Pode o magistrado exigir a prestação de caução em favor do requerido, ressalvada a situação do hipossuficiente economicamente (art. 300, § 1º).⁷

DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA

As tutelas de urgência estão previstas no Título II (arts. 300 a 310).

Tutela de urgência significa urgência na prestação da tutela e, portanto, o aspecto da urgência não tem o condão de alterar a substância da solução prevista no plano material.

A urgência está intrínseca ao fator risco. Risco de o bem da vida almejado, posto à decisão do Estado-Juiz, se esvaír pelo tempo. É pressuposto que se relaciona à efetividade do provimento.

Distinção entre tutela satisfativa e tutela cautelar

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 28) prelecionam que a distinção entre *tutela antecipativa* e *tutela cautelar* foi fonte de inúmeros problemas nas últimas décadas de vigência

⁷ Enunciado n. 498 do FPPC: “A possibilidade de dispensa de caução para a concessão de tutela provisória de urgência, prevista no art. 300, § 1º, deve ser avaliada à luz das hipóteses do art. 521”.

do Código de 1973, não sendo raras as decisões que negavam tutela antecipada apenas por ter sido postulada a título de cautelar ou vice-versa, e seria salutar, por isto, que o novo Código evitasse por todos os modos que o jurisdicionado fosse exposto a risco semelhante. O art. 305, parágrafo único, resolve em parte este problema ao estatuir que, diante de um pedido de antecipação de tutela equivocadamente tratado pela parte como pedido de medida cautelar, o juiz o processe como pedido de medida antecipatória.

Estabilização da tutela de urgência satisfativa versus coisa julgada

A estabilização da tutela provisória de urgência ocorre quando esta é concedida em caráter antecedente e não impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples, por recurso ou outro meio de impugnação. Se isso ocorre, o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 304, § 1º), mas a decisão concedida de forma antecipada ganhará ares de “estabilidade”, ou seja, continuará produzindo efeitos, podendo ser atacada por ação autônoma, que vise à sua revisão, reforma ou anulação (art. 304, § 2º), cujo prazo prescricional se encerra em dois anos (art. 304, §5º).

A dúvida que surge é se haveria vantagem para o réu em permanecer silente, no caso da estabilização da tutela antecipada. Para Fredie Didier Jr. (2015, p. 604), a medida importa em diminuição de custas processuais. Por não opor resistência, o réu não incorrerá em custas (aplicação análoga ao disposto no § 1º do art. 701) e pagará apenas os honorários advocatícios de sucumbência, conforme art. 701, *caput* (também por analogia).

Admite-se, até mesmo, a hipótese de negociação processual nesses casos, desde que atenda aos requisitos previstos no art. 190.⁸

Impende ressaltar que, na vigência do CPC/1973, após obter provimento favorável no processo cautelar típico, o autor carregava o ônus de dar início ou prosseguimento ao processo em busca da tutela definitiva. Com o CPC/2015, no caso da tutela provisória satisfativa antecedente,

⁸ Conforme Enunciado n. 32 do FPPC “Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente”.

esse ônus é transferido ao réu. Com a estabilização e a consequente extinção do processo, é o réu que assume o ônus de uma nova ação no intuito de reverter a medida.

Conforme Fredie Didier Jr. (2015, p. 612) e Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p.28), a estabilização da tutela provisória nos termos do art. 304 não forma coisa julgada, por lhe faltar a decisão de mérito, condição inexorável para a formação da *res judicata*. Logo, não é hipótese de cabimento de ação rescisória.

Eduardo José da Fonseca Costa (2016, p. 425-433), no tocante à estabilização da tutela provisória satisfativa, aponta que o CPC/2015 instituiu um microsistema de direitos subjetivos pela técnica monitória: de um lado está (a) a estabilização da tutela antecipada (art. 304); e de outro (b) a ação de procedimento especial monitório (arts. 700 a 702). A estabilização é somente da tutela de urgência satisfativa, não havendo razão para estabilizar-se a tutela de urgência cautelar, uma vez que ela não satisfaz a pretensão do objeto principal da lide. Nesse sentido, poder-se-ia até admitir a estabilização da tutela de evidência, já que ela não passa de uma tutela antecipada, conquanto sem o pressuposto do *periculum in mora*. Aliás, haveria maior razão para a tutela de evidência se estabilizar, cuja probabilidade de procedência é muito maior. A respeito da formação ou não de coisa julgada, pontua o autor que a expressão *indiscutibilidade externa* ou *estabilidade* tem sentido específico, não se trata de impossibilidade de rediscussão, já que no primeiro processo não se teceu o juízo de certeza sobre o mérito, mas sim mero juízo de verossimilhança ou probabilidade sobre a existência de um direito material. Desta forma, como não há coisa julgada, nada se rescinde. Todavia, cabível será a *querela nullitatis insanabilis*.

Da tutela de urgência cautelar

Segundo Fredie Didier Jr. (2015, p. 562), as tutelas cautelares são marcadas por duas características: (i) referibilidade; e (ii) temporalidade. A referibilidade diz que, embora a tutela cautelar seja autônoma em relação à tutela principal, ou seja, possui pedido próprio (segurança) e causa de

pedir própria (remota: probabilidade de existência do direito acautelado; próxima: direito à cautela), ela sempre se projeta para a satisfação do pedido principal, é meio de preservação de outro direito. Por seu turno, a *temporalidade* afirma que a tutela cautelar tem prazo de validade, que cessa quando se alcança a sua finalidade conservativa/protetiva. Pode-se dizer, portanto, que há coisa julgada cautelar. Pode-se dizer que ocorre cognição exauriente do mérito cautelar, já que em relação ao direito material acautelado a cognição será sempre sumária.

Requerida nos termos do art. 305 do CPC/2015, a tutela provisória cautelar antecedente objetiva: (i) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar (o instrumento processual); e (ii) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa.

Fungibilidade das tutelas provisórias de urgência

Para Flávio Cheim Jorge (2015, p. 316), o CPC/2015, em sintonia ao que previa o CPC/1973, não trouxe qualquer norma expressa a respeito do princípio da fungibilidade, encontrando tal omissão justificada em Alfredo Buzaid, que na Exposição de Motivos do Código de 1973 já demonstrava não haver necessidade de permanência da fungibilidade recursal (que tinha previsão expressa no Código de 1939). Porém, no sentido de privilegiar a efetividade, a instrumentalidade das formas e a primazia do mérito, no vigente modelo constitucional de processo, o legislador foi cauteloso ao prever, no parágrafo único do art. 305, a possibilidade de admissão de um requerimento de tutela por outro, quando for o caso.

Fredie Didier Jr. (2015, p. 616) pondera que a previsão do parágrafo único do art. 305 se trata de fungibilidade progressiva, da conversão do pedido de tutela menos agressiva (cautelar) para a mais agressiva (satisfativa). Logo, por analogia, admitir-se-á também a regressiva, no que se configura como uma fungibilidade de mão dupla.

Das tutelas provisórias de evidência

Para Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2016, p. 29-30), o provimento jurisdicional com base na evidência não passa de uma grande probabilidade com fundamento no qual o juiz poderá conceder a espécie de tutela, e justamente por não traduzir uma certeza, é suscetível de revogação ou modificação a qualquer tempo, sendo por isso provisória (art. 296). No fundo, é um *fumus boni iures* qualificado sem requisito de urgência.

Segundo explica Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 425), a principal finalidade da tutela provisória de evidência é abrandar os males do tempo no processo e garantir a efetividade da jurisdição. Serve, então, para rediscutir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo sobre o processo. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com o mesmo, o que se coaduna perfeitamente com o princípio da cooperação presente no art. 6º do CPC/2015.

CONCLUSÃO

A par dessas linhas históricas e orgânicas, a intenção deste breve ensaio foi evidenciar que a nova configuração das tutelas sumarizadas antecipativas no ordenamento processual civil pátrio, trazida com o CPC/2015, surge como afirmação da perspectiva constitucional da efetividade do processo e da conservação do poder geral de cautela.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro. v.2: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- BODART, Bruno V. da Rós. Tutela de evidência. 2.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. 2.ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: Comentários ao Código de Processo Civil. Leonardo Carneiro da Cunha; Dierle Nunes; Lênio Luiz Streck (Org.). 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr. e outros. 10.ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil: de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.
- JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. Responsabilidade pelos danos decorrentes da efetivação de tutelas de urgência em caso de “insucesso final” da ação de improbidade administrativa: breve análise a partir do CPC/15. In: Fredie Didier Jr. (coord.); Lucas Buril de Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire (Org.). Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual. 6.ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. O processo cautelar. A tutela antecipada. Os institutos afins. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.1, n.1, 1998.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do processo cautelar. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v.1. 56.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 14.ed. 3.v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. Novo código de processo civil: artigo por artigo. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2.ed. atual. Campinas: Book Seller. 2000.

DIREITO PROCESSUAL
PENAL E DIREITOS
HUMANOS

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DAS AÇÕES PENAIS QUE APURAM ATOS DE CORRUPÇÃO NA SEARA PÚBLICA, O REFLEXO DE TAIS ATOS NOS DIREITOS HUMANOS E O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Leticia Lemgruber Francischetto¹

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS

Diversas são as ações penais que tramitam nas varas criminais objetivando a punição de indivíduos que, em tese, receberam vantagens indevidas em razão da função pública ocupada ou locupletaram-se de recursos públicos.

Já nos presídios praticamente não existem presos por corrupção. Diagnóstico do sistema carcerário brasileiro divulgado em fevereiro de 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça sequer cita os crimes contra a Administração Pública nos percentuais de presos recolhidos por Unidade da Federação. A massa carcerária advém do tráfico de drogas, roubo, homicídio, crimes previstos no Estatuto do Desarmamento e furto, basicamente (Conselho Nacional de Justiça, 2017).

As penas previstas para crimes como peculato e corrupção passiva (artigos 312 e 317 do Código Penal) são de dois a doze anos de reclusão, sendo fixadas, em regra, em menos de quatro anos, redundando no cumprimento da pena em regime aberto ou substituição por prestação de serviços à comunidade e doação de cestas básicas.

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES - PPGDIR). Especialista em Direito Processual Civil (2001). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES – 2001/1). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo desde 2003. E-mail: leticialemgruber@gmail.com

Isso quando a pena é cumprida. O abarrotamento das varas criminais e a gama de petições e recursos protelatórios permitidos pelo sistema processual penal brasileiro contribui para a prescrição de tais delitos.

Essa realidade é paradoxalmente oposta à importância que tais delitos deveriam receber do sistema de justiça criminal, dado o impacto negativo da corrupção nos direitos humanos.

A corrupção impacta especialmente a qualidade de vida da população mais vulnerável, que depende de serviços públicos essenciais.

Dentre as várias conexões entre corrupção e direitos humanos, cite-se que o dinheiro desviado deixa de ser aplicado em saneamento básico, saúde, educação e segurança, o que aumenta a marginalização e, com ela, a violência. As propinas destinadas a evitar cobrança de impostos ou reverter cobranças já realizadas refletem na diminuição da arrecadação e, conseqüentemente, na prestação de serviços públicos. Empresas são contratadas mediante o pagamento de suborno, em licitações fraudadas onde não existe competição. A ausência de competição repercute na má qualidade do serviço contratado ou do bem adquirido, na medida em que o prestador não precisa primar pela excelência do objeto do contrato. Ainda, os serviços são prestados em qualidade inferior em razão do dinheiro desviado para o pagamento dos ajustes. A sociedade recebe um serviço ou obra de má qualidade. O dinheiro desviado deixa de ser aplicado em investimentos.

Estudo realizado na Guatemala em 2015 mostrou a correlação da corrupção com os direitos humanos: 30% do orçamento do país é vulnerável à corrupção e em razão de desvios do orçamento mais de um milhão de crianças entre 0 e 1 ano não foram vacinadas; 1.2 milhões de pessoas não tiveram acesso a planejamento familiar; 300 mil livros escolares da educação primária deixaram de ser produzidos e entregues; 100 mil estudantes deixaram de ser atendidos no sistema escolar e 2.6 milhões de crianças ficaram sem alimentação escolar, dentre vários outros itens (HERNANDES, 2017, p. 230-231).

Estabelecida a conexão, cabe ao Estado impedir violações a direitos humanos, provenientes da prática de crimes contra a Administração Pública, o que ocorre através do processo penal. É a atuação penal célere

e efetiva que irá concretizar o direito à justiça e verdade e assegurar a não repetição das violações.

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A prática de um crime atrai o dever de persecução penal por parte do Estado (que impõe o dever de investigação, processo e julgamento do delito). Atrai também o respeito aos direitos individuais do investigado, para evitar abusos por parte do Estado, e o direito coletivo da sociedade à segurança e à prestação jurisdicional efetiva, num prazo razoável (artigo 5º., caput e incisos XXXV, LXXVII e LXXVIII, e artigo 144 da Constituição Federal). Cabe ao Estado apurar o ato e punir o responsável, garantindo a convivência e a segurança de quem não infringiu a lei.

Como ensina Fischer (2017, p. 64-74), a própria doutrina do garantismo penal – nascida em um contexto histórico de regimes autoritários - ultrapassa a proteção dos direitos fundamentais individuais para alcançar todos os grupos de direitos fundamentais, individuais e coletivos, previstos na ordem jurídico-constitucional no Estado Social Democrático, sob pena de uma desproteção sistêmica dos demais direitos fundamentais elencados Constituição. Para o autor, o dever de garantir a segurança abrange evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais e apurar o ato ilícito e punir o responsável (2009).

É dizer que o alcance dos direitos fundamentais ultrapassa a proteção do indivíduo contra um excesso por parte do Estado (*proibição de intervenção, vertente negativa, dimensão subjetiva*), para abranger a obrigação do Estado implementar providências, prestações, a fim de se realizar os direitos fundamentais (*imperativo de tutela, vertente positiva, dimensão objetiva*).

No equilíbrio entre efetividade (que impõe que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário) e segurança (que demanda um lapso temporal razoável para tramitação o processo), o processo precisa cumprir seu papel, qual seja, servir de instrumento de realização da justiça.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678/92) prevê em seu artigo 8º. o direito à investigação e julgamento num prazo razoável. A previsão foi replicada no inciso LXXVIII do art.5º. da Constituição Federal (inserido pela Emenda n. 45/04), que assegurou, no XXXV do mesmo artigo, o direito de acesso à justiça.

Sendo do Estado o monopólio da força, deve ele prestar a jurisdição de forma efetiva, adequada e tempestiva. Existe, portanto, um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. E é esse direito que vai fazer valer os demais direitos, já que, com a proibição da autotutela, eles sempre ficarão na dependência daquele em situações de ameaça ou agressão.

A efetividade da jurisdição demanda obtenção de uma decisão em um prazo razoável (sem dilação indevida).

No processo penal a efetividade interessa à toda sociedade, já que o direito penal tutela os bens jurídicos mais importantes, contra as lesões mais graves. Como só é possível aplicar pena através do processo, sua ineficiência traz reflexos graves na proteção dos bens jurídicos mais caros, não relacionados apenas aos sujeitos do processo (MENDONÇA, 2017, p. 183-185).

E dentre os objetos jurídicos tutelados pela norma penal, as infrações penais praticadas contra a Administração Pública são as “mais nefastas e devastadoras, uma vez que, geralmente, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, indiretamente causam danos a um número indeterminado de pessoas” (GRECO, 2008, p. 357).

Em que pese o ordenamento jurídico nacional não estabelecer prazo máximo para persecução penal, mas apenas prazos prescricionais previstos para a prática de cada crime, o direito à duração razoável do processo vem sendo reconhecido pelos Tribunais nacionais, especialmente em sede de habeas corpus. Em regra, ele é apreciado sob a ótica exclusiva dos direitos fundamentais individuais, seja relacionado à duração de prisões cautelares ou mesmo à determinação de trancamento de inquéritos policiais em razão do lapso temporal transcorrido (STJ, RHC 61.451/

MG, 6ª T., DJe 15/03/2017, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior), seja para determinar o julgamento imediato de recurso da Defesa (HC 136.435/PR, j. 22/011/2016, 2ª. T., STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

A demora no julgamento de uma ação penal, não atribuída à acusação, especialmente em crimes que apuram corrupção na seara pública, configura negativa de prestação jurisdicional e ofensa aos princípios da eficiência e duração razoável do processo, refletindo verdadeira omissão do Estado no seu dever de proteção (segurança dos cidadãos), e evidencia a necessidade constante de implementação de medidas eficazes.

Dentre as possibilidades, a depender da conformação às particularidades do caso concreto, estão a impetração de mandado de segurança perante a instância superior visando determinação de prolação de sentença, instauração de procedimento de controle administrativo no âmbito do Conselho Nacional de Justiça e o incidente de deslocamento de competência.

Incidente de Deslocamento de Competência

O artigo 109, § 5º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, estabeleceu que compete aos juízes federais processar e julgar causas relativas a direitos humanos, sendo que, *“nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”*.

Foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI 3493 e 3486) perante o Supremo Tribunal Federal, por entidades de classes de magistrados, sob alegação de afronta ao pacto federativo, violação do juiz natural e do devido processo legal, ainda pendentes de julgamento.

O Superior Tribunal de Justiça já conheceu vários IDC's propostos pelo Procurador Geral da República, confirmando sua constitucionalidade

(IDC's 01, 02, 03, 09 e 10). Ao apreciar o mérito dos pedidos, apontou a necessidade de se demonstrar a existência de grave violação a direitos humanos, o risco de descumprimento de obrigações internacionais avançadas, a omissão ou incapacidade das autoridades responsáveis pela apuração dos ilícitos, e a excepcionalidade da situação.

Os dois últimos requisitos se referem à situação fática. Não dizem respeito à mero excesso de prazo ou falta de apuração dos crimes, com ausência de resultados úteis mesmo após a adoção de providências jurídicas. Se referem à inércia e omissão na adoção de providências jurídicas, negligência, falta de vontade política ou condições reais a demonstrarem uma total incapacidade das instâncias e autoridades locais para exercerem suas atividades tendentes a responsabilizar os autores dos crimes e, assim, oferecerem respostas efetivas.

A doutrina diverge quanto à definição de *crimes graves contra os direitos humanos*. A professora Flávia Piovesan registra a sugestão apresentada por Comissão formada por Procuradores do Estado e Procuradores da República, a abranger os crimes de tortura; homicídio doloso qualificado praticado por agente funcional de quaisquer dos entes federados; praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva; e uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança e adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.

Aras (2005) considera crimes contra direitos humanos, para os efeitos que se discute, “todos os delitos previstos nos tratados internacionais de direito humanitário de que o Brasil seja parte, sempre que a vítima for uma pessoa humana ou um grupo de pessoas”.

O Estatuto de Roma, de 1998 (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112/02 e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388/02), que criou o Tribunal Penal Internacional, restringe sua jurisdição aos crimes de *jus cogens* (que ofendem valores da comunidade internacional), que seriam o

genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

Considerando a utilização de normas consuetudinárias pelo direito penal humanitário, dentre outros fatores, há quem defenda que a definição de graves violações de direitos humanos é tarefa interpretativa, a partir das referências do sistema internacional de proteção a direitos humanos e sua evolução histórica (ALMEIDA, 2000, p. 09).

Partindo da conceituação de direitos humanos como o “conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade”, chega-se a conteúdos diversos, que representam valores essenciais, explícita ou implicitamente retratados nas Constituições ou tratados internacionais (RAMOS, 2017, p. 21).

A denominação dos direitos essenciais do indivíduo foi sendo alterada, a partir do redesenho de sua delimitação e fundamento, mas sempre com a presença das marcas da universalidade, essencialidade, superioridade normativa e reciprocidade. Parte da doutrina reporta direitos humanos como sendo aqueles reconhecidos pelo Direito Internacional e direitos fundamentais como aqueles reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de cada Estado, diferenciação que não faz sentido dada a aproximação e mútua relação entre ambos (RAMOS, 2017, p. 46-48).

Para análise do artigo 109, § 5º, da Constituição Federal, a definição de *crimes graves contra os direitos humanos*, portanto, engloba as condutas típicas do ordenamento jurídico pátrio que também violam bens jurídicos tutelados em convenções internacionais humanitárias de que o Brasil seja parte (a proteção daquele bem na convenção internacional evidencia, ao menos reflexamente, o impacto nos direitos essenciais para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade).

Na hipótese de atos corruptivos praticados em desfavor da Administração pública, o que constata é que o combate eficaz da corrupção, com punição do peculato, da lavagem de dinheiro e das organizações criminosas, bem como recuperação do dinheiro desviado, é tutelado pela Convenção Interamericana contra a Corrupção (de 1996, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152/02 e promulgada pelo Decreto

Presidencial nº 4.410/01); pela Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo de 2000, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 3231/03 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.015/04), que prevê a necessidade das autoridades nacionais de oferecerem uma resposta eficaz ao crime organizado; e pela Convenção Anticorrupção da ONU (Convenção de Mérida de 2005, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687/06), em especial em seus artigos 17 e 30.

Decorre daí o risco de responsabilização pelo descumprimento de obrigações internacionais avençadas.

A redução da corrupção e do suborno em todas as suas formas também foi elencada como um dos dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (SGD's) da ONU, como estratégia de promoção da equidade, justiça e paz (objetivo 16.5, mensurado pelo indicador proporção de pessoas e empresas que tiveram pelo menos um contato com um funcionário público e que pagaram um suborno a um funcionário público, ou foram solicitadas suborno por esses funcionários públicos, durante os 12 meses anteriores – ONU, Sustainable Development Knowledge Platform).

Evidenciado o reflexo da corrupção nos direitos fundamentais e a primazia de seu enfrentamento, tanto na seara nacional quanto na internacional, a discussão que se apresenta é se a corrupção viola, por si só, direitos humanos e, a partir daí, ganha repercussão no direito internacional.

O termo corrupção, no caso, é utilizado para referenciar os delitos penais reconhecidos no direito internacional como suborno ativo e passivo, abuso de confiança, peculato e enriquecimento ilícito.

Peters (2015) defende que o primeiro aspecto a ser observado é a obrigação do Estado frente à comunidade internacional, de implementar medidas anticorrupção, atribuir recursos para execução de direitos humanos e adotar todas as possibilidades que tem à sua disposição para implementação dos direitos humanos.

Constatada a implementação de medidas anticorrupção deficientes ou inação plena do Estado na implementação de tais medidas, ele será responsável (as medidas seriam as previstas na Convenção das

Nações Unidas contra a Corrupção, quais sejam, estabelecer um corpo anticorrupção, reorganização do serviço público, promulgação de códigos de conduta para funcionários públicos, reorganizar as aquisições públicas e prevenir a lavagem de dinheiro).

No que se refere à prática de um ato corrupto por um funcionário individual, o autor afirma que ela pode potencialmente violar direitos humanos, dependendo do contexto e do direito humano em questão, em cada uma dessas três dimensões de obrigações originadas dos direitos humanos (de respeitar, proteger e cumprir).

A análise deve partir do nexo de causalidade entre a transgressão legal e o dano, baseado em princípios de direito de responsabilidade civil. Caso haja imediatismo entre a transgressão e o dano, sendo este previsível, o ato corruptivo violou, por si só, direitos humanos (o dano foi consequência natural e normal).

Nas situações em que a distância entre a causa e a violação dos direitos humanos é muito grande (frequente no contexto da grande corrupção, praticada pelos cargos políticos de alto nível) surgem alguns problemas. Para o autor, se a violação de direitos humanos tiver várias causas, sendo o ato corruptivo uma delas: (i) na hipótese da violação dos direitos humanos ser resultado da combinação de ambas as causas, o ato corruptivo funcionou como *conditio sine qua non*, e por isso é considerado causa de violação de direitos humanos em sentido legal; (ii) na hipótese da violação dos direitos humanos ser resultado da combinação de várias causas concorrentes e cada uma era suficiente, por si só, para causar o dano, neste caso nenhuma das causas era uma *conditio sine qua non* porque o resultado teria ocorrido de todas as formas e a corrupção será tida como uma causa jurídica.

A complementação que se faz é exatamente a hipótese de ineficácia da persecução penal afeta a crimes que apuram atos corruptivos na esfera pública. Para além do nexo de causalidade entre a transgressão legal (ato corruptivo) e o dano (a variar conforme a situação fática), a inércia já viola, por si, o direito essencial à tutela jurisdicional efetiva, que abrange

o prazo razoável (positivado na Constituição Federal, no Tratado de Roma e no Pacto de São José da Costa Rica), na dimensão de cumprimento.

O direito humano violado (Direito à prestação jurisdicional efetiva) é tido, inclusive, como o mais importante dos direitos, já que constitui o direito a fazer valer os próprios direitos (ou seja, todos os demais direitos ameaçados ou agredidos, em razão da proibição da autotutela).

E em se tratando de prestação jurisdicional na persecução penal de crime contra a Administração Pública, os reflexos da inércia são desastrosos, dado o impacto no projeto democrático delineado na Constituição, na efetivação dos direitos humanos, no desenvolvimento econômico e social do país e na desigualdade social, a evidenciam a necessidade de implementação de medidas eficazes, dentre elas o deslocamento da competência da Justiça Estadual para Justiça Federal.

CONCLUSÃO

A corrupção alcança patamares preocupantes e impacta a capacidade do Estado de proteger e prover direitos humanos, através da oferta de serviços públicos essenciais, dentre outros aspectos.

A ausência de uma persecução penal efetiva em infrações penais praticadas contra a Administração Pública atinge patamares preocupantes, dado o número de pessoas indeterminadas atingidas. Em determinadas situações fáticas, para além dos impactos negativos produzidos nos direitos humanos, já consagrados na seara nacional e internacional, a contextualização de tais crimes pode indicar a violação, por si só e diretamente, de direitos humanos, e o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais.

Nestes casos, imprescindível a adoção de estratégias eficientes para o enfrentamento do problema. O incidente de deslocamento da competência para a justiça federal insere-se entre as alternativas possíveis para a célere e eficiente solução de conflitos dessa natureza.

REFERÊNCIAS

- ALMAGRO, Luiz. Prólogo. In: TABLANTE, Carlos; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Editores). Impacto de la corrupción em los derechos humanos. Mexico: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo15.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018.
- ALMEIDA, Eloíza Machado de. A efetividade do mecanismo de federalização como prevenção à responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo15.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2018.
- ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/6762/federalizacao-dos-crimes-contra-os-direitos-humanos/4>>. Acesso em 24 maio 2018.
- Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em 10 um. 2018.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). Garantismo penal integral. 4ª ed.Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. P. 64-74.
- _____. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais). Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em 29 maio 2018.
- HERNANDES, Thelma Esperanza Aldana. Corrupción y derechos humanos. Guatemala. In: Impacto de la corrupción em los derechos humanos. Mexico: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo15.pdf>>.

- gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo15.pdf>. Acesso em 10 jun. 2018.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A reforma do Código de Processo Penal sob a ótica do garantismo integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). Garantismo penal integral. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. P. 183-185.
- Organização das Nações Unidas. Sustainable Development Knowledge Platform. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/>>. Acesso em 10 jun. 2018.
- PETERS, Anne. Corruption and human rights. Basel Institute on Governance. Workingpaper series, n. 20. Disponível em: <http://www.mpil.de/files/pdf4/Peters_Corruption_and_Human_Rights20151.pdf>. Acesso em 29 maio 2018.
- PIOVESAN, F., Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição supranacional: a exigência de federalização. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html>. Acesso em 29 maio 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/erica.carvalho/ramos-andr-de-carvalho-curso-de-direitos-humanos-2017-.pdf.html>>. Acesso em 09 jun. 2018.

A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR: “DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIR A SEGURANÇA VIRTUAL DOS CIDADÃOS QUE UTILIZAM O APLICATIVO ‘WHATSAPP’”

Lucas Francisco Neto¹

Roberta Fernandes Goronsio²

INTRODUÇÃO

Dentro do Estado de Democrático de Direito e nas relações de poder entre as instituições de Estado e o cidadão, a liberdade, considerada na sua acepção stricto (liberdade de locomoção, do direito de ir, vir e permanecer) é a via de regra. Dessa maneira a interrupção da liberdade do cidadão por intermédio da prisão é medida excepcional e *ultima ratio* aplicada às infrações penais.

Para que a cautelar não incorra em medida abusiva, antecipatória do cumprimento de pena ou prisão manifestadamente ilegal, ferindo os princípios constitucionais, deve o judiciário observar os princípios processuais e o índice de autoria e materialidade do crime (*fumus commissi delicti*) e os pressupostos cautelares da conveniência da instrução criminal e do assecuramento da aplicação da lei penal (*periculum libertatis*).

Resta destacar que antes de aplicar em definitivo a prisão preventiva é necessário que reste explicado pelo magistrado que não fora possível utilizar nenhuma das medidas cautelares alternativas, cuja aplicação é, sem

¹ Mestrando em História Social das Relações Políticas pela UFES, membro do Laboratório de Estudos do Movimento Migratório-LEMM, advogado, foi membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/ES entre 2014/2017.

² Graduada em Direito pela Fundação Castelo Branco (Colatina), advogada, membro do coletivo Por Todos os Direitos.

dúvidas, mais benéfica, tendo em vista o arcabouço prisional carente que o país apresenta nesse momento histórico (e por que não dizer durante todo o processo histórico do Brasil), além de que em nenhum momento da lei é dito que a prisão afasta as medidas cautelares, pelo contrário, as duas coisas podem acontecer concomitantemente.

Uma outra indagação pertinente sobre o assunto é conceito vago aplicado ao fundamento da ordem pública, que enseja na aplicação do instituto de prisão preventiva sem a devida justificativa que ele necessita.

Nestes moldes, a linha tênue que separa as medidas cautelares dos princípios constitucionais da Presunção de Inocência, do Devido Processo Legal e da Dignidade da Pessoa Humana, existe principalmente devido a inobservância do órgão julgador quando da aplicação da lei aos princípios e normas constitucionais, ou ainda, devido a confusa aplicação da medida, uma vez que, não restem esgotados os motivos para sua aplicação, sendo por muitas vezes, motivada pelo ideal particular da autoridade julgadora ou por indícios rasos advindos desde o âmbito policial. Na grande maioria recaem essas medidas às pessoas cuja realidade periférica é a única justificativa de sua sanção, pagando com sua liberdade o preço da insegurança jurídica aos mais desfavorecidos.

Uma vez que a prisão preventiva deve ser fundamentada na garantia da ordem pública e da ordem econômica não pode ela fazer as vezes da pena, isto, pois, quando a prisão cautelar objetiva evitar a prática de infrações penais ou tutelar a ordem pública, mais ainda, quando ela é dirigida a frear o clamor público, a ordem econômica e assegurar a credibilidade da justiça, na verdade, diversamente da tutela do processo, o que se busca é o controle social, a prevenção, geral ou específica, que é o objetivo da pena (NICOLITT, 2011).

O Supremo Tribunal Federal vem se posicionamento em reiteradas decisões acerca do tema da aplicação de medidas cautelares, no sentido de que a ordem social não é clamor público, ou resguardo da paz social em virtude da brutalidade do crime ou periculosidade do agente na sociedade.³

³ STF – HC 80.717-8 – Rel. Min. Ellen Gracie – j. em 13.06.2001 – DJ de 05.04.2004; STF – HC 99.210/MG – Rel. Min. Eros Graus – j. em 01.12.2009 – DJ de 01.12.2009; STF – HC 13.845/SC – Rel. Min. Félix Fischer – j. em 07.11.2000 – DJ de 04.12.2000.

Analisar um caso concreto é no presente trabalho a utilização de um método próprio da história social, a descoberta do referido método se deu a partir do contato com a obra do Sociólogo Norbert Elias. Na concepção do autor os seres humanos são constituídos de uma ordem natural e de uma ordem social, essa ordem social deve sua própria existência a peculiaridade da natureza humana essa peculiaridade consiste na mobilidade e maleabilidade especial pelas quais o controle comportamental humano difere da dos animais que é algo natural, é algo herdado, portanto nos animais é um padrão fixo de controle comportamental em relação a outros seres e coisas, no ser humano tem que ser produzido. Entra em ação regularidades e processos automáticos que determinamos de “sociais”, em contraste com as regularidades orgânicas e naturais.

Para Norbert a sociedade possui divisões entre as funções “[...] quanto mais essa divisão avança numa sociedade e maior é o intercambio entre as pessoas, mais estreitamente elas são ligadas pelo fato de cada uma só poder sustentar sua vida e sua existência social em conjunto com muitas outras” (ELIAS, 1994, p. 44), ninguém nega que “a história é sempre a história de uma sociedade, mas sem a menor dúvida, de uma sociedade de indivíduos” (ELIAS, 1994, p. 45).

No caso, que resultou no livro “Os Estabelecidos e os Outsiders”, de um problema geral, qual seja, os altos índices de delinquência juvenil, os pesquisadores foram levados a refletir sobre questões que dizem respeito à própria sociedade. O ponto central da discussão eram as relações de poder no interior de uma comunidade, mas a investigação os conduziu a uma busca de explicações sobre as diferenças de *status* e poder, enfrentando as limitações de se realizar um trabalho empírico em um microcosmo.

O AFASTAMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES E A COMPULSÓRIA DECRETADAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 310 do Código de Processo Penal versa sobre as opções que o juiz tem após receber o Auto de Prisão em Flagrante Delito, quais sejam:

I - relaxar a prisão ilegal; II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Através da análise do inciso II do artigo nos parece que deve o juiz, antes de decretar a preventiva, a qual deve ser fundamentada com a existência de algum requisito do artigo 312 do CPP (garantia da ordem pública ou econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria), esclarecer de forma expressa porque as medidas cautelares diversas a prisão são consideradas inadequadas ou insuficiente, conforme orientação do próprio inciso II, *in fine*, do artigo 310.

Interessantes trazer para esta explanação o disposto no artigo 282, inciso I, do CPP, que versa sobre as medidas cautelares. No texto normativo é possível perceber que os motivos da aplicação das cautelares são os mesmos para a decretação da preventiva, dessa maneira, a partir do momento que o juiz reconhece que algum requisito do inciso II, do artigo 319 está presente, ele automaticamente afasta a liberdade provisória, restando-lhe a aplicação das cautelares em um primeiro momento. Caso o magistrado afaste a aplicação das cautelares (uma a uma, pormenorizadamente), então poderá decretar a preventiva, conforme parágrafo 6º do artigo 282 do CPP.

Segundo o professor Fabiano Oldoni, Doutor em Ciências públicas pela Escola de Direito da Universidade de Minho – Portugal (2015):

[...] as cautelares apresentam motivos que pretendem acautelar, sendo que as dos incisos I, V e VIII, relacionam-se com a aplicação da Lei Penal, as dos incisos II, VI, VII e IX, com a garantia da ordem econômica e as dos incisos III e IV, com a garantia da instrução criminal.

Assim, se o juiz entende, por exemplo, que está presente, no caso concreto, o perigo da ordem pública, deve, antes de decretar a preventiva, fundamentar porque não são cabíveis as cautelares dos incisos II, VI, VII e IX do artigo 319. Afastas todas estas cautelares, permitido está ao juiz, então, decretar a segregação provisória.

Contudo, o artigo 321 do Código de Processo Penal, em sua redação transmite a ideia de estando presentes os requisitos que autorizam a preventiva, afastados estão as cautelares, em outras palavras, a pura leitura do artigo autoriza os juízes criminais a decretar a preventiva ausente a fundamentação do não uso das cautelares. Vejamos então a referida norma:

Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceber liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

Ora, o mesmo Diploma Legal trás duas maneiras diferentes de se interpretar a aplicação da prisão preventiva, uma afirmando que somente decreta-se preventiva, quando não cabíveis as cautelares (art. 319, inc. II e art. 282, §6º, do CPP) e a outra que afirma que aplicada a preventiva cabíveis são, se for o caso, as cautelares, ou seja, há clara hermenêutica inversa.

Parece haver um critério subjetivo que deixa a escolha do juiz o que fazer, quase arbitrário. Todavia, contrário a isso deve ser a interpretação e aplicação da lei penal, é o que leciona Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira (2012, p. 06):

[...] a decisão – no nosso caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolha aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, *decidir* não sinônimo de *escolher*.

Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A *escolha*, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, *sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância*. Em outras palavras, *a escolha é sempre parcial*. Há no direito uma palavra técnica para redefinir à escolha: *discricionariedade*. Portanto, quando se diz que o juiz possui poder discricionário para resolver os “casos difíceis”, o que se afirma é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier.

De outra banda, a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas sim a partir do *comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, *esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a política constrói*

como direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do Direito). Por isso que a hermenêutica, no modo aqui trabalhada, contribui sobremedida para a correta colocação deste problema. Esse todo se antecipa, esse todo se manifesta na decisão, é aquilo que mencionamos sempre como *pré-compreensão*.

Dando continuidade ao texto de Streck e Oliveira também resta definitiva a ideia de que deve estar à decisão adequada aos princípios advindos pela comunidade política (por exemplo os princípios constitucionais), ou seja, o juiz tem a obrigação de justificar seus atos dentro da decisão, no caso de estudo, a substituição das cautelares pela preventiva. Ensinam os ilustres professores (2012, p. 07):

[...] esse ponto é absolutamente fundamental! Isto porque é o modo como se compreende esse sentido do Direito projetado pela comunidade política (que é uma comunidade – virtuosa – de princípios) que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente a partir de maneira que, somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas. Sendo mais claro, toda a decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido).

Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia de integridade do direito. Portanto – e isso é definitivo –, *a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Mas, sim, como um processo em que o julgador deve estruturar sua interceptação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.*

Desta feita, é possível vislumbrar que a criação da Lei 12.403/2011, que adiciona ao CPP as novas medidas cautelares, trouxe mudanças significativas que privilegiam a liberdade, e a sua privação, por certo, exige fundamentação nos moldes do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

Terminamos este tópico com as indagações do professor OLDONI (2015):

Ora, qual foi intenção da comunidade política ao modificar as regras de prisão e liberdade e incluir as medidas cautelares diversas da prisão, com a Lei 12.403/11, senão adequar o CPP à Constituição Federal? Qual foi a intenção do legislador senão evidenciar que a prisão é exceção e a liberdade, mesmo que condicionada a medida cautelar, é a regra?

O INDEVIDO USO DA PRISÃO CAUTELAR PARA GARANTIR A CREDIBILIDADE DO JUDICIÁRIO E A SENSAÇÃO DE SEGURANÇA DA SOCIEDADE

A prisão preventiva tem sua decretação alicerçada nos seguintes fundamentos: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal ou; d) a segurança da aplicação da lei penal. Insta saber que como qualquer medida cautelar, não pode e não deve, a prisão preventiva ter caráter satisfativo, dessa maneira, não podendo transformar a medida e antecipação da tutela penal ou execução provisória da pena.

Nesse sentido o Superior Tribunal Federal no RTJ 180/262-264, cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello decidiu que “a prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao réu”; e ainda, “a prisão preventiva, que não deve ser confundida com a prisão penal, não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal”.

A aplicação do instituto deve ser manejada com extrema técnica, uma vez que, se trata da restrição de liberdade do indivíduo, entendendo o magistrado que “o direito não pode ser produto de desejos, paixões ou ideologias” (STRECK, 2016).

Quando da aplicação da prisão preventiva, além dos requisitos do art. 312 do CPP, existem outros elencados no art. 313, quais sejam: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro (04) anos; II – seja o réu ou investigado reincidente em crime

doloso; III – nos casos de violência doméstica; e, VI – quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

Inserido pelo art. 312, *caput*, do CPP, a garantia da ordem pública é um dos pressupostos mais utilizados pelos Tribunais Superiores para a decretação da prisão preventiva, contudo, é um tema de extrema controvérsia pois lhe foi atribuído um conceito vago e abstrato, se transformando em um tema controverso, uma vez que, o legislador se manteve inerte quando da definição do conceito, abrindo possibilidades diversas para a justificativa de sua aplicação. Nas palavras dos ilustres professores Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais de Rosa em seu texto “Crise de identidade da ‘ordem pública’ como fundamento da prisão preventiva” (2015), o pressuposto trata-se de:

[...] um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifacismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender.

Por se tratar de conceito vago, o simples “clamor público”, a “credibilidade da justiça”, a “repercussão nacional de certo episódio” e o “sentimento de indignação da sociedade”, são utilizados reiteradas vezes como fundamentos para a decretação da prisão preventiva. Porém, estas circunstâncias só podem ser usadas como justificativa para tal aplicabilidade se estiverem conciliadas com *fumus comissi delicti* e com o *periculum in libertatis*.

O STF orienta, desde logo, que não se pode legitimar, em princípio, a decretação de prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas (ZAVASCKI, 2015):

[...] a credibilidade das instituições, principalmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção da inocência, do direito a ampla defesa e do devido

processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador.

Segundo Ana Flávia Messa (2013, p. 213) existe uma grande gama de fundamentos utilizados de forma costumeira para justificar a decretação da prisão preventiva, sua lição ensina:

Na análise de diversos casos concretos, podemos destacar os seguintes parâmetros da decretação da prisão preventiva: o réu responder a vários processos em comarcas diversas; ser líder de organização criminosa; a fuga do réu do distrito da culpa ou sua oposição ao chamamento processual; possuir antecedentes criminais com real possibilidade de reiteração criminosa; reiteração de violências domésticas; gravidade concreta do crime; periculosidade do agente revelada no modus operandi do crime; indícios concretos de que o acusado faz do crime seu meio de vida; participação efetiva em organização criminosa.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido essas prisões como sendo ilegais, como é caso dos julgados abaixo:

[...] Com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007); na falta de comprovação de residência fixa e de ocupação lícita (STF, HC 80.805/SP, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/10/01).

Ora, não pode o Estado na forma do Poder Judiciário imputar ao indivíduo a antecipação da pena, ainda mais quando isto é baseado na garantia da ordem pública, fundamento aberto à qualquer tipo de interpretação. Ensina o professor Lopes Júnior (2013, p. 115):

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos (periculosidade do agente), está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal.

Além de ser um diagnóstico impossível de ser feito (salvo para os casos de violência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros.

Nessa mesma linha de raciocínio, Muzzi (2012) leciona:

O criminalizado é a personalidade, e não a conduta. Não se despreza o fato, o qual, no entanto, tem apenas significação sintomática: presta-se apenas como ponto de partida ou como pressuposto da aplicação penal, possibilitando a criminalização do estado perigoso, independentemente do delito e a aplicação de penas pós-delituais, em função de determinadas características do autor como a reincidência.

A garantia da ordem pública, por se tratar de fundamento sem conceito definido enseja decisões discricionárias, não justificando a segregação preventiva. Reafirmando uma atual aplicação do direito penal do inimigo.

ESTUDO DE CASO “GUERRA DE TRÁFICO” ENTRE OS BAIRROS ADALBERTO E BELA VISTA

Em meados do ano 2016 até o início de 2017 a cidade de Guarapari se viu assustada por uma suposta guerra entre traficantes rivais⁴, dos bairros Adalberto Simão Nader e Bela Vista. Naquela ocasião a imprensa alardeou que mortes ocorridas nos referidos bairros e em diversos outros lugares pela cidade, seriam fruto da disputa entre duas “quadrilhas” rivais

⁴ Podemos encontrar em algumas reportagens de veículos de comunicação locais referências a mencionada “Guerra”. A título de exemplo: <<https://www.folhaonline.es/crianca-de-sete-anos-morre-vitima-de-bala-perdida-em-guarapari/>> ou <<https://www.portal27.com.br/guerra-do-trafico-policia-apreende-artefato-explosivo-em-guarapari/>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

pelo comando dos pontos de distribuição de drogas. Ficou conhecida e popularizada a informação de que diversos traficantes presos eram os comandantes das ações, dando suas ordens do interior dos presídios do Sistema Prisional Capixaba.

Os bairros que foram apontados pelas autoridades policiais em suas ações como os cenários onde estavam estabelecidos os “traficantes” que supostamente protagonizavam essa dita guerra de tráfico, estão geograficamente nas zona periférica da cidade de Guarapari, não se trata apenas de uma periferia geográfica, ambos os bairros apresentam-se como fronteira social, onde a falta de estrutura, equipamentos e planejamento público tende a aumentar a dificuldade já construída pela debilidade econômica das pessoas.

A formação daqueles bairros é atribuída à instalação de uma população oriunda de fluxos migratórios, especialmente sobre o bairro Adalberto Simão Nader podemos dizer que a origem da população não é muito certa, mas existem apontamentos que tenha sido uma grande fazenda que foi ocupada. Aquele lugar ficou conhecido como uma “nova Bahia” (FUKUDA, 2012). O bairro “Bela Vista” teria sido ocupado por um fluxo migratório posterior e inicialmente se chamou “Soteco”.

Naquele período aconteceram homicídios que foram atribuídos a tal disputa, não é de todo impossível que tivessem realmente ligação, mas nada ficou efetivamente provado, a maioria dos procedimentos policiais/judiciais ainda estão em andamento. Ocorre que a cidade de Guarapari há muito vem apresentando índices de violência proporcionalmente elevados e as explicações mais diversas para a sua origem findam por esbarrar no tráfico, explicando que seu sucesso se deve a falta de oportunidade a que estão submetidos os migrantes.

Em um dos procedimentos policiais destinados a investigar um homicídio acontecido naquele período, encontramos uma decisão que impunha a prisão preventiva há um grupo de jovens, eles foram apontados como supostos autores daquele homicídio, mas o fundamento principal da decisão estava na suposta guerra. Naquela ocasião o principal elemento

apontado foi a troca de “funks” via arquivo de áudio, através do aplicativo de mensagens whatsapp. Passamos a transcrever um trecho de um dos áudios:

Mas o bagulho aqui tá doido olha preste atenção. Nois vai matar esse Yuri de 12 repetição. KPT distravada, cus pente tudo cheio. Olha só o meu oitão! Meu parceiro olha só, vai ficar é diferente, vamos partir no Coroado, vamos deixar tudo quente! O Bagulho é muito doido tem que ter disposição, Coroado seu safado tudo é pilantrão. Gabrielzinho sua desgraça olha olha o que eu vou te falar, no Adalberto se tu vim nois vamou é te matar. Quando você sair... tu vai ver o giro que tu vai dar... (o áudio continua).⁵

Após ouvir algumas pessoas e, também supostamente, ouvir informações de pessoas que preferiram não se identificar, no relatório do delegado de polícia, autor da representação pela prisão preventiva, encontramos o trecho que passamos a transcrever:

A lei processual penal estabelece que a prisão preventiva será decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

A medida cautelar é imprescindível para assegurar a aplicação a lei penal, pois, de acordo com o ensinamento de Jutio Fabrini Mirabete, “o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão”.

A lei ainda menciona a garantia da execução da pena como fundamento para a decretação da custódia preventiva, impedindo o desaparecimento do autor da infração penal que pretenda subtrair-se aos efeitos penais da eventual condenação e conforme relatório de investigação, após o crime, segundo moradores, os indiciados saíram do bairro e estão em local incerto e não sabido, razão pela qual não foi possível intimá-los para prestar declarações no cartório desta unidade policial.

5 O arquivo completo com os áudios trocados entre os supostos grupos de traficantes rivais estão juntados em um CD nos autos do inquérito policial citado.

Também está comprovado o envolvimento dos indiciados na prática de outros delitos, em especial no tráfico de drogas, fato este que motivou a consumação do crime em apuração no presente inquérito.

Por todo o visto, presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis* com base nos artigos 311 e segs do CPP, esta autoridade policial REQUER de Vossa Excelência, depois de ouvido o Ilustre Representante do Ministério Público, seja expedido MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA, em desfavor dos indiciados. (fls. 24/25 do Inquérito Policial 026/2016 da Delegacia de Crimes Contra a Vida de Guarapari).

Acolhendo a representação da autoridade policial em poucas linhas o Magistrado, assim decidiu:

Decreto a prisão preventiva em desfavor dos acusados, visto que, de acordo com a investigação realizada pela Autoridade Policial, os denunciados estariam a mando de Rodriguinho traficante de drogas que se encontra custodiado, prontos para matar membros de associações criminosas rivais, *cujos nomes já estariam descritos em uma música de funk cantada em alta voz por eles em vários bairros desta cidade*, motivo pelo qual entendo assistir razão também ao Ministério Público urna vez que os denunciados soltos, colocam em risco à ordem pública, ante a possibilidade de ocorrer várias mortes em virtude da guerra do tráfico drogas, bem como poderão atrapalhar a instrução criminal em detrimento do temor que poderão causar nas testemunhas que irão prestar testemunho em Juízo. *Grifo nosso*.

Não é o interesse deste estudo dizer que aqueles indiciados não estavam em conflito com a legislação penal, o que saltou aos olhos foi que o fundamento utilizado para a decretação da medida constritiva foi emblematicamente contrário a aplicação de um direito penal voltado para os fatos, a decisão judicial supracitada, não faz qualquer referência ao delito processado, mas se ocupa de forma genérica em criminalizar um grupo de pessoas identificados como “traficantes”.

Ao menos por curiosidade mencionamos que a “Guerra de 2016” não foi a primeira, ao menos na imprensa já foi noticiado anteriormente que a cidade estivesse enfrentando uma guerra de traficantes. Em 28 de maio de 2007 a imprensa através do jornal A Gazeta noticiou que “Guarapari vive Guerra invisível pelo domínio do tráfico de drogas”. Naquele texto

jornalístico encontramos dois fragmentos que julgamos interessante introduzir neste texto:

Em Adalberto Simão Nader (bairro favelizado) existem apenas duas ruas de acesso. Como as entradas são vigiadas, a polícia só consegue prender os criminosos quando eles saem. Foi o que aconteceu em 1º de fevereiro com Claudinei dos Santos Soares, o Cabelo, 23 anos. Gerente do tráfico em Jacaraípe e Nova Carapina, na Serra, ele se abrigou ali e só pôde ser detido em uma de suas saídas.

Outro trecho cita os bairros ‘Soteco I e II’ atualmente Bela Vista e São Gabriel:

Nos bairros favelizados de Soteco 1 e Soteco 2 a polícia constatou a existência de um ‘clube de compras’. Os traficantes locais se agrupam para adquirir uma quantidade maior de droga por preços mais baixos. A revenda é organizada. Enquanto o primeiro não esgotar sua parte os outros não negociam. O terceiro só vai atuar quando o segundo acabar com seu estoque.

CONCLUSÃO

As pesquisas precisam se aprofundar no sentido de apontar qual a amplitude que a lei dá à prisão preventiva enquanto medida cautelar, e quanto, tal amplitude, pode gerar problemas e pode solucionar outros. Questiona-se como encontrar a medida para isso? Como encontrar o adequado parâmetro da adequação? Até onde deve-se prender e quais os fundamentos adequados. Certo que o sentimento não pode ser utilizado como fundamento para decisões judiciais e no microcosmo analisado no caso da guerra de tráfico de Guarapari, ao menos em uma análise literária parece que a decisão foi proferida baseando-se no objetivo de assegurar uma suposta “sensação de segurança”.

O caso aqui analisado não se distancia de tantos outros, é preciso ficar claro que é próprio de um estudo em história social do tempo presente, a partir do marco teórico de Norbert Elias, buscar estudar

um caso particular para compreender fenômenos que se repetem em panoramas maiores, conforme já mencionado é o que o autor chamou de “microcosmo”.

A prisão como antecipação da pena e a natureza, a aplicabilidade e a forma de utilização das medidas cautelares está alcançando os mais elevados patamares de discussão na produção doutrinária e jurisprudencial. Posicionamentos mais diversos tem sido lançados. Nosso objetivo é verificar nas decisões judiciais o processo penal sendo utilizado como mecanismo para reforçar as relações de poder, na medida em que as decisões que decretam as prisões cautelares nem sempre se apresentam fundamentadas na concretude do caso, ferindo um processo penal pautado na Ordem Jurídica Constitucional e nos Direitos da Pessoa Humana.

Assim o presente estudo, que pode ser efetivamente considerado uma introdução, uma epígrafe de uma pesquisa que deve ampliar-se, sob pena de não chegar a conclusões, pretende; entender como se construiu, na ceara jurídica, o conceito de prisão cautelar para garantir a credibilidade do judiciário e a sensação de segurança da sociedade; identificar como esse processo atinge as parcelas mais pobres da população, geralmente estabelecidas nas “zonas invisíveis” da cidade; perceber como a observação de um microcosmo pode colaborar na compreensão de um fenômeno social mais complexo.

Assim, ao menos neste início propõe-se perceber que neste momento histórico o recurso a prisão cautelar pode estar modificando de forma muito rápida a sua conceituação jurídica ao arrepio de uma reforma legislativa. A sociedade se sente insegura e a Poder Judiciário, alguns setores, mostram uma iniciativa de resposta ao clamor social, o que lei não previu e que em uma análise garantista fere nossa Ordem Constitucional, além de possibilitar a construção de uma identidade do criminoso em um verdadeiro direito penal do inimigo.

REFERÊNCIAS

- ELIAS, Norbert. Os Estabelecidos e os Outsiders: Sociologia das relações de poder a partir de pequena comunidade. Norbert Elias e John L. Scotson; tradução, Vera Ribeiro, tradução do posfácio à edição alemã, Pedro Sússekind; apresentação e revisão técnica, Federico Neiburg – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.
- FOLHA ONLINE. Criança de sete anos morre vítima de bala perdida em Guarapari. Matéria online publicada em: 14 de fev, de 2017. Disponível em: <<https://www.folhaonline.es/crianca-de-sete-anos-morre-vitima-de-bala-perdida-em-guarapari/>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.
- FUKUDA, Rachel Franzan. Estado e políticas públicas: Industrialização, fragmentação social – o caso de Anchieta e Guarapari (1960 – 2004) / Rachel Franzan Fukuda. Vitória: Do Autor, 2012. Orientador: Márcia Barros Ferreira Rodrigues. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências humanas e Naturais.
- INSTITUTO Jones dos Santos Neves, Considerações sobre os Fluxos Migratórios com destino à Grande Vitória. Vitória: IJSN, 1992.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 115.
- LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 07 de maio de 2018.
- MESSA, Ana Flávia. Prisão e Liberdade – 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213.
- MUZZI, Veridiane Santos. Teorias antigarantistas - aspectos do direito penal do autor e do direito penal do inimigo. LexMagister, São Paulo, 7 dez. 2012. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24043823_teorias_antigarantistas_aspectos_do_direito_

penal_do_autor%5cndo_direito_penal_ o_inimigo.aspx>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

OLDONI, Fabiano. A decretação da prisão cautelar e o afastamento automático das cautelares: Um equívoco a ser superado. Site Empório do Direito. Publicação em 09 de fev. de 2015. Acesso em 25 de abril de 2018

STRECK, Lenio Luiz. No pedido de prisão de Lula, torturaram Marx Hegel e Nietzsche. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/streck-pedido-prisao-lula-torturou-marx-hegel-nietzsche>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – as garantias processuais penais? Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2012.

STF, HC 127.186, Relator: Ministro Teori Zavaski, DJe 31.7.2015.

THOMAZELLI, João. Guerra do tráfico: polícia apreende artefato explosivo em Guarapari. Portal 27. Edição online de 14 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.portal27.com.br/guerra-do-traffic-policia-apreende-artefato-explosivo-em-guarapari/>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

VARGAS, André. Guarapari vive Guerra invisível pelo domínio do tráfico de drogas. A GAZETA. Edição de 28 de maio de 2007. p. 05.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Walméa Elyze Carvalho Pepe de Moraes¹

INTRODUÇÃO

O atual cenário jurídico traz à tona a polêmica discussão acerca da interpretação que deve ser conferida ao princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF), em especial, no que toca a (im)possibilidade da prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória – não de forma cautelar, mas, sim, em execução provisória da pena aplicada.

O referido princípio foi inserido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição da República de 1988, que dentre os direitos e garantias fundamentais, estabelece que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O ponto nodal é saber se a norma assegura ao acusado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de todos os recursos por ele interpostos, até que se forme o título condenatório definitivo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela forte divergência sobre a matéria e oscila entre a proibição e a permissão da execução provisória da pena, gerando grave insegurança jurídica, como se verá adiante.

¹ Graduada pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo (UFES); Pós-graduação “Lato Sensu” pela Faculdade de Educação da Serra (FASE); Pós-graduação “Lato Sensu” pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim; Mestranda da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo (UFES); ex-Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; atualmente Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (UFES). E-mail: walmeacarvalho@hotmail.com.

EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O TEMA

Desde a Constituição Federal de 1988 até o ano de 2009, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que princípio da presunção da inocência não inibia o início da execução da pena imposta. Inclusive, em várias oportunidades, a Corte ressaltou que o art. 594 do Código de Processo Penal² – que previa que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto” – havia sido recepcionado pela nova ordem constitucional³.

² Posteriormente, revogado pela Lei nº 11.719/2008.

³ EMENTA: HABEAS CORPUS. 2. CONDENADO REINCIDENTE. PRISÃO RESULTANTE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICABILIDADE DO ART. 594, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 3. OS MAUS ANTECEDENTES DO RÉU, ORA PACIENTE, FORAM RECONHECIDOS, NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, E, TAMBÉM, OUTROS ASPECTOS DA SUA PERSONALIDADE VIOLENTA. 4. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 594: NORMA RECEPCIONADA PELO REGIME CONSTITUCIONAL DE 1988. ORA, SE ESTE ARTIGO É VÁLIDO, O BENEFÍCIO QUE DELE DECORRE, DE PODER APELAR EM LIBERDADE, HÁ DE FICAR CONDICIONADO À SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS ALI POSTOS, ISTO É, O RÉU DEVE TER BONS ANTECEDENTES E SER PRIMÁRIO. 5. HABEAS CORPUS DENEGADO E CASSADA A MEDIDA LIMINAR. (HC 72366, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/1995, DJ 26-11-1999). EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO, PRATICADO POR PACIENTE QUE CUMPRIA PENA PELO MESMO DELITO EM REGIME SEMI-ABERTO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPUGNAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO EXPEDIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENACÃO. 1. A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível - salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, artigo 393, I) - e a apelação não tem efeito suspensivo (CPP, artigo 597, primeira parte). 2. Para ser admitida a apelação, a regra é que o condenado seja recolhido à prisão e a exceção é que recorra em liberdade, o que só pode ocorrer em três hipóteses: a) que preste fiança, quando for o caso; b) que seja ao mesmo tempo primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória; ou c) que tenha sido condenado por crime de que se livre solto (CPP, artigo 594). 3. A jurisprudência desta Corte está orientada no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não tiver transitado em julgado a decisão condenatória, mas não impede que se inicie a execução provisória, desde que a apelação não tenha efeito suspensivo. Precedente: HC nº 72.610-MG, Min. CELSO DE MELLO, in DJU de 06.09.96, pág. 31.850. 4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. (HC 80174, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 06/06/2000, DJ 12-04-2002).

Nesse cenário, proferida a sentença condenatória, o Juiz determinava a expedição de mandado de prisão e de guia de execução provisória da pena e, caso o réu pretendesse interpor recurso de apelação, deveria recolher-se à prisão. Se assim não fosse feito, o recurso interposto não seria sequer conhecido, por ausência de pressuposto de admissibilidade recursal. Fala-se em recurso deserto. E mais, o art. 595 do CPP⁴ dispunha que “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”.

Reforçando esse posicionamento, em sessão realizada no dia 23 de setembro de 2003, o Plenário da Suprema Corte aprovou os Enunciados nº 716 e 717, que tratam sobre execução provisória de sentenças penais condenatórias. Veja-se:

Enunciado nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Enunciado nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Essa tradicional jurisprudência foi alterada em fevereiro de 2009, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG, em que foi declarada a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena à luz dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Em consequência, foi reconhecido o direito do réu de permanecer em liberdade até que a decisão condenatória transitasse em julgado⁵.

⁴ Posteriormente revogado pela Lei nº 12.403/2011.

⁵ EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei

O impetrante do referido *habeas corpus*, Sr. Omar Coelho Vitor, havia sido condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos/MG,

n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010).

pela prática de crime de homicídio qualificado tentado, sendo-lhe aplicada pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses, em regime integralmente fechado. Ao julgar recurso de apelação interposto pela defesa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirmou a condenação, apenas modificando o regime de pena para inicialmente fechado (e não integralmente). Na sequência, o réu interpôs recursos especial e extraordinário. Por sua vez, o Ministério Público requereu a decretação da prisão do condenado – o que foi deferido pelo Tribunal de Justiça. Irresignado com o comando de prisão, o réu impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, contudo, a ordem denegada. Por fim, foi impetrado *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, que veio a se tornar o *leading case* da mudança de jurisprudência.

Ao analisar o *writ*, o Ministro Eros Grau (relator), iniciou seu voto afirmando estar “inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto.” Fundamentou seu voto na Lei de Execução Penal, que, em seus artigos 105 e 164, exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para início da execução da pena privativa de liberdade e formação do título executivo judicial, enfatizando que este diploma legal confere concreção ao princípio da presunção da inocência. Ainda, afirmou que tal norma se sobrepõe, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP (que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo), afastando sua incidência. Por fim, com relação ao disposto na Lei nº 8.038/90 – norma posterior à Lei de Execução Penal – que prevê que os recursos especial e extraordinário devem ser recebidos apenas no efeito devolutivo, asseverou que se trata de regra casuística e de mera política criminal. Nessa linha, concluiu pela concessão da ordem de *habeas corpus*, determinando que o paciente aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Colhidos os demais votos, concluiu-se, em julgamento não unânime (7 x 4), pela modificação do entendimento até então perfilhado pela Corte Constitucional, que agora passava a entender pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena até formação do título condenatório definitivo.

Posteriormente, em fevereiro de 2016, a matéria foi reapreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP⁶, e, dando nova interpretação ao art. 5º, LVII, da CF, passou-se a entender pela possibilidade de execução provisória da pena após a sentença condenatória ser confirmada em segunda instância.

Em apertada síntese, os fundamentos desse novo entendimento são: 1) a condenação, seguida da confirmação da sentença, representa um juízo de culpabilidade, ficando superada a presunção de inocência; 2) com o julgamento do recurso de apelação, exaure-se o exame sobre os fatos e provas da causa; 3) os recursos extraordinários têm devolutividade restrita e não se prestam ao debate da matéria fático-probatória, já que seu âmbito de cognição é estrito à matéria de direito; 4) os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, conforme dispõem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990; 5) o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório (menos de 1,5%), não justificando a retirada de eficácia das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias; 6) a inadmissão da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória tem incentivado a sucessiva interposição de recursos, com indisfarçados propósitos protelatórios; 7) o alargamento da duração do processo contribui para o transcurso do prazo prescricional da pretensão punitiva ou executória; 8) a prescrição é sinônimo de inefetivação do *jus puniendi* estatal, impunidade, ineficiência e descrédito do Poder Judiciário; e 9) transformação do sentido e do alcance (mutação constitucional) do princípio constitucional da presunção de inocência.

⁶ Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

Mais uma vez, o julgamento foi encerrado com divergência no Plenário da Suprema Corte, sendo seis votos favoráveis à possibilidade da prisão do réu após a sentença condenatória ser confirmada em segunda instância (Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes), vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Em outubro de 2016, a matéria foi submetida novamente à apreciação do Plenário do STF, na oportunidade em que julgou as medidas cautelares pleiteadas nos autos das ações diretas de constitucionalidade (ADC's) nº 43 e 44 – que visam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, o qual exige o trânsito em julgado da sentença condenatória para o advento da prisão-pena – e foi reafirmado o entendimento consagrado por ocasião do julgamento do HC nº 126.292, qual seja, que o art. 5º, LVII, da CF não inibe a execução provisória da pena.

No mês seguinte, foi reconhecida a repercussão geral da matéria (tema 925), por ocasião do julgamento do recurso extraordinário com agravo (ARE) nº 964.246, oportunidade em que foi ratificado o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, formou-se o precedente da Corte Suprema (art. 927, III, do CPC), dotado de força vinculante e eficácia horizontal e vertical.

Não obstante a vinculação do precedente, em março de 2018, a matéria foi levada novamente ao Pleno do STF, via processo subjetivo, por ocasião do exame do *habeas corpus* nº 152.752, impetrado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que buscava impedir a execução provisória da pena que lhe fora imposta pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, após a confirmação de sua condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4).

A toda evidência, era o renome do impetrante que fazia ressuscitar a discussão no Plenário da Corte Constitucional. Não fosse isso, bastava a Segunda Turma do STF invocar o precedente e denegar a ordem – como, aliás, estava sendo feito em vários outros *writs* impetrados.

Então, no dia 04 de abril de 2018, em julgamento que durou mais de dez horas, o Pleno do STF concluiu, por maioria de votos (6 x 5), pela denegação da ordem de *habeas corpus*, por não ter sido vislumbrada ilegalidade, abusividade ou teratologia na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que aplicou ao caso a atual jurisprudência do STF, que permite o início do cumprimento a pena após confirmação da condenação em segunda instância⁷.

O Relator do HC nº 152.752 foi o Ministro Edson Fachin que, em seu voto, ressaltou a necessidade de observância do entendimento já firmado pela Corte e reiterou os fundamentos declinados na oportunidade do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292.

Na sequência, o Ministro Gilmar Mendes pediu antecipação de seu voto e foi o segundo a externar seu posicionamento, inaugurando a divergência parcial. Votou pela concessão da ordem, para que eventual cumprimento da pena contra o ex-presidente Lula ocorra somente a partir do julgamento da matéria pelo STJ. Importante lembrar que por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, Gilmar havia entendido ser possível executar a pena após a sentença de primeira instância ser confirmada pelo Tribunal de Justiça. Todavia, neste julgamento, reviu seu posicionamento, seguindo a solução apresentada pelo Ministro Dias Toffoli no julgamento das medidas cautelares nas ADC's 43 e 44, para entender pela necessidade de aguardar o julgamento do recurso especial no STJ.

Ato contínuo, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu seu voto, acompanhando o relator. Destacou que em quase 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, apenas durante sete anos (entre 2009 e 2016), o STF teve entendimento contrário à decretação da prisão após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância.

Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso também acompanhou o voto do Relator, destacando os efeitos negativos trazidos pela posição adotada pelo STF entre 2009 e 2016, já que incentivou a interposição

⁷ A ementa do julgamento do HC nº 152.752 ainda não foi disponibilizada no site do Supremo Tribunal Federal, tampouco seu inteiro teor.

infindável de recursos protelatórios com o fito exclusivo de gerar prescrição, o que acarreta em impunidade e descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Prosseguindo, a Ministra Rosa Weber fez uma ressalva quanto à sua posição pessoal, todavia, em homenagem à vinculação do precedente da Corte, acompanhou o Relator, ressaltando a importância da previsibilidade das decisões do Judiciário, sendo certo que aquele não seria o momento adequado para a revisão do posicionamento.

Após, passou-se ao voto do Ministro Luiz Fux, que destacou o equívoco de se interpretar literalmente o princípio da presunção de inocência, concluindo pela possibilidade de execução provisória da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância.

O próximo a votar foi o Ministro Dias Toffoli, que reiterou os fundamentos apresentados em seu voto no julgamento das medidas cautelares nas ADC's 43 e 44, no sentido de aguardar o julgamento no STJ de recurso especial (acompanhando o voto do Ministro Gilmar Mendes).

Em seguida, votou o Ministro Ricardo Lewandowski, a favor de conceder o *habeas corpus* ao ex-presidente Lula, entendendo que o recolhimento de uma pessoa à prisão antes da decisão condenatória transitar em julgado constitui afronta ao que estabelece, de forma muito clara e taxativa, a nossa lei maior.

Nesse mesmo sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio, que afirmou que a regra constitucional prevista no art. 5º, LVII, “está em bom português, em bom vernáculo” e exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o réu seja considerado culpado. Assim, votou pela concessão da ordem.

Após, ao também votar pela concessão do *writ*, o decano da Suprema Corte, Ministro Celso de Mello, enfatizou que há quase 29 anos tem julgado que as sanções penais somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por fim, a Presidente do Tribunal, Ministra Cármen Lúcia, desempatou a votação, mantendo-se coerente com o posicionamento já declinado em 2009 (ocasião em que foi voto vencido), fundamentando a

possibilidade da decretação da prisão após a confirmação da condenação em segunda instância, enfatizando que o invocado preceito constitucional (presunção de inocência) não pode ser considerado isoladamente, mas, sim, em harmonia com outros dispositivos constitucionais.

Diante desse quadro, o posicionamento que hoje prevalece na Suprema Corte é que o princípio da presunção da inocência não inibe a prisão daquele que foi condenado em primeira instância e, julgado o recurso de apelação interposto, teve a condenação confirmada pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

Não obstante, ainda não se pode afirmar que a celeuma foi resolvida. Como visto, a votação foi concluída com seis votos a favor da prisão e cinco votos contrários, de modo que basta que um dos Ministros reformule seu posicionamento, ou que mude a composição da Corte, para que seja retomada a jurisprudência em sentido oposto.

Inclusive, vislumbra-se a possibilidade de essa modificação ocorrer na oportunidade em que for julgado o mérito das ações diretas de constitucionalidade nº 43 e 44 – que, como dito acima, visam a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP – já que, apesar de votar pela denegação do *habeas corpus*, a Ministra Rosa Weber fez uma ressalva quanto ao seu posicionamento pessoal sobre a matéria. Oportuno lembrar que, em 2009, ela votou pela impossibilidade do recolhimento do réu à prisão antes da formação do título condenatório definitivo. Assim, o voto de Rosa Weber é uma incógnita para o mundo jurídico, já que não se sabe se ela defenderá a vinculação horizontal do precedente ou se elaborará voto com fundamentos para a superação do precedente.

Aguardemos, então, o julgamento dos referidos processos para saber qual rumo que a jurisprudência da Suprema Corte brasileira tomará.

ANÁLISE CRÍTICA DO TEMA

Após ter sido feita uma breve digressão do posicionamento da Suprema Corte ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição da

República de 1988, evidenciando-se as divergências quanto ao cabimento, ou não, da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, passa-se ao exame crítico do tema.

Tomando-se como ponto de partida o princípio da presunção de inocência, a primeira questão que nos parece útil é diferenciar texto de norma jurídica. Aquele é o enunciado prescritivo, enquanto essa é a significação que colhemos da leitura do texto, ou seja, sua interpretação. Para se alcançar o sentido e o alcance da norma jurídica inserta no art. 5º, LVII, CF, exige-se que o jurista faça a interpretação do enunciado prescritivo, interpretação essa que não deve ficar adstrita à mera literalidade.

Neste particular, é de grande valia os ensinamentos do professor Tárek Moysés Moussallem. Confira-se:

Para alcançar a estrutura lógico-sintática de significação, o jurista percorre, numa inesgotável construção de sentido, estes três subsistemas do direito positivo: (a) S1 – o subsistema das formulações literais, ou seja o conjunto dos enunciados prescritivos (produto das enunciações); (b) S2 – o subsistema de significações isoladas de enunciados prescritivos; (c) S3 – o subsistema das normas jurídicas, como unidades de sentido deôntico, obtidas mediante o agrupamento de significações organizadas em um arquétipo formal de implicação ($p \square q$). (2011, p. 105).

Nessa perspectiva, mostra-se insuficiente a interpretação isolada e meramente literal do art. 5º, LVII, CF, sugerida pela corrente doutrinária e jurisprudencial que entende pela vedação da execução provisória da pena.

O exegeta precisa buscar a integração do princípio do estado de inocência com a totalidade do arcabouço constitucional, fazendo uma interpretação sistêmica do enunciado prescritivo e, com isso, perceber que o processo penal constitucional não pode ser visto apenas como palco das garantias dos direitos humanos do acusado, mas, também, como instrumento apto a revelar os direitos humanos das vítimas de crimes – aí compreendidos os direitos à vida, integridade psicofísica, intimidade, propriedade, segurança, efetividade da lei penal, etc.

Nessa medida, o mesmo direito constitucional que garante o respeito aos direitos dos criminosos também atua em proteção dos direitos das vítimas e da coletividade.

Interessante, neste ponto, fazer uma observação sobre o *leading case* que, em 2009, modificou jurisprudência do STF (HC 84.078/MG). O paciente do *habeas corpus*, Sr. Omar Coelho Vitor,

jamais cumpriu a pena privativa de liberdade que lhe foi imposta, tendo em vista que, após longo período de tramitação do seu processo, foi declarada a prescrição da pretensão punitiva estatal. Ao lamentar o ocorrido, a vítima do homicídio tentado, Sr. Dirceu Moreira Brandão Filho, declarou que enquanto ele ainda estava no hospital, lutando por sua vida, seu agressor já estava em liberdade.

Esse caso concreto, por certo, traduz inoperância do *jus puniendi* estatal e proteção deficiente dos valores constitucionalmente previstos.

Sobre o o princípio da proibição da proteção deficiente, o Ministro Gilmar Mendes teceu importantes considerações, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 418.376/MS. Veja-se:

[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Com efeito, o Poder Judiciário, enquanto agente de pacificação social, não pode ser visto apenas como garantidor dos direitos fundamentais do réu, mas também guardião dos direitos da vítima e da coletividade. A

verdadeira força da Constituição dependerá de uma adequada interpretação de seu conteúdo material.

Os direitos fundamentais, além de expressar proibição de intervenção estatal, também expressam a proibição de proteção deficiente. O equilíbrio e a proporcionalidade se revela entre esses dois pilares.

É preciso lembrar que o processo penal é “escudo” utilizado para afastar as arbitrariedades do Estado, mas também é “espada”, capaz de repreender as condutas ilícitas violadoras das normas penais.

Para concluir, colacionam-se os ensinamentos do Procurador da República Douglas Fischer, no estudo que dedicou ao tema, “Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente”, em que asseverou:

[...] impende se reconhecer que há um tensionamento entre os direitos fundamentais do réu-processado (e em que circunstâncias haveria violação destes direitos, notadamente em face do denominado Princípio da inocência) e o direito fundamental da sociedade à garantia de proteção (segurança social, derivada diretamente do fundamento constitucional da cidadania) e da efetividade do Poder Jurisdicional (evitando-se a prescrição, notadamente a intercorrente, e a impunidade por consequência) em face daqueles que violaram as normas vigentes (no caso, as que regulam o Direito Penal). A sopesação para o encontro do equilíbrio entre estes dois pontos (evitando-se os excessos e as deficiências) é que revela o parâmetro proporcional da atuação do Estado.

O referido estudo conclui mostrando que:

[...] análise sistêmica do ordenamento constitucional permite afirmar que não há violação do referido preceito em se permitir a execução da pena privativa da liberdade se pendentes (exclusivamente) os recursos extraordinário e/ou especial (ou então agravos de instrumento contra a denegação de seus processamentos), notadamente porque há meio constitucional (habeas corpus) muito mais amplo e apto (eficaz) a proteger de forma absolutamente mais objetiva e na máxima medida possível os direitos fundamentais dos réus-condenados, não havendo, em decorrência, qualquer possibilidade de frustração da aplicação das

sanções a quem foi devidamente condenado mediante a observância do devido processo legal.

Nessa mesma linha, rogando vênia ao posicionamento contrário, conclui-se que o princípio da presunção de inocência não inibe a execução provisória da pena. Entender em sentido contrário traduz uma interpretação não-sistemática da norma constitucional.

É preciso conferir eficácia às decisões das instâncias ordinárias, sobretudo, porque esgotado o exame dos fatos e das provas, formando-se o juízo de culpa. Ademais, vale lembrar que os recursos especial e extraordinário têm, por força do art. 637 do CPP e arts. 995 e 1.029, §5º, do CPC, apenas efeito devolutivo. Nesse panorama, a visão do STJ e o STF como terceira e quarta instâncias se revela inapropriada com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

Não restam dúvidas de que a ampla possibilidade de recorrer em liberdade até que o título condenatório se torne definitivo apenas aproveita àqueles réus com condições financeiras para contratar os melhores advogados, que utilizam como estratégia de defesa a interposição de sucessivos e protelatórios recursos, com o específico fim do transcurso do prazo prescricional, o que, em última análise, viola a boa-fé processual.

O art. 283 do CPP deve ser interpretado conforme à Constituição da República e não o contrário, sendo certo que a norma constitucional não exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória.

REFERÊNCIAS

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma análise do princípio da proporcionalidade: entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1442/913>.

- MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, a. 1, n. 5, ago. 2001.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 11 Ed. Atlas: São Paulo, 2002.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. Ed. Noeses: São Paulo, 2011.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de Processo Penal. 16 Ed. Atlas: São Paulo, 2012.
- _____. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

A (I)LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONDUÇÃO COERCITIVA

Diego Crevelin de Sousa¹

Iago Abdalla Fantin²

Fabiane Sena Freitas³

INTRODUÇÃO

Quando se objetiva estudar a condução coercitiva no processo penal brasileiro, deve-se remeter, de imediato, ao *caput* do artigo 260 do Código de Processo Penal, que autoriza a utilização da medida em face do réu, a prescrever: “*Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença*”.

Por muitos anos, a análise crítica dessa medida foi considerada tema pouco expressivo no cenário jurídico nacional, diante de seu aparente desuso. Porém, a Operação Lava-Jato trouxe um considerável aumento na aplicação de conduções coercitivas, tornado evidente a necessidade de se retomar as discussões sobre o assunto.

Nesse contexto, o presente artigo tem o escopo de apresentar as principais discussões acerca da constitucionalidade ou não do art. 260 do CPP, assim como abordar a situação da sua convencionalidade. Para tal mister, verificar-se-ão sucintamente os argumentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis à recepção constitucional da norma, incluindo aqueles levantados no bojo da medida liminar proferida nas Arguições de

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Aracruz. Professor. Mestrando em Direito Processual pela UFES. E-mail: dcrevelin@yahoo.com.br.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestrando em Direito Processual pela UFES. Servidor. E-mail: iagofantin@gmail.com.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Estudante. E-mail: fabianesenfre@gmail.com.

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 395 e 444. Ademais, em sede de análise jurisprudencial, será destacado o posicionamento de alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal em precedente que tratou de condução coercitiva de investigado em inquérito criminal (HC 107.644/SP). Ao final, apresentaremos a nossa posição crítica quanto à polêmica.

AS ADPF'S 395 E 444

As Arguições de Descumprimento Preceito Fundamental nº 395 e 444⁴ discutem a possibilidade de condução coercitiva para interrogatório. A primeira foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores e ataca a medida tanto na investigação quanto na instrução criminal e a segunda foi proposta pelo Conselho Federal da OAB, atacando a medida apenas em fase de investigação.

A análise de liminar em ADPF é de apreciação do colegiado do STF, por decisão da maioria absoluta de seus membros. Contudo, em caso de extrema urgência, perigo de lesão grave ou em período de recesso, há possibilidade de concessão de liminar pelo relator *ad referendum* do Pleno (art. 5º, §1º da Lei nº 9.882/99). Com base no permissivo legal, no caso das ADPF nº 395 e 444, a decisão liminar foi proferida pelo relator, Ministro Gilmar Mendes.

O relator conduziu análise dos supostos preceitos fundamentais violados. No que tange ao *direito a não autoincriminação*, reconheceu que a condução coercitiva do acusado não viola tal direito, porque o interrogado não é obrigado a falar, tendo direito de permanecer em silêncio.

Quanto ao *direito ao tempo necessário à preparação da defesa*, para Gilmar Mendes também não existe nenhum tipo de violação, tendo em vista que não há uma acusação formada, tratando-se apenas de uma investigação, na qual, aliás, pode o investigado intervir ao fornecer sua versão dos fatos.

⁴ O julgamento do Pleno da medida liminar nas ADPF's estava inicialmente em pauta para 30 de maio de 2018, porém não foi realizado. Até o fechamento da edição deste trabalho, constava como último andamento: "suspensão do processo" (07/06/2018).

A respeito do *direito ao devido processo legal*, também não admitiu violação ao princípio eis que: i) a condução coercitiva de acusado não é medida completamente atípica, pois o art. 260 do CPP admite a condução coercitiva após prévia intimação; ii) a medida poderia ser vista como um *minus* em relação à prisão, já que há uma supressão da liberdade de locomoção; iii) ademais, tem função instrutória.

Relativamente ao *direito à imparcialidade*, à paridade de armas e à ampla defesa, o Ministro Relator também não vislumbrou potencial ofensa a esses princípios. Contudo, destacou que o *direito à liberdade de locomoção* sofre interferência, ainda que por período breve, bem como ressaltou que a *presunção de não culpabilidade* é restringida, dado que o investigado conduzido é tratado como culpado. É nesses pontos que o relator verificou incompatibilidade da condução coercitiva com a Constituição Federal e concluiu pelo deferimento da liminar, para vedar a condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório.

ARGUMENTOS ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DA CONDUÇÃO COERCITIVA

O acusado

Como mencionado, o artigo 260 autoriza a condução coercitiva do réu (*acusado*) para comparecer perante o Juiz se, intimado, não se apresentar espontaneamente.

A despeito da aparente simplicidade do dispositivo, existem controvérsias acerca da extensão do poder do juiz em determinar a condução do acusado, atinentes à natureza do ato processual para o qual o réu tenha sido intimado.

Em linhas gerais, a doutrina distingue duas categorias de atos processuais, cuja natureza conduz à possibilidade de expedição de ordem de condução ou não. Primeiramente, os *atos de presença obrigatória*, como o reconhecimento do acusado por testemunhas, hipótese em que a

presença injustificada do réu prejudica a realização do ato, facultando-se, então, a ordem de condução, assim como decidiu o STJ (REsp 346.677/RJ, 6ª Turma, DJ 30.09.2002). Caso diverso seriam os *atos de presença não obrigatória*, que não são inviabilizados pela ausência do réu, para os quais se revelaria inconstitucional a condução coacta. É o caso da audiência de instrução para inquirição de testemunhas para a qual tenha sido notificado o acusado (AVENA, 2017, p. 98).

No caso do ato processual de interrogatório do acusado, apontam-se três posições doutrinárias: a *primeira* reconhece a faculdade do juiz de manter *contato pessoal com a prova*, possibilitando-lhe impor a condução do acusado, de modo que o interrogatório é visto como meio de defesa e também meio de prova; a *segunda* não reconhece a recepção constitucional do art. 260 do CPP, porque o réu possui direito ao silêncio e à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), o que poderá tornar inócua a medida. Nessa mesma senda, uma *terceira* corrente vislumbra o comparecimento para interrogatório como faculdade do réu, desde que já esteja devidamente qualificado e identificado no processo (AVENA, 2017, p. 99).

Vítima, testemunha e perito

Importa destacar que há também autorização legal para adoção da medida em outros dispositivos do Código de Processo Penal destinada à vítima ou à testemunha que, intimadas, se recusem a comparecer para prestar depoimento (art. 201, §1º, art. 218) e ao perito nomeado na investigação (art. 278).

O investigado

O Código de Processo Penal, porém, não trata especificamente do comparecimento de *investigado* em inquérito para prestar esclarecimentos perante a autoridade policial.⁵

⁵ Aqui não se faz distinção entre investigado e indiciado. Conforme Tasse (2010, p. 53-54), pode-se chegar à definição de investigado por um critério de exclusão em relação aos demais

A falta de previsão expressa de condução de investigado para prestar depoimento se tornou alvo de discussões no país após decisão do juiz Sérgio Moro que concedeu pedido do MPF para condução do ex-presidente Lula para prestar esclarecimentos nas investigações da Operação Lava Jato.⁶

Aqueles que advogam pela compatibilidade da medida com o ordenamento jurídico pátrio, argumentam que se trata de um *minus* em relação à prisão temporária, aplicável para a hipótese de risco à coleta de prova (Lei nº 7.960/89). Seria uma alternativa mais adequada à prisão por importar menor tempo de restrição à liberdade de locomoção (MELO, 2016, p. 79).

Cabível mencionar que a condução é utilizada na prática investigatória para ouvir vários investigados simultaneamente de modo

atores da investigação criminal, porquanto não se enquadraria na condição de testemunha ou vítima dos fatos sob exame, tampouco pode ser considerado indiciado por não haver constatação de indício suficiente da sua autoria delitiva. Desta forma, seria o suspeito cuja autoria delitiva cogita-se por meio de um juízo de possibilidade. Mister salientar que se deve distinguir a condução coercitiva para fins de interrogatório daquela destinada à identificação e qualificação do investigado/acusado, o qual não tem direito a ocultar sua correta qualificação, o que, inclusive, configura contravenção penal (art. 68 da Lei nº 3.688/41). De fato, como bem destacou Gustavo Badaró em entrevista à Revista Época: “[...] Quando trata do depoimento do investigado, o código [de processo penal] diz que se aplica no que couber a regra no interrogatório. Pode-se, então, até aceitar a condução coercitiva em caso de investigação policial. Mas é preciso explicar que um interrogatório tem duas fases: a primeira, de qualificação, quando se reúnem os dados da pessoa (nome, filiação, endereço, etc); a segunda, de mérito, onde se fazem as perguntas sobre o crime” (Disponível em: <<https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/03/conducao-coercitiva-de-lula-foi-legal-nao.html>>. Acesso em maio de 2018).

⁶ A condução coercitiva do ex-presidente foi justificada por Sérgio Moro pela necessidade de evitar tumultos, tem em vista experiência anterior de confusão quando Lula fora depor sobre o triplex no Guarujá, o que poderia ser evitado pela ferramenta da surpresa. Contudo, há forte crítica à dimensão simbólica e midiática da medida: “não há dúvida, é claro, de que decisões proferidas pelo juiz ao longo das diversas fases da Operação Lava Jato constituem o mote desse reducionismo reflexivo. É interessante observar como a simplificação da realidade costuma caracterizar o emprego da força estatal em situações limitofes, nas quais garantias fundamentais e liberdades individuais são colocadas em xeque. E os meios de comunicação funcionam, aqui, como um megafone da dicotomia de opiniões sobre o mundo, transformando-o em uma moeda com suas duas faces” (GOMES, 2016). Geraldo Prado (2016) também faz importante colocação sobre o vínculo entre um discurso inquisitório e os perigos de sua “legitimação comunitária” fundada na integridade moral do juiz.

a evitar que combinem versões de depoimentos, o que se enquadra no escopo de proteger a obtenção de prova.

Argumenta-se, ainda, pela aplicação subsidiária ao processo penal do poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil, conferindo poder genérico ao juiz para adotar medidas cautelares que visem assegurar a proteção da prova. Desse modo, invoca-se a possibilidade de o juiz decretar medidas coercitivas, não previstas expressamente em lei (no caso de investigados) .⁷

A Primeira Turma do STF já deliberou sobre a condução coercitiva de investigado, por ocasião do julgamento do HC 107.644⁸, reconhecendo a legitimidade de agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos.

Conforme voto do relator, naquele caso concreto, em que se buscou esclarecer a divergência entre a versão dos fatos relatados pelo paciente e por sua esposa, revelou-se legítima a condução dos envolvidos à autoridade policial para prestar maiores informações sem necessidade de mandado judicial ou de situação de flagrância, compreensão desenvolvida a partir do artigo 144, § 4º da Constituição Federal, a conferir às polícias

⁷ Nesse sentido se posicionou a Procuradora Regional da República Silvana Batini em entrevista à Revista Época, disponível em <<https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/03/conducao-coercitiva-de-lula-foi-legal-sim.html>>. Acesso em maio de 2018. Registre-se, ademais, que a jurisprudência do STF já admitiu expressamente utilização de poder geral de cautela no processo penal (v.g. HC 94.194/RJ).

⁸ HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. [...]. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – (...) III – *Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos.* IV – [...] (HC 107644, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-200 DIVULG 17-10-2011 PUBLIC 18-10-2011)

civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, fundando-se, ainda, no artigo 6º do CPP, que estabelece as providências a serem tomadas pela autoridade policial para elucidação de um delito, respeitando-se as garantias legal e constitucionalmente estabelecidas, como por exemplo, a garantia do direito ao silêncio que decorre do privilégio *nemo tenetur se detegere* (princípio de que ninguém pode ser obrigado a se auto incriminar).

Em voto vista no referido HC 107.644, o ministro Dias Toffoli reforçou o entendimento do relator, ministro Lewandowski, acerca da condução forçada do investigado, suscitando lições da construção jurisprudencial norte-americana dos *inherent powers* (*teoria dos poderes implícitos*), sob a ótica da interpretação constitucional pátria, a partir da qual se impõe ao servidor público o direito e o dever de dispor de suas funções indispensáveis para o fiel e adequado desempenho de seu ministério, para concluir que, *in casu*, a autoridade policial não exorbitou seus poderes nem enveredou por via contrária à Lei Maior.

Também acompanhou o relator o ministro Luiz Fux. Apresentou voto divergente o ministro Marco Aurélio, no sentido de conceder o *habeas corpus*, sem se imiscuir propriamente sobre a discussão acerca da condução coercitiva do investigado. Assim, por maioria, foi denegada a ordem.

Faz-se o registro das posições adotadas pelos ministros da Corte porque, em verdade, esses posicionamentos poderão ser indicativos do resultado do julgamento das ADPF's objeto de estudo, tendo em vista que a concessão de liminar foi realizada *ad referendum* do Plenário do STF, ou seja, ainda deverá ser apreciada pelos demais ministros para manter validade.

O posicionamento adotado pela Primeira Turma do STF se alinha ao entendimento de que a condução coercitiva tem requisitos distintos da prisão e que, embora represente privação momentânea de liberdade, não importa em encarceramento do indivíduo, tendo finalidade apenas de fazer com que os sujeitos desta medida colaborem com a Polícia Judiciária e a Justiça (BRITTO, 2012).

Por outro lado, levando-se em consideração especificamente a privação momentânea de liberdade impingida pela medida, há quem

defenda que sua adoção, seja no bojo de investigação policial ou processo judicial, deva ser precedida por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente, em atenção ao art. 5º, LXI da CF, sob pena de inconstitucionalidade (MELO, 2016, p. 78).

Levantam-se muitas vozes, no entanto, para defender a inconstitucionalidade da condução coercitiva, bem como sua incompatibilidade com disposições supraleais, corrente à qual nos filiamos, como será exposto no tópico seguinte.

Deveras, ao tratar do caso da condução coercitiva do ex-presidente Lula, Gustavo Badaró (2016) destacou dois contextos em que o juiz poderia decretar a medida: *i*) no caso de testemunha que regularmente intimada, deixa de comparecer a ato processual; *ii*) como uma medida cautelar atípica, alternativa à prisão. Para a última hipótese, registra que a Convenção Americana de Direitos Humanos⁹, da qual o Brasil é signatário e cujas normas tem caráter supraleal no ordenamento pátrio, não admite medidas cautelares restritivas da liberdade, não previstas em lei. Ademais, defendeu que a decretação de condução do investigado como medida cautelar atípica, alternativa à pena prisão, choca-se frontalmente com a garantia constitucional de não autoincriminação e, em conclusão, alinhou-se àqueles que entenderam que o ex-presidente sofreu ato ilegal e abusivo¹⁰.

Aury Lopes Jr. (2016, p. 303) igualmente não vislumbra compatibilidade da condução coercitiva com a Magna Carta e critica fortemente sua utilização:

⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica): Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal[...] 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

¹⁰ Endossando esse grupo, Toron (2016): “[...] a justificativa dada para legitimar a sua condução coercitiva chega a causar arrepios, menos pela inconsistência técnica e mais pelo cinismo com que foi explicada posteriormente. É duro dizer o óbvio, mas o caldo de cultura da violência estatal, pseudo legitimada pelo combate ao crime organizado e a corrupção, assusta. Sim, foram mais de 100 conduções coercitivas na Lava Jato e ninguém falou nada! Ninguém nem falou, uma vírgula. Alto lá!”.

[...] completamente absurda no nível de evolução democrática alcançado, é substancialmente inconstitucional [...] Há que se abandonar o ranço inquisitório, em que o juiz (inquisidor) dispunha do corpo do herege, para dele extrair a verdade real [...] Infelizmente, esse é um nível de evolução democrática e processual ainda não alcançado por muitos juízes e tribunais, que ainda operam na lógica inquisitória, determinando a condução do imputado que não comparece.[...] Mais grave ainda são aqueles que admitem que a polícia possa fazer a condução coercitiva de suspeitos.

A FALTA DE COMPATIBILIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Já se viu que, nos termos do art. 260, CPP, se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

O dispositivo é originário do CPP e inteiramente condizente com sua ideologia político-ideológica de base, qual seja, o fascismo italiano subjacente ao Código Rocco. Tudo isso está claro na exposição de motivos lançada pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, ao destacar suposta primazia do interesse público sobre o interesse do indivíduo.¹¹

Resta saber se o dispositivo resiste à filtragem constitucional, haja vista e edificação de um Estado Democrático de Direito, centrado na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais que lhe dão conteúdo, inclusive aqueles de natureza processual, estabelecendo a pauta de validade material de todas as normas jurídicas do ordenamento brasileiro.

De largada, o Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º) representa um *plus* em relação ao Estado de Direito na medida em que impõe limites e vínculos ao próprio direito – e, pois, ao Estado.

¹¹ Destaca-se trecho daquele documento: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. [...] É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do flagrante delito [...] Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas [...] A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto [...]”

Enquanto o Estado de Direito se basta com a forma jurídica de seus atos, tenham eles o conteúdo que tiverem, o Estado Democrático de Direito persiste no império do direito, mas não de qualquer direito, impõe uma tábua material ou substancial de direitos, os direitos fundamentais, que representam um conteúdo mínimo e insuprimível erigido principalmente – mas não exclusivamente – contra o Estado (a rigor, são mecanismos de contenção e obrigação do Poder, seja ele público ou privado).

E não é possível persistir em autoenganos: o Estado Democrático de Direito não admite conciliações estratégicas com qualquer espécie de totalitarismo. Eles se repelem radical e completamente. Ao menor indício de irritação entre o sistema político-jurídico fascista e o sistema político-jurídico democrático, a solução é pela intransigente superação do que mantiver ranços do primeiro.

É com base nessas premissas que se deve elucubrar sobre o modelo de processo adequado ao Estado Democrático de Direito e sua repercussão no tema em liça.

A natureza constitucional do processo é de instituição de garantia contra o poder e outorga às partes inúmeras situações jurídicas ativas contra o Estado para conter-lhe o poder e garantias suas esferas de liberdade incólumes a rompantes abusivos ou ilegais. Em outras palavras,

uma exploração provisória do texto constitucional já identifica a *institucionalidade garantística* como o “ser” do processo: processo é instituição de garantia, não de poder estatal; “*instituição garantística* a serviço dos jurisdicionados”, não “instrumento a serviço do Poder jurisdicional”; afinal, é tratado no título sobre *direitos e garantias fundamentais* [CF, Título II], não nos títulos sobre a *organização do Estado* [CF, Títulos III *et seqs.*]. Mas é possível ainda avançar mais: processo é instituição de garantia de *liberdade* (pois regulado no Capítulo I do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de *primeira* geração), não de igualdade (que é vetor que regula o Capítulo II do Título II, que cuida dos direitos fundamentais de *segunda* geração); presta-se, enfim, a resguardar a *liberdade* das partes em relação ao Estado-juiz, não a igualdade entre elas (COSTA, 2016).

Aqui já há conceituação suficiente para entrever a inadequação constitucional de um sem números de institutos processuais, em especial da condução coercitiva.

Com efeito, entendido que os direitos e garantias constitucionais, inclusive os de natureza processual, dão conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundante da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB), e que o processo é garantia de liberdade *contra* o poder Estatal, e não instrumento deste, resta mais do que evidente a superação da dicotomia interesse público vs. interesse privado como pano de fundo para a interpretação e definição do conteúdo das garantias processuais.

Vale dizer, ainda que se admita a existência de alguma tensão entre interesse público e interesse privado no que tange ao conteúdo de institutos processuais, eles operam num plano pré-positivo e são definidos pelo direito positivo, pelo Legislador. Com um porém: ele não é totalmente livre nesse labor, está vinculado (=limitado) à substancialidade constitucional. Por exemplo: é inconstitucional qualquer regra legislativa que viole a proibição de provas obtidas por meios ilícitos¹².

No plano da positividade, não há qualquer tensão juridicamente relevante entre interesse público e interesse privado em relação às garantias processuais. O motivo é simples: o processo, como instituição de garantia, mais especificamente de garantia de liberdade, é, por essência, contramajoritário. É mesmo inevitável que as garantias processuais frustrem o interesse público (tanto mais em comunidades políticas com longa tradição autoritária e punitivista, espaços onde o processo costuma ser visto como estorvo).

Aliás, é bom que se diga: o Estado não precisa do processo para exercer o seu poder; ele precisa do processo para exercer o seu poder *legitimamente*. Daí que a contenção do poder e a consequente frustração

¹² Evidentemente, não se inserem em tal vedação os casos de exclusão do nexo de causalidade entre a ilicitude e a prova. No caso da descoberta inevitável, por exemplo, a prova é válida e deve ser utilizada. Claro, como a premissa é a proibição da prova obtida por meios ilícitos, cumpre à acusação – sempre! – o ônus de provar que a prova seria inevitavelmente obtida por meio independente e válido, não se pode cogitar de atribuir à defesa o ônus de provar que isso não ocorreria.

do interesse público (pela punição) em prol do interesse privado (pela contenção do poder) é da essência da garantia do processo. A rigor, isso se insere no contexto mais amplo do próprio constitucionalismo, cuja característica básica é a contenção do poder.

De modo que a questão da primazia do interesse privado sobre o interesse público, no processo, só é um problema para configurações de corte político-ideológico autoritário, como aquele (fascista) à base do CPP. Apenas quem pode conceber o réu como objeto do processo e não como sujeito de direitos pode falar em primazia do interesse público sobre o interesse privado, em geral, e conciliar com a condução coercitiva, em particular.

A incompatibilidade constitucional da condução coercitiva pode ser compreendida a partir de duas garantias constitucionais, em particular, quais sejam, a da presunção de inocência (art. 5º, LVIII, CRFB) e a de não autoincriminação (art. 5º, LIII, CRFB).

Quanto à presunção de inocência, sabe-se que é compreendida como regra de conduta e regra de julgamento. *Como regra de conduta* consiste na forma de tratamento do implicado na persecução criminal (note-se que não se está falando do acusado, apenas), que deve ser tratado sempre como inocente. Ora, se tal sujeito deve ser tratado como inocente então é natural que a regra seja a incolumidade de sua liberdade. Afinal, pessoas inocentes são pessoas livres. Um sujeito pode ser preso cautelarmente quando houver risco de fuga ou de destruição de provas. Provados esses riscos – por quem alega (=a acusação), naturalmente –, a prisão é impositiva. Fora daí, porém, a liberdade se impõe. *Como regra de julgamento* consiste no modo como se deve decidir o caso penal em caso de inexistência ou insuficiência probatória apta a derrubar o estado de inocência. Todo julgamento deve se dar conforme provas, sejam elas pela condenação ou pela absolvição. Porém, no caso penal, o ônus da prova é sempre da acusação. Produzida prova suficiente para superar a presunção de inocência, condena-se; do contrário, a absolve-se.

Quanto à garantia de não autoincriminação, assegura ao sujeito passivo da persecução criminal que não é obrigado a provar contra si. Observe-se

que a garantia se espalha por toda a persecução criminal, não tem aplicação apenas na fase processual da persecução criminal. A garantia aplica-se, inclusive, àqueles espaços procedimentais instaurados para a apuração de fato jurídico-civil com repercussão criminal indireta. Ou seja, também ali há garantia de não autoincriminação. É ampla regra de restrição probatória, portanto. Não podem ser valoradas contra ele as omissões probatórias fundadas nessa garantia, afinal é impensável que o exercício de uma garantia constitucional, por si só, possa lesar o seu titular. O “quem cala, consente” é presunção vulgar sem qualquer cabimento no contexto constitucional brasileiro. Sucede que o réu não é proibido de provar contra si. Em termos de modal deontico, tem-se o seguinte: ao sujeito passivo da persecução penal é permitido não provar contra si. De suas omissões probatórias não se tiram presunções que lhe sejam prejudiciais. Equivale a dizer que ele não pode ser obrigado a provar contra si. Caso isso ocorra, a prova será nula – bem assim a prova com base nela proferida. Mas não lhe é proibido provar contra si, caso queira.

Ora, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todos os direitos e garantias fundamentais, que lhe dão conteúdo, a ponto de se poder dizer que a pessoa é o centro da ordem jurídica constitucional, e não o Estado, não se vê como seja possível admitir que onde incide a garantia do devido processo legal (como garantia de liberdade contra o poder do Estado) e suas garantias da presunção de inocência (como regra de conduta e de julgamento) e de não autoincriminação (permissão de não provar contra si nem tirar das omissões aí fundadas consequências prejudiciais ao titular), alguém possa ser conduzido coercitivamente na forma do art. 260, CPP.

O dispositivo da lei infraconstitucional está claramente desalinhado da normatividade constitucional, fia-se e uma tradição inautêntica de compreender o sujeito passivo da persecução criminal como um objeto, não como pessoa, sujeito de direito ocupante do centro da ordem jurídica.

Não se diga que a despeito da condução coercitiva ao sujeito passivo da persecução criminal é ressaltada, no momento do depoimento, a garantia de não se autoincriminar. Evidente que essa garantia deve ser ressaltada.

Mas a questão é: se desde a intimação o sujeito anuncia que, sob o pálio da pressuposição de inocência e da garantia de não autoincriminação, não colaborará com a persecução, o que justifica conduzi-lo à força? Se o ato visa a produção de provas e se o sujeito passivo já deixou claro que não colaborará, a condução coercitiva será apenas um ato de força, nada mais. E parece pouco possível imaginar um ato mais despido de legitimidade constitucional que esse.

Também não se diga que a medida poderia ser substituída por outra, atípica, no contexto do poder geral de cautela. Afinal, nos termos ora sumariamente desenvolvidos, já está mais do que evidente que é constitucionalmente inconcebível pensar em poder geral de cautela, máxime no processo penal¹³. Isso por uma razão muito simples, se o processo é garantia de liberdade contra o exercício abusivo ou com desvio de poder a própria ideia de poder geral de cautela é sem-sentido. É poder sem disciplina prévia, logo incontrastável. Apenas quem pensa no processo como instrumento do Estado pode conceber categorias como o poder geral de cautela e afins.

Em verdade, trata-se de um estratagema tosco: revelada a inconstitucionalidade do expediente típico, lança-se mão do poder geral de cautela para fazer exatamente aquilo cuja inconstitucionalidade se acaba de reconhecer. Desnecessárias grandes considerações para demonstrar o quanto isso é equivocado.

Tampouco se pode cogitar de manejar prisões temporárias ou preventivas para compensar o enfraquecimento – devido, frise-se! – da condução coercitiva. O motivo já foi enunciado acima: seria um estratagema para manter a medida afastada. Com um agravante: haveria deturpação clara e consciente das prisões cautelares, enfraquecendo (ainda mais) a presunção de inocência e a garantia de não provar contra si mesmo, postura que flerta claramente (para não dizer que enlaça despudoradamente)

¹³ Ademais, Gustavo Badaró (2011) destaca que a adoção de medidas atípicas em sede cautelar, quando aptas a privar ou restringir o direito de liberdade, “encontra inafastável barreira no pressuposto formal do princípio da legalidade. Ainda que a medida seja adequada, necessária e proporcional, se a restrição ao direito fundamental não estiver prevista em lei, não será legítima”.

com o crime de abuso de autoridade. Apenas tradições profundamente autoritárias podem conviver parcimoniosamente com esse grau de cinismo institucional(izado)¹⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todas as razões expostas, a condução coercitiva de réus e investigados para interrogatório deve ser abolida da ordem jurídico-positiva brasileira. Ela é inconstitucional, viola a garantia do devido processo legal, da presunção de inocência e da não autoincriminação.

Sendo verdade que o réu pode, querendo, se autoincriminar, não pode ser obrigado a fazê-lo, daí não se poder manter uma medida que o constranja a tanto. Isso pode dificultar autoincriminações e até mesmo delações, sem dúvida. Mas é o preço da democracia constitucional. Gostemos ou não, essa é a Constituição.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. Processo Penal. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, versão digital.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade. In: LIMA, Marcellus Polastri; RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). Estudos Criminais em Homenagem a Weber Martins Batista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159-185.

¹⁴ Não espanta que já se tenha justificado a concessão de prisões preventivas com a finalidade de pressionar o implicado a delatar. Como já se noticiou, na opinião do Procurador da República Manoel Pastana, “em crime de colarinho branco, onde existem rastros mas as pegadas não ficam, são necessárias pessoas envolvidas com o esquema para colaborar. E o passarinho pra cantar precisa estar preso”. Em parecer, MPF defende prisões preventivas para forçar réus a confessar. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoes-preventivas-forcar-confissoes>>. Para uma crítica, conferir: STRECK, TRINDADE, 2014.

- _____. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: impossibilidade de decretação de medidas atípicas. *Revista do Advogado*, n. 113, p. 71-82, set. 2011.
- _____. Condução coercitiva do Lula. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235274,41046-Conducao+coercitiva+do+Lula>>. Acesso em: maio de 2018.
- BRITTO, Aldo Ribeiro. Particularidades da condução coercitiva no inquérito policial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12490>. Acesso em: maio de 2018.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Processo como Instituição de Garantia. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia>>. Acesso em: maio de 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes.
- _____. O direito como um sistema de garantias. III Simpósio Internacional do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). São Paulo, 9 a 12 set. 1997.
- FURQUIM, Saulo Ramos. O Rompimento da Criminologia Consensual-Funcionalista ante a Necessidade de uma Criminologia do Conflito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, p. 383-417, jun. 2017.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à Cobertura Midiática da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 122, p. 229-253, set/out. 2016.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, versão digital.

- MARCÃO, Renato; TANAMATI, Rodrigo A . F. Condução coercitiva determinada por comissão parlamentar de inquérito (CPI). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8646>>. Acesso em: maio de 2018.
- PRADO, Geraldo. Entre a Imparcialidade e os Poderes de Instrução no Caso Lava Jato: Para além da iniciativa probatória do juiz. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 122, p. 135-169, set./out. 2016.
- PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à Corrupção e a Flexibilização das Garantias Fundamentais: a Operação Lava Jato como Processo Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 134, p. 87-107, ago. 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karan. O passarinho pra cantar precisa estar preso. Viva a inquisição! Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-preso-viva-inquisicao>>. Acesso em: maio de 2018.
- TASSE, Adel El. Investigação Preparatória. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- TORON, Alberto Zacharias. O Direito de Defesa na Lava Jato. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 122, p. 15-41, set./out. 2016.
- WELTER, Belmiro Pedro. Possibilidade de Condução Coercitiva do Investigado para Exame Genético. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, p. 24-32, out./dez. 2001.

PROCESSO E
DEMOCRACIA

OS IMPACTOS DA LEI 13.256/2016 SOBRE A DINÂMICA DO MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS FORMALMENTE VINCULANTES DO CPC/2015

Ricardo Chamon Ribeiro II¹
Talles Fundão Marchito²

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em sua redação original, confiou o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários aos tribunais superiores, reservando aos excepcionais casos que desafiavam exame prévio pelo órgão *a quo* o cabimento de agravo direto às cortes de vértice. A proposta legislativa conformava-se, então, ao intrincado sistema processual recém-inaugurado, que parecia anunciar a superação de remansosa “jurisprudência defensiva” que obstruía o acesso aos órgãos jurisdicionais de cúpula.

Eis que um movimento reformista, antevendo um potencial agravamento da já crítica situação de sobrecarga do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), propôs as alterações consolidadas pela Lei 13.256/2016, que não apenas revigorou o juízo dicotômico de admissibilidade como também limitou a insurgência em face da decisão que nega seguimento ao recurso especial e extraordinário ainda

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Organizador e membro do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) – Caso Rio Doce” da Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, liderado pelo Prof. Dr. Hermes Zaneti Junior. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado. E-mail: ricardo_chamon@hotmail.com.

² Aluno especial do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogado licenciado. E-mail: talles_marchito@outlook.com.

no segundo grau de jurisdição, quando em confronto com entendimento firmado em julgamento repetitivo, restringindo-a à via do agravo interno, a ser interposto perante o próprio tribunal recorrido.

Este trabalho dedica-se à reflexão sobre os impactos da reforma em apreço, a partir de três capítulos centrais, cujos títulos buscam inspiração na trilogia original da saga cinematográfica *Star Wars*³. O Capítulo 1 traça os contornos da orientação jurisprudencial que, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), criava embaraço à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados pelas cortes superiores, abordando, em seguida, a solução que emergia da versão inicial do CPC/2015. O Capítulo 2 cuida da reforma implementada pela Lei 13.256/2016, cujos efeitos parecem conferir novo vigor à posição pretoriana erigida sob a égide do sistema processual anterior, ameaçando a dinâmica do novo sistema de precedentes obrigatórios. Finalmente, o Capítulo 3 se ocupa da proposta de retorno à Constituição, mediante interpretação conforme que assegure uma dinâmica sadia à manutenção do novo modelo de precedentes adotado pelo CPC/2015.

UMA NOVA ESPERANÇA: A REDAÇÃO ORIGINAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A POTENCIAL REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA DITA DEFENSIVA

Por muito tempo a tradição jurídica brasileira ignorou a importância da teoria dos precedentes, mesmo possuindo uma “matriz híbrida de *common law* e *civil law*” (ZANETI JR., 2017, p. 38), inspirada pelo constitucionalismo norte-americano, cuja influência já se fizera sentir na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891.

O constituinte daquele ano não apenas atribuiu ao país alcunha similar à adotada mais ao norte, como também incorporou a ideia, ainda

³ Os três primeiros filmes, lançados entre 1977 e 1983, ficaram conhecidos no Brasil como *Episódio IV: Uma nova esperança*, *Episódio V: O império contra-ataca* e *Episódio VI: O retorno de Jedi*.

incipiente, de jurisdição universal (*judicial review*), a permitir ao juiz a mais ampla cognição, submetendo todas as causas aos tribunais comuns, “[...] diversamente do sistema francês que, até hoje, separa a jurisdição comum da administrativa e que, no Império, deferia ao Conselho do Estado o poder de processar e julgar causas públicas” (SLAIBI FILHO, 2008, p. 5).

A Primeira República teve, ainda, o mérito de introduzir o controle judicial de constitucionalidade ao ordenamento jurídico nacional, conferindo aos magistrados a competência para examinar as leis à luz da Carta de 1891. Tal atribuição, ressalte-se, não foi direcionada tão somente aos membros do então recém-criado Supremo Tribunal Federal, mas também aos juízes das instâncias ordinárias, que, com o tempo, passaram a desempenhar um papel muito próximo daquele exercido pelos juízes do *common law*.

Ocorre que, desde muito cedo, alimentou-se no Brasil a compreensão de que a vinculação do julgador às suas próprias decisões implicaria uma indesejável interferência sobre o seu livre convencimento, o que levou Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 37) a asseverar que, sob essa perspectiva, o juiz brasileiro detinha um poder maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não prestava o adequado respeito aos precedentes.

Somente com a reforma levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que, dentre outras coisas, acresceu a possibilidade de edição de súmulas vinculantes no âmbito do STF⁴, cedeu-se espaço à consolidação da regra do *stare decisis*⁵, que já vinha, ao longo da história nacional, firmando-se de maneira lenta e gradual⁶.

⁴ A iniciativa não deixou de ser duramente criticada por parcela da comunidade jurídica, que viu com desconfiança o projeto encaminhado ao Congresso Nacional, por acreditar que “[...] tal vinculação reduziria gravemente a independência de juízes e tribunais, o que não convém ao direito e à justiça” (DALLARI, 2002, p. 74).

⁵ “Na sua concepção mais rígida, o *stare decisis*, redução do brocardo *stare decisis et non quieta movere*, indica a obrigação do juiz, ao solucionar casos, de não se desviar da solução empregada em precedente ensejado por decisão de um caso análogo, ainda que o próprio juiz do caso presente considere a solução inadequada ou injusta” (MACÊDO, 2016, p. 50).

⁶ É possível perceber a adoção de características do sistema casuístico já no CPC de 1939, cujo art. 861 previa a possibilidade de se “promover o pronunciamento prévio das Câmaras

Mais recentemente, alterações legislativas deram origem a outro fruto desse processo de recepção tardia dos precedentes: o julgamento de recursos repetitivos, previsto, originariamente, nos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973, que conferiam força obrigatória às orientações fixadas para causas de caráter múltiplo fundadas em idêntica questão de direito.

Um dos tópicos mais polêmicos em torno da aludida sistemática dizia respeito aos meios de controle das decisões dos tribunais *a quo* que suspendessem os recursos à espera da eficácia do precedente fixado no caso selecionado ou aplicassem os padrões decisórios oriundos dessa modalidade de julgamento. Daniel Mitidiero (2013, p. 110) identificou duas situações problemáticas que estavam fadadas a ocorrer: determinado recurso poderia ser *sobrestado* ou ter o seu *seguimento negado* de forma equivocada na origem, caso o órgão encarregado do juízo prévio de admissibilidade entendesse que a hipótese era idêntica ou semelhante àquela afetada ou já apreciada em julgamento concentrado.

A solução para ambas as hipóteses seria a mesma: a parte interessada teria o ônus de distinguir o seu caso daquele julgado sob a sistemática do recurso repetitivo, apontando as diferenças fático-jurídicas entre eles, ou de ressaltar fundamento não considerado no momento da formação do precedente, capaz de promover a sua superação (MITIDIERO, 2013, p. 110).

Como os tribunais de cúpula são os órgãos competentes para dar a palavra final quanto à admissibilidade dos recursos a eles direcionados e rever os seus próprios precedentes⁷, o instrumento processual apto a provocar esse tipo de discussão perante as referidas cortes deveria ser o agravo previsto no artigo 544 do Código Buzaid, já que os tribunais de instâncias ordinárias não têm, por óbvio, competência constitucional para definitivamente admitir, deixar de admitir e muito menos para julgar o mérito de recursos de natureza extraordinária, “ainda que já

reunidas sobre interpretação de qualquer norma jurídica” para fins de uniformização das decisões proferidas pelos órgãos isolados do tribunal.

⁷ Nesse sentido, aliás, é a disposição insculpida no artigo 986 do atual diploma processual, atinente à superação de entendimento firmado em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas: “a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III”.

exista precedente sobre o tema firmado no âmbito das Cortes Supremas” (MITIDIERO, 2013, p. 111).

Pesquisadores do direito brasileiro (NUNES *et al*, 2014) alertaram, todavia, que o desenvolvimento jurisprudencial do instituto propiciou o surgimento de uma posição bastante restritiva no que respeita à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados, mesmo quando suscitadas circunstâncias que aconselhassem a superação do precedente (*overruling*) ou o seu afastamento diante do caso concreto (*distinguishing*), em razão de peculiaridades inerentes à nova hipótese submetida a julgamento.

Destaca-se, nesse particular, o entendimento consolidado pela Corte Especial do STJ, em questão de ordem levantada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha durante o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP, no sentido de não ser cabível o agravo do artigo 544 do CPC/1973 contra decisão “que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543[-C], § 7º, inciso I, do CPC”, admitindo-se em tal hipótese, tão somente, agravo para o plenário do tribunal *a quo* ou, onde houver, para o órgão com competência equivalente.⁸

Do voto proferido pelo Ministro Relator, que conduziu o julgado, extraem-se argumentos predominantemente pragmáticos, alusivos à necessidade de se “[...] acabar com inúmeros julgamentos desnecessários e inviabilizadores de atividade jurisdicional ágil e com qualidade”, os quais, em última análise, levaram o colegiado a concluir que “o momento da Lei n. 11.672/2008, que criou o recurso repetitivo [...], é incompatível com o momento em que concebido o agravo de instrumento⁹ do art. 544 do CPC”.

⁸ Assim já havia se posicionado o Plenário do STF no exame da questão de ordem suscitada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 760.358/SE, submetido à relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que se concluiu não ser cabível agravo contra decisão em que o Tribunal de origem nega seguimento ao recurso extraordinário, com fulcro no art. 543-B do CPC/1973, ou deixa de admitir o apelo extremo amparado em decisão do Supremo Tribunal Federal, reputando ausente a repercussão geral do tema objeto do recurso.

⁹ Naquela época ainda vigorava a redação do artigo 544 do CPC/1973 que previa a interposição de agravo na modalidade de instrumento, posteriormente convertido em agravo nos próprios autos pela Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010.

O acórdão lavrado naquela ocasião, contudo, não foi unânime. Em voto divergente, o Ministro Teori Zavascki teceu diversos argumentos contrários à tese majoritária, dentre os quais, em razão de sua pertinência, transcreve-se o seguinte:

[...] negando-se acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C não apenas um efeito vinculante *ultra partes*, mas também um caráter de *absoluta imutabilidade*, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado. Essa deficiência não seria compatível com nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato. É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou de direito. Até mesmo para as súmulas vinculantes editadas pelo STF há mecanismos de acesso à Corte Suprema para fins de revisão (CF, art. 103-A, § 2º e Lei 11.417/06, arts. 3º a 6º). O mesmo ocorre com as decisões do STF que negam existência de repercussão geral, que também estão sujeitas a revisão (CPC, art. 543-A, § 5º). São igualmente passíveis de revisão – e não são raros os casos em que isso ocorre na prática – as súmulas editadas pelo STJ (Regimento Interno, art. 125).

No mesmo sentido se posicionou Daniel Mitidiero (2013, p. 111), para quem o entendimento adotado pela Corte Especial deveria ser urgentemente revisto. Do contrário, aduziu o autor, “[...] não só a força do precedente – e por consequência da legislação infraconstitucional federal – estará solapada, mas também o próprio *status* do Superior Tribunal de Justiça como uma Corte Suprema restará irremediavelmente enfraquecido”.

Não obstante, em que pese à robusta crítica dissidente, o precedente firmado na questão de ordem arguida no Agravo de Instrumento nº 1.154.599/SP prevaleceu e continuou sendo aplicado, inclusive de modo monocrático, após o advento do novo CPC, durante o período de *vacatio legis*, como faz prova o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 820.876/SP.

A postura assumida pela Corte Cidadã adquiriu contornos ainda mais rígidos quando sua jurisprudência passou a não admitir sucedâneos recursais para efeito de controle da decisão proferida nos moldes do artigo 543-C, § 7º, I, do CPC/1973, a teor do que restou decidido no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 17.940/RJ e no Agravo Regimental na Reclamação nº 10.302/RS.¹⁰

Idêntico tratamento foi dispensado à irresignação contra a decisão do tribunal de origem que suspendia o recurso especial à espera do julgamento do recurso afetado à Corte Especial (art. 543-C, § 1º, CPC/1973), a exemplo do que ocorreu no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 330.903, nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar nº 18.822/RJ e no Agravo Regimental na Reclamação nº 4.231/RS.

Note-se que todos os julgados citados, direta ou indiretamente, invocaram em seus fundamentos o precedente formado no julgamento da questão de ordem suscitada pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, cuja eficácia foi estendida por analogia à hipótese de sobrestamento do recurso por ordem do tribunal de origem.

Ora, se o objetivo do STJ, enquanto Corte de Interpretação, é buscar definir o sentido da lei no intuito de orientar a sociedade e constituir um padrão decisório a ser observado pelos órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior, podendo-se traçar, aqui, um paralelo com o STF, enquanto guardião da Constituição da República, é claro que os seus membros não devem se ocupar de todo e qualquer recurso submetido à sua apreciação.

Por outro lado, a drástica eliminação de acesso operada pela jurisprudência de ambas as cortes parece contrariar a percepção de que

¹⁰ O STF firmou orientação similar no sentido de que “o Agravo nos próprios autos, a Reclamação, a Petição ou qualquer ação autônoma, contra decisão do Tribunal *a quo* que aplica a sistemática da repercussão geral, nos termos do art. 543-A e art. 543-B, ambos do CPC/1973, são inadmissíveis, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Rcl 13.492-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 21/10/2013; Rcl 12.652-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 20/8/2013; Rcl 9.633-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 7/8/2013; e, ainda, Rcl 14.614-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 6/11/2013; Rcl 12.356-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 12/11/2013; AI 760358-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 12/02/2010)” (Pet 5602 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 10-08-2017 PUBLIC 14-08-2017).

um sistema de precedentes vinculantes pressupõe a existência de um instrumento técnico dedicado à manutenção da estabilidade das teses consagradas, “[...] mediante recurso à corte competente para a sua revisão, pois a sua vinculatividade dependerá deste controle” (ZANETI JR., 2017, p. 343).

O início da vigência do CPC/2015, nesse contexto, despertou a esperança de que tal posicionamento pudesse ser reconsiderado, na medida em que, pela primeira vez na história normativa do país, os precedentes judiciais passaram a ser expressamente disciplinados e, assim, definitivamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Além de haver sido incluída na categoria de precedentes formalmente vinculantes, nos moldes do artigo 927, III, do atual estatuto adjetivo, a técnica de julgamento de recursos repetitivos ganhou uma subseção inteira dedicada à sua regulamentação, composta pelos artigos 1.036 a 1.041 do mesmo diploma legal, cuja redação original revela a decisão do legislador de intervir de modo decisivo na problemática em apreço.

A primeira parte do problema, relativa à suspensão inadequada de feitos em virtude da afetação de determinado tema à técnica de julgamento repetitivo, encontra remédio no artigo 1.037, §§ 8º a 13, do CPC atual, que submete a ordem de sobrestamento à apreciação do próprio juízo da causa, que conhece os contornos fático-jurídicos da lide e pode, com mais segurança, apurar a existência de eventual distinção (*distinguishing*), além de possibilitar que a parte insatisfeita com o resultado, proclamado após o devido contraditório, obtenha uma segunda opinião mediante a interposição do recurso cabível.

Com relação à hipótese em que se nega seguimento a recurso de forma equivocada na origem, em razão de sua suposta semelhança com caso já apreciado em julgamento de recurso repetitivo, houve, em princípio, um grande avanço legislativo em comparação à postura adotada pelo Plenário do STF e pela Corte Especial do STJ.

Com efeito, o artigo 1.042, II, do CPC/2015, conforme inicialmente idealizado, previa de forma categórica o cabimento de agravo às Cortes de vértice quando inadmitido o recurso especial ou extraordinário “[...] sob

o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior”.

Embora nada houvesse dito o legislador acerca da admissibilidade de recurso destinado a demonstrar argumento contrário ao precedente, não considerado no momento da sua formação e potencialmente capaz de ensinar a sua revisão, ficou claro, naquele momento, que a restrição de cunho pretoriano não mais se sustentava.

Como então observou o professor Hermes Zaneti Junior (2015b, p. 366-367), tratava-se de mais uma amostra das “virtudes progressistas do positivismo jurídico como técnica de emancipação e civilização”, consentâneo com a tradição brasileira de superar questões teóricas através de uma “[...] normatização legal progressista que permite avanços reais em relação a temas que, muito embora complexos e debatidos na doutrina, sofrem mais com a ausência de disciplina legal do que com a falta de teoria”.

Até então, não se podia imaginar que o modelo de precedentes trazido pelo novel estatuto seria alterado, antes mesmo de sua vigência, pela Lei 13.256/2016, que diminuiu os controles argumentativos das decisões proferidas pelos tribunais superiores e, à primeira vista, revigorou a jurisprudência de viés defensivo criticada neste trabalho.

O IMPÉRIO CONTRA-ATACA: A EDIÇÃO DA LEI 13.256/2016 E O COMPROMETIMENTO ESTRUTURAL DO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

Ao perceber que a introdução do novo regramento representava ameaça ao tráfego de processos nos tribunais superiores, o legislador reformista contra-atacou, editando, ainda na *vacatio legis* do Código de 2015, a famigerada Lei 13.256/2016, que promoveu 44 significativas alterações no estatuto processual, em diversas áreas.

Vale lembrar que o sistema recursal inicialmente proposto pelo CPC/2015 limitava a atuação do tribunal *a quo* ao mero recebimento

do recurso de natureza extraordinária, seguido da imediata intimação do recorrido para apresentação de sua resposta, reservando o juízo de admissibilidade ao órgão *ad quem*, conforme expressa disposição do único parágrafo que constava do artigo 1.030¹¹.

A proposta, contudo, agravaria a crítica situação de atulhamento das instâncias extraordinárias. Se, antes, com o filtro na instância inferior, o número de casos alçados às Cortes de cúpula já era superior à média que manteria uma saudável tramitação de feitos, alargar o gargalo na origem, como propunha a redação original do CPC, inviabilizaria a própria recorribilidade extraordinária.

Motivada, então, por argumentos de índole utilitarista¹², a Lei 13.256/2016 promoveu o retorno do juízo dicotômico de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, revigorando as vicissitudes que impunham obstáculos aos litigantes sob a égide do diploma anterior e que, se não forem depuradas por uma boa dogmática, poderão fulminar a maleabilidade esperada de qualquer sistema alicerçado na doutrina do *stare decisis*.

Em complementação, a reforma também suprimiu a possibilidade de recurso às Cortes superiores quando o acórdão recorrido estivesse em consonância com o entendimento proferido em precedentes exarados pelos aludidos tribunais, o que fica claro não somente pela mutilação do

¹¹ Dispunha o dispositivo na versão original que, “recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o *caput* dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade”.

¹² Como se depreende da justificativa da alteração: “este projeto tem por objetivo reestabelecer e aprimorar a sistemática do juízo prévio de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, suprimida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015). Tal medida se justifica em função da relevante função de filtro preclusivo do exame de admissibilidade nos tribunais locais. A título de exemplo, no mecanismo atual, segundo informações do Superior Tribunal de Justiça, 48% (quarenta e oito por cento) dos recursos especiais interpostos na origem não foram remetidos àquela corte. Isso significa que de 452,7 mil recursos especiais, 78 mil foram admitidos, mas 146,8 mil foram trancados ainda nos tribunais locais e sem a interposição de agravo”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1362368&filename=Tramitacao-PL+2384/2015>. Acesso em: 11 jun. 2018.

artigo 1.042, como também pela expressa restrição do novo § 2º do artigo 1.030, que limitou ao agravo interno eventual insurgência em face das decisões denegatórias de admissibilidade.

Na prática, a parte que for alvo do juízo de admissibilidade negativo deverá se contentar com a via do agravo interno para demonstrar a distinção entre o caso precedente e o atual, o que rompe com a lógica sistêmica originária do CPC/2015, a uma porque, a reboque da valorização dos casos repetitivos pulverizada no Código, permite que qualquer “entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral”¹³, ainda que em recursos avulsos, seja parâmetro para a negativa (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 407). A duas, porque diante da complexidade que circunda a identificação da *ratio decidendi*¹⁴ e os limites da legitimidade do *distinguishing*, não é razoável relegar às próprias Cortes recorridas a interpretação final do precedente, visto ser, no mínimo, intuitivo que, havendo a possibilidade, optará por não enfrentar a questão que aparentemente milita contra o precedente. E a três – e até por consequência das demais – porque qualquer modelo de precedentes vinculantes deve prover, em contrapartida, um sistema recursal hábil e eficiente a oxigenar o controle intersubjetivo das decisões (ZANETI JR., 2017, p. 315), sem o que, inexoravelmente, serão violados princípios estruturantes do ordenamento, como o acesso à justiça e o próprio devido processo legal, tão caros ao modelo democrático.

Bem vistas as coisas, a alteração legislativa reduziu perniciosamente o conceito de precedentes à perquirição meramente formal acerca da ocorrência de determinadas metodologias de julgamento, confiada com exclusividade ao órgão *a quo*, bloqueando o acesso aos tribunais de vértice quando verificada uma das hipóteses previstas em lei.

É dizer, em outras palavras, que a determinação do que é ou não um precedente ficará ao alvitre do tribunal recorrido, que, a despeito da

¹³ Artigo 1.030, I, “a”, CPC/2015.

¹⁴ Embora soe simples, a identificação dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) é tarefa da mais alta complexidade que, ao longo dos anos, foi alvo de tentativas de padronização e estabelecimento de métodos objetivos de apuração, a fim de que se reduzam as discricionariedades (“fechando” o sistema, como propõe o modelo de precedentes obrigatórios).

tendenciosa manutenção de seu próprio entendimento, decidirá acerca da procedência ou não da irresignação do jurisdicionado que, diante de um juízo negativo de admissibilidade, procura demonstrar a diferença da questão deduzida no seu recurso (por meio de *distinguishing*) ou construir um raciocínio jurídico capaz de revelar que o caldo cultural e social reclamam, por alguma razão, a superação do precedente (demandando um *overruling*).

Nesse cenário, o receio do ministro Teori Zavascki, cuja transcendência aparentava ser um dos grandes méritos do CPC/2015, tornará a assombrar o jurisdicionado, recrudescendo ainda mais negativamente, já que a nova sistemática de precedentes normativos formalmente vinculantes pressupõe uma presunção em favor do precedente (ZANETI JR., 2017, p. 327).

Não é necessário muito esforço para perceber que um filtro recursal intransponível, ainda que cancelado pelo Parlamento, viola algumas garantias fundamentais e ameaça, numa análise mais abrangente, o próprio pressuposto democrático constitucional.

À toda evidência, qualquer alteração do CPC/2015 não pode ignorar suas conquistas iniciais, especialmente no que tange ao modelo de precedentes, que resultou de uma árdua batalha travada ao longo dos anos para superar o paradigma positivista e da jurisprudência persuasiva, nutrido por um discurso liberal que, sob a vigência do CPC/1973, homenageava a padronização decisória superficial e a sumarização da cognição, sob o enfoque exclusivo de satisfazer a uma justiça numérica (NUNES, 2016, p. 305), fomentando, colateralmente, a profusão da irracionalidade, traduzida em decisões antagônicas para casos substancialmente iguais (MARINONI, 2015, p. 54).

A partir da moldura de um núcleo dogmático formado pelos artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927, o CPC/2015 propôs um *modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes* (ZANETI JR., 2017) apto a distinguir provimentos potencialmente vinculantes, cuja verificação se limita à observância dos métodos de julgamento previstos no artigo 927, de um verdadeiro precedente, que, além da dimensão formal,

reúne pressupostos materiais. Esse ideário é consentâneo ao Estado Democrático Constitucional, que deu tônica à distinção entre texto e norma (ÁVILA, 2015, p. 50-55) e à dupla indeterminação do direito (texto equívoco e norma vaga – MITIDIERO, 2017, p. 53), esclarecendo, nesse particular, que a norma jurídica é o resultado da interpretação e não seu objeto (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2017, p. 53), sem ignorar, sobretudo, que sua construção deve ocorrer de forma racional¹⁵, viabilizando, assim, o controle intersubjetivo das razões invocadas no momento da interpretação (MITIDIERO, 2017, p. 65).

A proposta do CPC/2015, tributária desse entendimento, propõe o respeito obrigatório à norma-precedente, atraindo a necessidade de uma atividade interpretativa a partir de pressupostos democráticos, justamente para combater a superficialidade da fundamentação decisória e a desconsideração da facticidade do Direito (NUNES; HORTA, 2015, p. 14), consolidando, pois, uma *dimensão material* (ou *substancial*) do precedente. Essa mudança de postura combate a ideia de precedente como mecanismo meramente processual vocacionado à celeridade e à resolução de demandas em massa, flertando com a concepção de que são integrantes de uma teoria que encontra ambiente na racionalidade e a universalidade das decisões (ZANETI JR., 2015a, p. 1.430).

O precedente deve, então, ser fruto de uma interpretação operativa (FERRAJOLI, 1966, p. 294), ou seja, de um julgamento sobre uma questão de direito, acerca da qual se suscitou uma dúvida interpretativa¹⁶, que justificará a reconstrução da norma. Bem identificada a dúvida, a questão é posta em exame, para que, a partir da interpretação, um novo sentido seja atribuído à norma, devolvendo ao ordenamento um conteúdo remodelado. Tal concepção decorre da perspectiva adscritiva da interpretação e da necessidade de densificação da segurança jurídica, levando em consideração

¹⁵ “Uma interpretação é racional quando a atividade do intérprete é justificada e o seu resultado é coerente e universalizável” (MITIDIERO, 2017, p. 61).

¹⁶ Expressão cunhada por Jerzy Wróblewski (1971, p. 413), para descrever as situações que se fazem necessária a prolação de uma decisão interpretativa.

a conjunção de trabalhos do legislador, doutrinadores e juízes (ZANETI JR., 2017, p. 79).

Além disso, o artigo 489, § 1º, V e VI, impõe a correspondência da *ratio decidendi*¹⁷ do caso-atual à do caso-precedente, afigurando-se indispensável a identificação dos fundamentos determinantes como passo anterior e essencial à aplicação, distinção ou superação do precedente, até porque é isso que permite discernir a parcela vinculante da que não vincula (*obter dictum*)¹⁸.

O precedente deve, ainda, resultar de um julgamento colegiado, (*discurso do precedente* - MITIDIERO, 2012, p. 91), já que a decisão objetiva constituir critério para o julgamento de casos futuros. O debate deve ser o mais denso possível (MARINONI, 2015, p. 292)¹⁹.

Ademais, o acesso às Cortes de vértice encontra amparo não apenas no primitivo propósito do legislador²⁰, como também nos fundamentos da República Brasileira (art. 1º, CFRB/88).

¹⁷ Em que pese a complexidade e controvérsia que circunda a matéria, doutrina estrangeira e nacional convergem num núcleo conceitual mínimo, que define a *ratio decidendi* como a regra geral necessária e suficiente sem a qual a decisão não seria tomada daquela forma (CROSS; HARRIS, 1991, p. 52).

¹⁸ “*Contrariu sensu*, uma vez que identificamos os fundamentos determinantes com a *ratio decidendi*, resta dizer que, tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constituir fundamentos determinantes, será *obter dictum*, portanto, sem efeito vinculante” (ZANETI JR., 2017, p. 377).

¹⁹ Uma ressalva importante, nesse ponto, é que só é razoável falar em formação da *ratio decidendi* quando os fundamentos forem compartilhados pela maioria, o que difere do acordo majoritário em relação ao resultado ou ao provimento do recurso, que não necessariamente forma precedente, posto ser “possível que num colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois compartilhem o mesmo fundamento, ou estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes” (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, p. 654).

²⁰ A partir de uma ponderação sistemática do tratamento inicialmente dispensado pelo CPC/2015 ao tema dos precedentes e dos casos repetitivos, fica fácil notar o esforço do legislador para que os recursos excepcionais chegassem aos tribunais de vértice e alcançassem o exame do seu objeto, em franca homenagem aos princípios da primazia do julgamento do mérito, da cooperação e do contraditório.

O RETORNO À CONSTITUIÇÃO: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CARTA DE 1988

Não se ignora, aqui, a sobrecarga que compromete a atuação dos tribunais de vértice e que demanda a existência de filtros que viabilizem o exercício de suas atribuições constitucionais. O que se propõe, com efeito, é o balizamento dessa atividade, a fim de que não se estimulem restrições semelhantes às da Lei 13.256/2016 que, além de afrontar preceitos fundamentais, na medida em que tolhe o direito do jurisdicionado ao amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB/88), viola os artigos 102, III, e 105, III, da CFRB/88, encerrando no tribunal *a quo* a discussão sobre a admissibilidade dos recursos excepcionais, e ameaça o modelo de precedentes, visto que, ao inadmitir o recurso de revisão, sujeita a tese jurídica fixada pelo precedente à estagnação.

Por isso, a melhor opção dogmático-teórica que se apresenta é a *interpretação conforme* a Constituição, técnica corretiva que orienta o aproveitamento da legislação em detrimento da declaração de sua inconstitucionalidade, sempre que possível. Isso é, em vez de nulificar a lei que padeça de um vício aparente, outorga-lhe sentido que lhe possa conformar ao pressuposto constitucional.

Nesse propósito, conformando o § 2º do artigo 1.030 do CPC atual à Constituição, são necessárias interpretações do dispositivo que viabilizem o acesso às Cortes supremas, isso é, que permitam o jurisdicionado a ter a admissibilidade do seu pleito recursal analisada pelo STJ e/ou STF, a despeito do bloqueio sugerido pela literalidade do enunciado normativo.

Algumas soluções doutrinárias já despontam, como por exemplo a interposição de novo recurso especial e/ou extraordinário quando confirmada a decisão de inadmissibilidade no julgamento do agravo interno (art. 1.030, § 2º c/c art. 1.021, CPC), seja por ofensa ao próprio artigo 1.030, “conferindo-se a ele interpretação conforme ao CPC, especialmente no que diz respeito à primazia do julgamento do mérito (art. 4º, c/c arts. 932, par. ún., 1.029, § 3º, 1.032, 1.033, entre outros) e ao direito à fundamentação adequada na aplicação ou não dos precedentes

(arts. 489, § 1º, V e VI, CPC)” (ZANETI JR., 2017, p. 387), seja por ofensa à norma que prevê os embargos de declaração para o caso de falta de fundamentação adequada (art. 1.022, II, CPC).

O sucesso dessa proposta depende, contudo, de ato de insubordinação do tribunal *a quo* ao precedente que se pretende discutir, pois não resolve o embaraço criado pelo juízo prévio de admissibilidade a que todo recurso excepcional está submetido (art. 1.029, CPC), podendo resultar, *reductio ad absurdum*, em um ciclo interminável de reiteradas insurgências ao órgão *ad quem* seguidos de agravos internos ao Pleno ou Corte Especial do tribunal local.

Nesse cenário, meios de impugnação direta voltados ao destrancamento do recurso especial e extraordinário revelam-se mais promissores, como mandado de segurança, *habeas corpus*, ação cautelar e reclamação constitucional, que deve ser ajuizada, na compreensão de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 649), dentro de cinco dias a contar da intimação da decisão do agravo interno, posto ser esse o prazo de oposição dos embargos de declaração, única espécie recursal cabível em casos que tais.

Zaneti Jr. (2017, p. 387), a seu turno, entende “que mais prudente é a interposição de embargos e só então a reclamação, visto que a reclamação não tem sido admitida como sucedâneo recursal”, observando-se, em todo caso, a vedação insculpida no artigo 988, § 5º, I, do CPC.

Seja como for, qualquer interpretação das alterações legislativas deve respeitar as premissas e valores que dialogam no CPC/2015, mantendo a estrutura já delineada do modelo de precedentes obrigatórios e a sua conformação constitucional, pelo que mediante esses e/ou outros veículos recursais, o acesso às Cortes supremas não pode ser tolhido ao jurisdicionado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filtro recursal praticamente intransponível que decorre da conjugação do artigo 1.030, “a”, com a nova redação do artigo 1.042 do

CPC/2015, sob uma interpretação literal, rompe o diálogo proposto pelo microsistema de litigiosidade repetitiva e, numa perspectiva mais ampla, oferece riscos deletérios ao modelo de precedentes obrigatórios, porque, ao inviabilizar o acesso ao STF e STJ em casos de postulação aparentemente contrária às matérias decididas em casos repetitivos, engessa o precedente, subtraindo, inclusive, o direito a promover o *distinguishing* e *overruling*, técnicas salutares à oxigenação de qualquer sistema que adote o *stare decisis*.

Especialmente diante da fase ainda embrionária da matéria no direito pátrio, é fundamental que se firme boa dogmática que oriente uma interpretação corretiva e conforme ao modelo constitucional e ao escopo sistêmico do CPC/2015.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. Precedentes. Fredie Didier Jr. [et. al.] (coords.). Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do CPC, v.3).
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, vol. 3.
- FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. n. 43, 1966, p. 290-304.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- _____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. vol. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: Daniel Mitidieiro; Guilherme Rizzo Amaral (coords.). Processo Civil. Estudos em homenagem ao professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85/99.
- _____. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do distinguishing no Brasil. Revista Libertas, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/250/224>>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- _____; HORTA, André Frederico. A doutrina do precedente judicial – fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil. In: Instituto Brasileiro de Direito Processual; SCARPINELLA BUENO, Cassio. (Org.). PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015, p. 9-58 (Sistema de Educação Continuada a Distância, v.2).
- SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WRÓBLEWESKI, Jerzi. Legal decision and justification. *Logique et Analyse*, n. 14, Bruxelles: Centre national de recherches de Logique, 1971.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao artigo 926. In: Comentários ao novo Código de Processo Civil. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015. (2015a)

_____. O valor vinculante dos precedentes: o Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2017. (2015b).

EFICÁCIA VINCULANTE E JURISPRUDÊNCIA PERSUASIVA

Claudio Madureira¹

Gabriel Sardenberg Cunha²

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 confere singular importância aos precedentes judiciais. Em seu artigo 926 prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Na sequência, estabelece, em seu artigo 927, que os julgadores devem observar, quando exaram suas decisões/sentenças/acórdãos, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as suas súmulas vinculantes; os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos; as súmulas (“não vinculantes”) do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do Plenário ou Órgão Especial aos quais estiverem vinculados. Esses são, na expressão consagrada por Hermes Zaneti Jr. (2016, *passim*), os *precedentes normativos formalmente vinculantes*, cuja prolação vincula as decisões judiciais adiante proferidas em casos análogos³.

Ocorre que o legislador também previu, no inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC-2015, que é desprovida de regular fundamentação a decisão/sentença/acórdão que “deixar de seguir *enunciado de súmula*,

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFES, Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado. E-mail: madureira.fmr@gmail.com.

Mestrando em Direito Processual pela UFES. Advogado. E-mail: gabrielscunha@hotmail.com.

³ A ideia da necessidade de estrita igualdade entre os casos é rechaçada pela doutrina. Basta, em verdade, que se tratem de hipóteses relevantemente *semelhantes* (MACÊDO, 2015, p. 530; SCHAUER, 1987, p. 577).

jurisprudência ou *precedente* invocado pela parte, sem demonstrar a existência de *distinção* no caso em julgamento ou a *superação* do entendimento”. No que concerne aos precedentes elencados pelo artigo 927, o aludido dispositivo dispõe sobre a possibilidade de seu afastamento apenas quando for o caso de distinção ou superação, já que seu caráter vinculante resulta principalmente da formal previsão, na lei processual, no sentido de que “os juízes e os tribunais observarão” os provimentos jurisdicionais anteriormente mencionados. Por isso mesmo são chamados de precedentes *normativos formalmente* vinculantes. Entretanto, o legislador processual assentou, no corpo de referido dispositivo, que padece de vício de fundamentação a decisão/sentença/acórdão que deixar de seguir, não apenas precedentes, *mas também enunciados de súmula e jurisprudência invocados* pela parte, “sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Por óbvio, esses enunciados de súmula e essa jurisprudência referidos pelo legislador no inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do Código de 2015 não dizem respeito às hipóteses de julgados/súmulas elencados no artigo 927. Quanto à obrigatoriedade desses últimos, o código de 2015 já dispõe de regramento específico: o próprio art. 927. Afinal, como cedo, a lei não usa de palavras inúteis, ou tampouco as omite despropositadamente. Posto isso, torna-se relevante investigar, no plano da Ciência, se o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do código de 2015 acaba por conferir potencial eficácia vinculante também a outros provimentos jurisdicionais que tenham sido invocados pelas partes em suas manifestações processuais (decisões persuasivas).

A RECEPÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES PELO DIREITO BRASILEIRO

A adoção de precedentes como parâmetro para a aplicação do Direito traduz, em verdade, uma integração entre as funções exercidas pelo Poder Legislativo (“criar direito como legislador na moldura da Constituição”) e pelo Poder Judiciário (“reconstruir direito como juiz dentro do processo

de interpretação”)⁴, num contexto em “que a vinculatividade formal dos precedentes reduz o espaço de discricionariedade dos juízes e ao mesmo tempo garante mais racionalidade, previsibilidade e igualdade no direito” (ZANETI JR., 2016, p. 370).

Hermes Zaneti Jr. (2007, p. 50) defendia a adoção da teoria dos precedentes pelo Direito Brasileiro ainda antes da edição do Código de Processo Civil de 2015. Nesse mesmo sentido se posicionaram Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 348-349), quando referiram, a partir do tratamento constitucional conferido à matéria e dos dispositivos do código de 1973 que dispunham sobre a utilização dos entendimentos firmados pelos Tribunais como parâmetro para a resolução de casos futuros, à “indiscutível força persuasiva que têm os precedentes judiciais na solução de casos concretos”, notadamente em vista da “crescente força vinculativa que lhes vem dando o legislador brasileiro”.

Contudo, conforme Zaneti Jr. (2016, p. 357), “o Brasil apresentava até o advento do Código de Processo Civil de 2015 um modelo fraco de precedentes judiciais”, pois “muito embora em alguns casos houvesse vinculatividade (ex.: súmulas vinculantes) não havia uma regra geral de *stare decisis* e a recepção do modelo de *stare decisis* tinha sido até o presente momento apenas uma recepção parcial e mitigada”. Havia, então, “uma ideologia que, do ponto de vista cultural e normativo, compreendia os precedentes como instrumentos fracos de persuasão e não como normas vinculantes de nosso sistema”, num contexto em que “a teoria das fontes reconhecia aos precedentes um papel de fontes secundárias e a prática

⁴ No ponto, Lucas Buril de Macêdo ressalta que “se parte da perspectiva do precedente judicial como fonte de direito: isto é, toma-se a decisão como ato jurídico que tem por eficácia (anexa) lançar-se como texto do qual se construirá uma norma. Esta norma, na teoria dos precedentes, é comumente designada de *ratio decidendi*. Este é o sentido próprio em que se invoca a palavra precedente, embora seja possível falar em precedente como norma, em um sentido impróprio e por metonímia, como se fala em “aplicação da lei”, quando, na verdade, quer-se falar em “aplicação da norma pela lei”” (MACÊDO, 2015, p. 525-526). Nesse mesmo sentido é o magistério de Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira (2016, p. 381-381), para quem “a reconstrução da norma – geral e concreta – é tarefa ínsita à atividade jurisdicional em razão da impossibilidade de ser criada uma norma a partir do nada, do vácuo normativo, do vazio textual, devendo o Poder Judiciário reconstruir os significados normativos de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a tradição jurídica”.

judicial lhes emprestava o caráter de argumentos de reforço, muitas vezes relevantes, mas não vinculantes em relação às decisões dos casos-atuais” (ZANETI JR., 2016, p. 357).

VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES

Esse quadro se modificou com a edição do código de 2015; cujo artigo 927 vincula os juízes e tribunais à observância de precedentes; pois o verbo empregado pela lei processual não deixa espaço para que se veicule interpretação que atribua a esses precedentes eficácia meramente persuasiva. É que o legislador foi muito claro ao expressar, no texto do novo código, que “os juízes e os tribunais *observarão*” (art. 927, *caput*), como precedentes, (i) “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (art. 927, I), (ii) “os enunciados de súmula vinculantes” (art. 927, II), (iii) “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III), (iv) “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” (art. 927, IV) e (v) às demais decisões proferidas pelo plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados; posicionamentos que, quando se tem em vista acórdãos proferidos pelos Tribunais de Cúpula (STF, STJ, etc.), vinculam a todos os juízes e tribunais do país.

Posto isso, *não lhes é dado deixar de observá-los se não se convencerem de que os tribunais que os firmaram interpretaram adequadamente o Direito*, isto é, *como se fossem meramente persuasivos*. Desse modo, sua aplicação somente pode ser afastada, nos casos concretos, quando o julgador verificar, ou (i) que a decisão (precedente) que encarta a tese levantada no caso julgado (acórdão paradigma) fundamenta-se em argumentos expostos apenas de passagem em sua motivação, “consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão” (*obiter dictum*)

(DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 350); ou (ii) que há distinção (*distinguishing*) entre o caso julgado e o caso paradigma, que pode se fundar na constatação de que “não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica)” ou (iii) na verificação de que, “a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 353); ou (iv) que o precedente invocado foi superado (*overruled*) “pelo tribunal que o estabeleceu ou por tribunal superior”, bem como (v) pela edição “de uma nova lei, válida substancial e formalmente”, que determine o seu afastamento (ZANETI JR., 2016, p. 355-356).

VINCULATIVIDADE DAS DECISÕES PERSUASIVAS INVOCADAS PELAS PARTES EM SUAS MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS

Porém, nem toda decisão judicial forma precedente. Com efeito, Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 21) divide as decisões proferidas pelos Tribunais Brasileiros entre *precedentes* e *jurisprudência persuasiva*. Em suas próprias palavras (ZANETI JR., 2016, p. 21), “os chamados ‘precedentes persuasivos’ ou ‘*de facto*’” devem ser “desconsiderados como precedentes, sendo agregados a uma categoria [...] denominada ‘jurisprudência persuasiva’”; opção teórica adotada “justamente para marcar fortemente a passagem de um modelo de ‘jurisprudência’” (em que as decisões não vinculam, embora o seu conteúdo possa produzir certo grau de convencimento) “para um modelo de ‘precedentes’” (que vinculam independentemente de o julgador considerar suas razões boas ou ruins). Nessa perspectiva, são precedentes, no Direito Brasileiro, as hipóteses elencadas no artigo 927 do código de 2015 (*precedentes normativos formalmente vinculantes*).

Todas essas hipóteses possuem em comum o fato de que o exercício interpretativo exigido para sua construção, bem como o contexto funcional em que estão inseridas funcionam de modo que se

reconstrua o conteúdo normativo do direito positivo⁵ com o declarado intento de que as decisões fruto dessa atividade interpretativa sejam, no futuro, enfrentadas e, por assim dizer, espelhadas dentro dos esquemas hierárquicos do Poder Judiciário. Afinal, um modelo de precedentes procura “conferir *racionalidade* ao sistema, garantindo a aplicação da constituição e das leis, mesmo quando interpretações ativistas dos juízes procurem negar vigência e validade aos direitos nelas previstos” (ZANETI JR., 2017, p. 326). É que, na precisa observação de Zaneti Jr. (2017, p. 315), a instituição de um Poder Judiciário supõe a existência de “meios de controle sobre a racionalidade de suas decisões de forma a garantir a uniformidade e a continuidade do direito para todos os casos análogos futuros.”. Portanto, a racionalidade é, assim, havida e guardada primeiro em razão de um modelo de precedentes propor “um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle de sua aplicação, na qual prepondera a função das cortes de vértice”, e, secundamente “porque fundado na regra de universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros.” (ZANETI JR., 2017, p. 359). O que com isso queremos dizer é que a qualidade de precedente supõe uma *finalidade (rectius: pretensão) de universalização* típica de um sistema de *stare decisis*⁶, que objetiva a racionalização do Direito como interpretado e aplicado por toda a hierarquia judiciária. É

⁵ Afinal, “serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas.” (ZANETI JR., 2017, p. 354); ou, ainda, conforme aduz Neil MacCormick (2005, p. 144): “*much case law takes the form of gloses upon statute law*”.

⁶ “*El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual*”. (ALEXY, 2007, p. 262). Na precisa definição de Mauro Cappelletti (1992, p. 81-82), esse princípio “opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes*”, e por isso não se limita “a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto, com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada”. Segundo Cappelletti (1992, p. 82), por força desse princípio, “uma vez não aplicada pela *Supreme Court* por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘*on the blocks*’, é tornada ‘*a dead law*’, uma lei morta”. No ponto, cf, ainda: ZANETI JR., 2016, p. 310-313.

justamente essa finalidade que possibilita albergar as hipóteses contidas no art. 927 dentro de um modelo racional de precedentes⁷.

Desse modo, precedente, materialmente compreendido⁸ e vinculante, cinge-se àquelas hipóteses em que o judiciário atua de modo a proferir decisão com *pretensão de universalidade* (ZANETI JR., 2017, p. p. 350 e 358-359) findada na conferência de racionalidade ao sistema. Isso importa dizer que somente haverá precedente quando o julgador objetivar que as razões universalizáveis vislumbradas na hipótese sejam pensadas de modo que não sirvam somente para a solução do caso concreto, mas que sejam concebidas de maneira a servir de parâmetro para futuros casos análogos; como se, fundado no imperativo categórico kantiano, devesse o intérprete reconstruir a norma enquanto consciente de um *dever de agir como se existisse uma única resposta correta no Direito* que devesse ser obrigatoriamente observada e seguida por todas as demais cortes em hipóteses que mereçam ser julgadas de mesmo modo⁹. A resolução de um

⁷ Modelo no qual, segundo Zaneti Jr. (2017, p. 349), o caráter vinculante não deriva apenas da eleição legal do art. 927 (obrigatoriedade legal), mas justamente de uma obrigatoriedade racional que deriva de uma compreensão acurada de um modelo de precedentes. A nosso ver, as hipóteses do art. 927 não são precedentes somente porquanto definidos como tal (veja que o dispositivo nem sequer usa essa nomenclatura), mas pelo fato de tratarem-se de hipóteses situadas dentro de um contexto que visa conferir racionalidade e uniformização dentro do esquema judiciário brasileiro. Nessa perspectiva, há quem sustente, em doutrina, ser supérflua a discussão quanto o valor atribuído ao vocábulo *observar* no *caput* do dispositivo, se de eficácia vinculante ou persuasiva (para uma compressão das diversas posições ver: CÂMARA, 2017, p. 291-320; STRECK; ABBUD, 2016, p. 1200-1209 e NERY JR.; NERY, 2016, p. 1836-1838). O fato é que a vinculatividade daquelas hipóteses decorrem, primariamente, de sua obrigatoriedade racional, em razão principalmente da pretensão de universalidade e, ainda, do ônus argumentativo a favor do precedente que carregam. O que a lei fez foi “foi tomar opções dentro destas categorias de forma a adaptá-las especialmente às garantias constitucionais brasileiras e às necessidade do ordenamento jurídico brasileiro” (ZANETI JR., 2014, p. 333).

⁸ Entendido aqui como aqueles casos-precedentes surgidos da premissa “de que os casos iguais devem ser tratados de forma igual”; “de que existe um ônus argumentativo para superar ou afastar os casos precedentes na análise do caso-atual”; que comportam pretensão de universalidade; que conferem racionalidade ao direito e “que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas.”. (ZANETI JR., 2017, p. 350, 354 e 358-359).

⁹ Conforme leciona Marina Gascón, “[...] *the principle of universalizability requires the supposition that one right answer exists for every judge or court considered on an individual basis. The self precedent*

caso concreto que carrega pretensão de universalização, de fato, implica a concepção de que sempre que as razões universalizáveis que orientaram o precedente forem identificadas nos casos futuros, deva o mesmo direito se realizar (SANTOS; PUGLIESE, 2017, p. 393).

Deve haver, pois, *pretensão de universalidade* surgida diante de um modelo interpretativo que Ferrajoli (1966, p. 290-304) chamou de operativo. Precedente, assim, somente será a decisão que, no contexto do exercício interpretativo, devolver a norma jurídica ao ordenamento com conteúdo normativo reconstruído (ZANETI JR.; PEREIRA, 2016, p. 380) objetivando que essa nova norma (=glosa) reverbera na estrutura judiciária como forma de garantir racionalidade ao sistema (=pretensão de universalidade).

Por sua vez, as decisões qualificadas por Zaneti Jr. como jurisprudência persuasiva (p. e. acórdãos de turmas/câmaras/sessões de Tribunais, ou acórdãos de uns tribunais de segunda instância em relação a outros) não se enquadram no conceito de precedente, justamente por não serem proferidas no contexto de uma atividade uniformizadora. Ao revés, se atinem ao julgamento do direito subjetivo das partes; à justiça do caso concreto, sem ocupar-se, no exercício de sua atividade funcional, de conferir racionalidade ao direito objetivo com vistas a definir uma interpretação a ser seguida pelos esquemas hierárquicos¹⁰. Ou seja, trata-se de exercício diverso do que ocorre no julgamento plenário das cortes de vértice e no julgamento proferido por órgãos de uniformização e turmas especializadas. Afinal, podem haver posicionamentos divergentes quanto à matéria de direito entre turmas/câmaras/sessões de um mesmo Tribunal, ou entre dois Tribunais de Segunda Instância, cuja uniformização se dará, em dado momento, quando da prolação de decisões uniformizadoras

rule is precisely the manifestation of this requirement to act "as if" one right answer actually exists in law" (2012, p. 38).

¹⁰ Estas são as hipóteses que Michele Taruffo (2014, p. 12) denomina de *exemplos*. Trata-se de decisão "superficialmente semelhante ao precedente", mas que "dele se diferencia na estrutura e na função". Segundo Taruffo (2014, p. 12) "o exemplo pode desempenhar alguma função persuasiva, e é por essa razão que ele é usado, mas não desempenha uma função propriamente justificativa e, portanto, não tem eficácia condicionante ou vinculante sobre a decisão do caso sucessivo".

enquadradas como precedentes. É também por isso que decisões isoladas de turmas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal não possuem eficácia vinculante, mas somente aquelas prolatadas pelo plenário ou órgão especial, que têm caráter uniformizador.

Assim não fosse, o modelo de precedentes perderia sua eficácia. É que se os acórdãos de turmas fossem considerados precedentes e, portanto, vinculantes, as demais turmas estariam a ele vinculadas (vinculação horizontal), e aí se admitiria estabelecer-se uma ficta hierarquia entre turmas por prevenção, já que formaria precedente a turma que primeiro julgou a questão. De igual modo, considerar esse tipo de decisão como precedente permitiria situar o julgador vinculado entre decisões com *rationes decidendi* diametralmente conflitantes, especialmente se no Tribunal a que se encontra vinculado há divergência de entendimento¹¹. Se ambos os provimentos fossem precedentes estaria o julgador vinculado aos dois ao mesmo tempo, e daí estaria fulminada toda a lógica que entabula o sistema. Afinal, na ausência de um claro posicionamento a ser obrigatoriamente seguido, os precedentes voltariam a ser meramente persuasivos e o julgador vinculado certamente optaria por aquela decisão cujas razões considerasse melhor.

Por não possuir caráter uniformizador (=obrigatoriedade racional), a decisão persuasiva, se invocada, também não imporia uma decisão conforme para o juízo sucessivo (TARUFFO, 2014, p. 12). Evidência disso é o fato de que um provimento persuasivo pode ser invocado nas manifestações da parte de forma a indicar que esta decisão paradigma deve *não ser seguida*, e que, portanto, exigiria uma decisão *não-conforme* (TARUFFO, 2014, P. 12)¹². Trata-se de hipótese *negativa* que simplesmente

¹¹ Conforme alguns explicou, “semelhante status (*de precedente*) não pode ser conferido, pelo menos conceitualmente, às decisões exaradas pelas turmas/câmaras/sessões que não se dedicam a definir, em substituição aos seus plenários/órgãos especiais, como deve ser aplicado o Direito a determinados campos da seara jurídica, pois quanto a elas poderá haver divergência de posicionamento dentro do próprio Tribunal.”. (destaque não contido no original) (MADUREIRA, 2017, p. 132).

¹² Por isso mesmo é persuasiva; serve para tentar influir no convencimento do julgador por construir raciocínio no sentido de que a *ratio decidendi* do paradigma é ruim e de que a norma do caso em julgamento deve ser outra, notadamente, melhor.

inexiste quando se opera precedentes. Quando invocado, ao revés, o precedente, em função justamente da pretensão de universalidade que alberga, e por fruto de uma atividade uniformizadora, é sempre *positivo*, ou seja, exige que a decisão do órgão vinculado ao precedente represente entendimento nele espelhado.

A despeito disso, o inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC-2015 culmina por vincular o julgador também a decisões persuasivas invocadas pelas partes, quando *assenta que padece de vício de fundamentação a decisão/sentença/acórdão que deixar de seguir, não apenas precedentes, mas também enunciados de súmula e jurisprudência* invocados pela parte, “sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Enfim, não se considera fundamentado, nos precisos termos da lei processual, o *decisum* que deixar de seguir o provimento jurisdicional invocado pela parte em suas razões, a não ser que o julgador demonstre a existência de distinção ou superação.

Está claro, então, que, no que concerne à necessidade de sua observação pelos julgadores, as decisões invocadas pelas partes em suas manifestações processuais (jurisprudência persuasiva) receberam do legislador tratamento normativo semelhante ao que foi conferido aos precedentes. O que ocorre é que, ao contrário do que ocorreria normalmente com a indicação de uma decisão persuasiva - que como anota Taruffo (2014, p. 12) “não sugere, e muito menos impõe uma ‘decisão conforme’” -, o legislador brasileiro optou, por meio deste dispositivo, justamente pelo contrário: *que se imponha ao juízo sucessivo observância à decisão persuasiva invocada pela parte, exceto se o julgador verificar tratar-se de hipótese de superação ou distinção*. Em outras palavras, o dispositivo parece atribuir caráter vinculante também às decisões persuasivas.

Essa espécie de decisão não é, ontologicamente, uma *decisão precedente*, por não ter sido proferida em caráter uniformizador, sendo, portanto, desprovida de pretensão de universalidade formulada no contexto de uma atividade interpretativa operativa e racionalizante. Contudo, ela pode ser invocada para demonstrar se tratar o caso em julgamento e o caso paradigma de hipóteses que merecem a mesma noção de justiça e a mesma

exegese normativa por serem hipóteses *substancialmente* iguais¹³. Isso significa, quando invocam decisões persuasivas em suas manifestações processuais, as partes atestam existir no caso-atual razão substancial que estabelece os predicados relevantes para que ambas as situações sejam tratadas da mesma forma (SANTOS; PUGLIESE, 2017, p. 388). Destarte, a isonomia impõe que o julgador do caso-atual não decida de modo distinto. Do contrário, ter-se-ia que admitir que ou a decisão paradigma ou a decisão sucessiva é injusta.

Diferentemente de precedentes, todavia, as decisões persuasivas invocadas pelas partes não obrigam o juízo sucessivo por serem racionalmente dotadas de caráter uniformizador. Se os precedentes são automaticamente vinculantes, porque proferidos com pretensão de universalidade (seu objetivo é uniformizar o direito em vinculação horizontal e vertical, e por isso sua aplicação independe de manifestação da parte, isto é, eles podem - na verdade, devem - ser trazidos a lume de ofício pelo juízo sucessivo¹⁴), as decisões persuasivas são desprovidas dessas qualidades. Elas somente vinculam os julgadores porque o legislador fez

¹³ A ressalva da necessidade de substância no que se considera igualdade ou diferença é imperativa por princípio formal de justiça. Isso porque não basta tratar de igualdade ou diferença, mas de igualdade e diferença *relevante*. Afinal, tratar casos como iguais ou diferentes requer que se estabeleça um motivo ou princípio para o tratamento dispar ou análogo. Conforme explicita Neil Duxbury (2008, p. 175), “[...] *there is no substantive justice in determining, for example, that all white people should be treated alike because they are white. Demonstrating the likeness of cases means settling on a principle to govern their treatment: for example, if we decide that anyone who satisfies a particular definition of poverty deserves special welfare entitlements, then A and B, claimants in different cases but both fitting the definition of poverty, should be entitled to the same treatment*”.

¹⁴ Aliás, é justamente por sua utilização na fundamentação de uma nova decisão judicial que o precedente é de fato revelado como tal. Independentemente de no momento prolação do precedente haver consciência acerca do exercício de uma atividade uniformizadora, aquela decisão em específico somente assumirá feição de precedente e cumprirá seu papel se, de fato, reverberar no julgamento dos órgãos vinculados. Nesse contexto se revelam importantes as palavras de Nelson Nery Jr. e Georges Abboud (2013, p. 430), ao afirmarem que a análise a respeito do “precedente judicial não pode perder de vista que ele não constitui decisão-piloto apta a solucionar diversos casos paradigmas. Ou seja, o Tribunal Superior, ao julgar um *leading case*, não pode determinar que ele tenha valor de precedente judicial, posto que somente se, historicamente, ele for utilizado na argumentação das partes e na fundamentação de novas decisões judiciais é que ele começará a ganhar o status de precedente”.

essa opção jurídico-normativa, quando positivou a regra jurídica descrita no inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do código de 2015.

Especificidade da superação das decisões persuasivas

Contudo, um específico cuidado deve ser adotado para que semelhante vinculatividade das decisões persuasivas (que, como exposto, resulta de uma opção legislativa, e não da ordem natural das coisas) não desnature o modelo de precedentes adotado pelo código de 2015. É que a decisão precedente somente pode ser superada pelo mesmo Tribunal ou por Tribunal Superior, conceito que permite que se guarde respeito à hierarquia vertical e horizontal que viabiliza o nosso modelo de precedentes vinculantes. Posto isso, se os órgãos vinculados pudessem superar os precedentes que são obrigados a seguir, não existira vinculatividade em primeiro lugar e retornaríamos a um modelo persuasivo, de *exemplos*, em que as decisões pretéritas não vinculam os julgadores. Como as decisões persuasivas invocadas pelas partes em suas manifestações processuais não são precedentes, porque não são proferidas com caráter uniformizador, *o conceito de superação para a sua aplicação deve ser diferente daquele entendido para o overruling de um precedente vinculante.*

O que propomos é que se entenda que é suficiente à configuração da superação, quando se cogita do caráter vinculante de uma decisão persuasiva, que o Tribunal a que esteja institucionalmente vinculado o julgador tenha se posicionado de forma distinta da decisão invocada como paradigma (diferentemente do que ocorre com os precedentes, em que a superação deve ser feita pelo próprio Tribunal que firmou o precedente). Com efeito, se o Tribunal que firmou a decisão persuasiva precisasse superá-lo para que um juiz de primeiro grau de outro Estado, ou outro Tribunal, pudesse afastá-lo com base em *overruling*, quem uniformizaria as decisões não seriam o Supremo Tribunal Federal (matéria constitucional) ou o Superior Tribunal de Justiça (matéria de lei federal), nem o Tribunal local a que se encontra vinculado o julgador, mas o Tribunal local que

decidisse primeiro. Haveria, desse modo, a formação de uma espécie de hierarquia institucional por prevenção.

Enfim, no regime do código de 2015 os julgadores precisam seguir as decisões persuasivas trazidas pelas partes em suas manifestações processuais; a não ser que tenham condições de afirmar que há distinção entre o caso concreto e o caso paradigma e/ou superação do acórdão invocado; sendo que, no que diz respeito à superação, o juiz de primeiro grau supera a persuasiva invocada fazendo referência à existência de precedente (orientação do plenário ou órgão especial do Tribunal local a que se encontra vinculado ou dos Tribunais de Cúpula e demais hipóteses previstas no artigo 927) ou de decisão persuasiva do Tribunal local; que a supera a supera firmando (ou fazendo referência) a precedente (orientação do seu plenário/órgão especial e dos plenários/órgãos especiais dos Tribunais de Cúpula e demais hipóteses prevista no artigo 927) ou a decisões persuasivas dos Tribunais de Cúpula.

Cotejo analítico e vinculatividade das decisões persuasivas

Outro ponto que precisa ser destacado, e que merece especial observação de juristas e intérpretes, relaciona-se ao modo como a decisão persuasiva invocada deve ser empregada nas razões processuais para que seja possível atribuir a ela a eficácia vinculante anteriormente referida. A ressalva é importante porque se tornou corriqueira na prática jurídica a transcrição, em petições, defesas, recursos e até mesmo em decisões judiciais, de um sem-número de ementas ou enunciados de súmula descontextualizados e sem qualquer discriminação dos fatos e dos fundamentos que orientam o resultado exposto pela decisão ou precedente paradigma.

Contudo, a atribuição de eficácia vinculante a uma decisão persuasiva pressupõe, como ocorre com os precedentes, o cotejo analítico entre o caso em tela e o julgado paradigma. Afinal, não é a ementa, ou a súmula, que vincula os julgadores; tampouco os vincula o resultado do julgamento; o que os vincula é a *ratio decidendi* dela emanada (SUMMERS.

1997, p. 370); que, ademais, precisa ser constatada na análise da decisão precedente pelo juízo sucessivo (caso-atual)¹⁵.

A observância desse cuidado é imprescindível para que se constate, nos casos concretos, *o que é vinculante* na interpretação jurídica encartada no acórdão paradigma e *o que é obiter dictum*. Até porque somente a partir da comparação é que se poderá atestar a similitude em substância havida entre o caso concreto e o caso paradigma, de maneira a se justificar a imposição de uma mesma justiça a ambas as hipóteses. Trata-se de exercício similar ao que ocorre quando na interposição de recurso especial com fulcro em dissídio jurisprudencial, contexto em que a parte é obrigada a fazer o cotejo analítico entre ambas as hipóteses, de modo a identificar seus fundamentos determinantes e a justificar a necessidade de decisão conforme pelo juízo sucessivo¹⁶. A ser de outro modo a parte estaria a invocar a *summa* do entendimento (que não necessariamente equivale à *ratio decidendi*¹⁷) encartado em ementa ou enunciado de súmula como se fosse *norma geral e abstracta*, quando, na verdade, traduz *norma geral e concreta*.

Essa particularidade dos precedentes, que se estende às decisões persuasivas em razão da regra jurídica positivada no inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do código de 2015, consistente na sua qualificação (de ambos: precedentes e decisões persuasivas invocadas pelas partes) como *norma geral e concreta* (e não como *norma geral e abstracta*), impede que se extraia da simples transcrição de ementas e súmulas a singularidade entre o caso concreto e o caso paradigma, e, por conseguintes, a vinculação dos julgadores à interpretação jurídica invocada. Sem que se proceda

¹⁵ Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, “uma *rule* é criada para futuros casos quando ocorre de chegar ao Judiciário um ‘*case of first impression*’, ou seja, um caso que deva ser decidido sem que lhe aplique precedente algum: um caso novo. O que será a *ratio decidendi* neste caso (= *rule*) pode ser determinado expressamente na decisão. Mas o que usualmente ocorre é que a *rule* é definida na decisão subsequente” (2012, p. 44).

¹⁶ Conforme afirma Aleksandar Peczenik (1996, p. 37) “*la forza normativa del precedente in quanto tale è la forza dell’analogia tra i casi: casi analoghi dovrebbero essere risolti in modo simile*”. Ou seja, e isso também vale para decisões persuasivas: quanto mais forte for a analogia entre as hipóteses tão mais será necessária uma decisão conforme. No caso das persuasivas, todavia, o esforço da constatação dessa analogia deve partir das partes, dada a opção político-normativa externada no texto do inciso VI do parágrafo 1º do artigo 489 do código de 2015.

¹⁷ Até porque o seu descobrimento resulta do esforço interpretativo realizado no juízo sucessivo.

à descrição dos fatos e dos fundamentos determinantes da decisão paradigma e o seu cotejo analítico com o caso concreto não se percorre o percurso argumentativo do juízo precedente, e tampouco se demonstra a vinculatividade dos precedentes ou das decisões persuasivas invocadas. Enfim, o caráter vinculante das decisões judiciais (sejam elas precedentes, ou decisões persuasivas invocadas pelas partes) somente pode emanar do exercício argumentativo; nunca da síntese do resultado; sob pena e risco de que se configure usurpação de atividade típica do Poder Legislativo, pela via da artificiosa atribuição a ementas e enunciados de súmula da conotação de *normas gerais e abstratas*.

CONCLUSÕES

Com essas considerações, esperamos haver induzido a compreensão de que o inciso VI do parágrafo 1º artigo do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015 confere às decisões persuasivas invocadas pelas partes em suas manifestações processuais eficácia vinculante semelhante àquela atribuída aos precedentes, e que, posto isso, elas somente podem deixar de ser observadas pelos julgadores quando lhes for possível afirmar a distinção entre o caso concreto e o caso paradigma e/ou a superação do entendimento invocado. Porém, é preciso advertir, em vista dessa conclusão, que, para que semelhante opção política legislativa não desnature o modelo de precedentes: (i) é suficiente à *superação* da decisão persuasiva invocada pela parte a existência de precedente (orientação do plenário ou órgão especial do Tribunal local a que se encontra vinculado ou dos Tribunais de Cúpula e demais hipóteses previstas no artigo 927) ou de decisão persuasiva do mesmo Tribunal local; (ii) os julgadores não se vinculam automaticamente a ementas e enunciados de súmula transcritos nas peças processuais, sendo necessário, para tanto, o esforço da parte (i) em traduzir, em suas manifestações, o percurso lógico-argumentativo do julgador pretérito, o que pressupõe a descrição de seus fatos/fundamentos determinantes e a identificação da *ratio decidendi* da decisão persuasiva

invocada e (ii) em comparar, tendo em vista os seus fatos/fundamentos, o caso concreto e o caso paradigma (cotejo analítico).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo código de processo civil. Revista de Processo. São Paulo, vol. 264, p. 281-320, fev. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processo civil, v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- DUXBURY, Neil. The nature and authority of the precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Milão, n. 43, 290-304, 1966.
- GASCÓN, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; PULIDO, Carlos Bernal (Ed.) On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, vol. III. Stuttgart/Sinzheim: Franz Steiner Verlag/Nomos, 2012.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Antecipação da tutela por evidência e os precedentes obrigatórios. Revista de Processo. São Paulo, vol. 242, p. 521-550, abr. 2015.

- MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law: legal reasoning and legal theory. New York: Oxford University Press, 2005.
- MADUREIRA, Claudio Penedo. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017 (no prelo).
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis vs. Direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre et. al. (Org.). Novas tendências do processo civil. Salvador: JusPODIVM, 2013.
- PECZENIK, Aleksander. Sui precedenti vincolanti de facto. *Ragion Pratica*. Bologna, n. 6, p. 35-43, 1996.
- SANTOS, Ramon Ouais Santos; PUGLIESE, William Soares. A teoria dos precedentes como uma teoria normativa da jurisdição. *Revista de Processo*. São Paulo, vol. 272, p. 375-398, out. 2017.
- SCHAUER, Frederick. Precedents. *Stanford Law Review*. Stanford, vol. 39, p. 571-605, fev. 1987.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil (Orgs). São Paulo: Saraiva, 2016.
- SUMMERS, Robert Samuel. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert Samuel. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, n. 2, 2014.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

- _____. Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- _____. Precedentes (treat like cases alike) e novo código de processo civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. Revista de Processo. São Paulo, vol. 235, p. 293-349, set. 2014.
- ZANETI JR. Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? Revista de Processo.. São Paulo, vol. 257, p. 371-388, jul. 2016.

ANÁLISE DE MEIOS E INSTRUMENTOS PROCESSUAIS LEGITIMADORES DO PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA

Pedro Machado Tavares¹
Pedro Lube Sperandio²

INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) inicia seu conjunto sistematizado de dispositivos processuais no título “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”, no qual, logo em seu artigo primeiro, preceitua:

Art. 1.º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Ainda que saibamos que toda a legislação tupiniquim deva estar, formal e substancialmente, compatível com a Constituição Federal, fez bem o legislador em deixar evidente essa exigência própria dos países democráticos, porquanto fica claro que o texto legal do novo Código Processual Brasileiro foi pensado e construído a partir dessa premissa, diferentemente do Código revogado, o que certamente trará a concretização não apenas dos valores e normas processuais constitucionais, mas do direito material da parte, o qual precisa ser satisfeito de forma justa e em tempo razoável, consoante determina nossa Lei Maior.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador. Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail: pedrot8a@hotmail.com.

² Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela FGV-RIO. Pós-graduando em Direito Tributário e Processo Tributário pela FDV. Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. E-mail: Pedro.lube.sperandio@gmail.com.

Nesse cotejo entre o Novo Código de Processo Civil e a Constituição da República Federativa do Brasil, o presente artigo jurídico apresentará, sem a pretensão de exaurir a temática, a relação entre a Democracia, a qual representa o regime político-jurídico brasileiro, e o Processo Civil, na perspectiva de efetiva participação das partes, terceiros interessados e comunidade social na formação do direito que será certificado em uma decisão judicial apta a se tornar indiscutível e imutável, a qual, em algumas hipóteses e se presentes os requisitos para tanto, poderá até formar precedente normativo vinculante a todos os órgãos jurisdicionais brasileiros, fato que levará a decisão judicial da qual se extrairá o precedente fonte normativa primária e formal do direito brasileiro, o que traz uma ainda maior necessidade se conferir legitimidade democrática ao processo civil.

Nesse sentido, será que o Novo Código Processual Civil Brasileiro (Lei n. 13.105/2015) trouxe meios e instrumentos processuais pelos quais se permitirá a efetiva participação de atores não estatais na formação do direito que será certificado em uma decisão judicial (ato típico estatal)? Caso positivo, tais meios e instrumentos se mostram suficientes para garantir a legitimidade democrática do processo a partir da efetiva influência na construção do direito? Essas são as principais indagações pelas quais o presente artigo gravitará em torno.

Assim, será analisado, sinteticamente e sem a pretensão de exauri-los, os principais meios e instrumentos processuais previstos no Novo Código Processual Civil que guardam relação com o processo civil democrático na perspectiva de efetiva participação e influência na concepção e formação do direito (re)construído no Poder Judiciário, cujos efeitos, em algumas hipóteses (v.g., precedentes), poderá atingir todos de forma geral. Após, será analisada o potencial garantidor da legitimidade do processo civil desses principais meios e instrumentos processuais na perspectiva que aqui se cuida para, por fim, apontar algumas considerações finais e conclusões que serão extraídas do desenvolvimento da pesquisa bibliográfica.

PROCESSO E DEMOCRACIA

Como cediço, democracia é participação. Participação na vida política do Estado, participação na construção do direito. Enfim, é o regime político-

jurídico do povo, para o povo e pelo povo, pelo qual se permitirá a qualquer cidadão a possibilidade de participação nos atos dotados de *imperium* emanados através do Estado, sendo de todo importante um conjunto definidor de garantias pelos quais se permitirá ocorrer essa participação.

A legitimidade democrática do Poder Judiciário advém, segundo Zaneti Junior (2017, p. 228-230), de duas razões: a uma, porque decorre da Constituição democraticamente constituída e das leis que, com compatibilidade formal e substancial, a seguem; e a duas, porque a Função Jurisdicional desempenhada pelo Poder Judiciário é, regra geral, inerte, o que impõe a necessidade de provocação por ente dotado de legitimidade para postular em Juízo, revelando a natural independência e imparcialidade próprias dos Órgãos Jurisdicionais que devem sempre decidir condizente com o ordenamento jurídico democraticamente posto.

A Constituição da República Federativa do Brasil ofertou aos cidadãos diversos meios pelos quais o mesmo poderá participar da vida política do Estado, como o direito à candidatura, a petição para defesa de direitos, o mandado de segurança, a ação popular, o voto, o referendo, o plebiscito, dentre diversos outros meios que garantem essa ampla participação do cidadão comum no desenvolvimento da política. No processo civil, entendido como instrumento de jurisdição finalizado através de uma decisão judicial cujos efeitos atingirão imperativamente todos que se encontram no âmbito do espaço que envolve a situação jurídica processualmente discutida, a legitimidade democrática é também encontrada na possibilidade (que se torna direito) de participação e influência na construção dessa mesma decisão judicial.

Assim, parece inarredável a conclusão de que o processo civil democrático brasileiro, para gozar da necessária legitimidade que o dota de autoridade e respeito, deve ofertar, através da expressa inserção de dispositivos processuais que o prevejam, um conjunto de instrumentos, meios, mecanismos e institutos de ordem processual que garantam a efetiva participação e influência, tanto no desenvolvimento do processo quanto no resultado por ele alcançado, às partes, terceiros interessados e à própria comunidade social eventualmente a ser atingida através dos efeitos consequentes de uma decisão jurisdicional prolatada em um processo cooperativo.

Nesse diapasão, serão analisados alguns meios e instrumentos processuais que parecem ir ao encontro dessa perspectiva que garante legitimidade democrática ao processo através da possibilidade de participação e influência no procedimento que será findado por uma decisão judicial no processo civil brasileiro.

INSTRUMENTOS E MEIOS PROCESSUAIS DEMOCRÁTICOS PREVISTOS NO NOVO CPC

Seguindo uma ordem cronológica de alguns meios, modos e instrumentos democráticos previstos no Novo Código Processual Brasileiro que permitem a participação das partes e demais interessados na formação do direito a ser certificado ao final do processo através da prolação de uma decisão judicial e que não foram previstos, ao menos expressamente, no Código de Processo Civil revogado, vemos, primeiramente, nos artigos 6º, 9º e 10, a concretização de uma participação mais influente das partes no julgamento da demanda, senão vejamos:

Art. 6º. todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9.º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência

II – às hipóteses de tutela de evidência, previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Ainda que haja entendimento que advogue a tese segundo a qual essas regras processuais estariam vigentes no Código revogado em razão de uma leitura constitucional, tais regras foram, ao menos expressamente, criadas pelo novel Código Processual Civil Brasileiro, o qual foi enfático em afirmar a regra geral da necessária dialética argumentativa que o processo

deve primar ao indicar taxativamente as hipóteses em que uma decisão poderá ser proferida sem oportunizar à parte sobre a qual a decisão recai de modo desfavorável se manifestar.

Sobre o dever de cooperação inserto no artigo sexto do novo diploma processual, o mesmo imprime uma norma fundamental que natura o processo civil como uma comunidade de trabalho dirigida por uma ideia de colaboração, onde “o juiz tem o dever de cooperar com as partes a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de um diálogo efetivo, mais franco, aberto e ponderado” (MARINONI, 2017, p. 79).

No artigo dez do Novo Código de Processo Civil acima referenciado, há um dever por parte do órgão jurisdicional de oportunizar às partes se manifestarem sobre fundamentos pelos quais pretende decidir a lide, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício, o que possibilita a apresentação de novos argumentos capazes de afastar os fundamentos pelos quais o juiz pretende solucionar a questão por parte das partes.

Seguindo a ordem cronológica proposta, vemos, no artigo 138, o instituto do *amicus curiae*, regrado pela primeira vez na história dos Códigos Processuais Civis Brasileiros do seguinte modo:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§1.º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do §3º.

§2.º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§3.º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Apesar de já aplicado por alguns Tribunais Brasileiros mesmo antes da vigência do novo Código, o novo regramento expresso no Novel Código

Processual Brasileiro do instituto do *amicus curiae* traz, em realidade, um direito de requerimento de participação em demandas de relevância e repercussão, além da prerrogativa de o magistrado (juiz ou relator) solicitar a participação de ente com representatividade adequada para contribuir ao desenvolvimento do processo com apresentação de fatos e argumentos que guardam pertinência temática com o objeto da lide e que, portanto, terá o condão de contribuir para abertura de percepções outras que ampliam o horizonte de quem vai decidir. Importante mencionar que apenas a decisão que inadmitir a participação do “amigo da corte” está sujeito a recurso (agravo de instrumento ou agravo interno, a depender da decisão ser proferida, respectivamente, por juiz singular ou relator), sendo irrecurável a decisão que admitir, o que parece revelar um maior prestígio e valor pela busca de um procedimento democrático através da participação de terceiros no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Também novidade no Código Processual Brasileiro Novo é a audiência de saneamento compartilhada, o que parece trazer e desejar uma atuação mais participativa das partes no processo naquelas causas de maior complexidade de fato ou de direito, quando então o processo será saneado, isto é, organizado para produção de provas e delimitação de questões fáticas e jurídicas, de modo cooperativo, parecendo atrair, conseqüentemente, o processo para um feixe mais democrático em razão da participação das partes na instrução processual. Tal dispositivo que exige a designação da audiência de saneamento quando presentes os requisitos de complexidade de fato ou de direito (art. 357, §3º) pode ser entendido como decorrência lógico-positiva da cláusula geral de negociação processual prevista no artigo 190, a qual inegavelmente oferta às partes uma participação mais incisiva no procedimento. Vejamos a íntegra do art. 357, §3º:

§3.º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (grifo nosso).

Conforme se verifica no verbo dever acima grifado presente no dispositivo transcrito, este dever processual de o juiz designar audiência também parece revelar uma maior preocupação democrática no trâmite

procedimental que levará ao resultado da demanda a partir da participação das partes na construção desse *iter*.

Vejam, doravante, o artigo 489, §1º, IV, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, abaixo transcrito, *in verbis*:

§1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. (grifo nosso)

Tal preceito processual que revela a regra processual que consubstancia o dever de enfrentamento dos argumentos por parte dos órgãos julgadores, malgrado alguns sustentarem a coerente tese segundo a qual poderia ser extraído dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa previstos na Constituição Federal e, por isso, já deveria ser aplicado mesmo na vigência do código revogado, concretizou expressamente tais princípios ao estabelecer de modo claro e imperativo o dever processual de enfrentamento das razões aduzidas pelas partes processuais, sendo, deveras, o único meio pelo qual pode-se aferir a legitimidade democrática do processo na perspectiva de influência dos argumentos deduzidos pelas partes a partir da consideração pelo órgão julgador desses mesmos argumentos. Processo democrático não é processo que apenas permite a participação, mas sim aquele que, além de ofertar a ampla participação na formação do direito, permite que haja influência no resultado da demanda a partir do dever de expresso enfrentamento dos argumentos deduzidos no processo. Tais argumentos a serem considerados não são apenas aqueles deduzidos pelas partes, mas sim por todos aqueles que de alguma forma participam do processo para uma decisão de mérito justa (*v.g.*, razões apresentadas por *amicus curiae*).

Também como novidade colacionada de forma expressa no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, é prevista a audiência pública, instituto a partir do qual pessoas com experiência e conhecimento na matéria debatida no processo podem ser ouvidas para ampliar o horizonte não apenas dos órgãos julgadores, mas também das partes e demais sujeitos processuais que participam do processo de modo cooperativo para um resultado justo e efetivo em tempo razoável. Previstos nos artigos 983,

§1º, e 1.038, II, que tratam, respectivamente, do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos especial e extraordinário repetitivos, é aplicado, contudo, a toda causa que exija uma maior abertura de participação de interessados e pessoas com autoridade na matéria, com intuito de democratizar o debate e conferir maior legitimidade ao resultado da demanda.

Por fim, sem a pretensão de esgotar a temática, mesmo porque há outros diversos instrumentos, mecanismos e institutos processuais legitimadores democráticos do processo na perspectiva de participação e influência de sujeitos não estatais na formação ou (re)construção do direito, chama-se a atenção para a regra processual que consubstancia o dever de o órgão julgador apreciar todos os fundamentos invocados no processo de formação de precedente, sejam favoráveis ou contrários à tese jurídica discutida, prevista no artigo 984, §2º, do Novo Código Processual Brasileiro, aplicado expressamente ao procedimento de formação de precedente no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, mas também incidente sobre todos os procedimentos capazes de levar à criação de um precedente por um Tribunal brasileiro, porquanto trata-se de regra que legitima o resultado do julgamento em razão da consideração dos fundamentos invocados por todos que participaram do processo, garantindo influência de todos os sujeitos processuais na decisão judicial e democratização processual³.

LEGITIMIDADE DOS INSTRUMENTOS E MEIOS PROCESSUAIS

Delineado sumariamente alguns meios, institutos e instrumentos processuais previstos no Código de Processo Civil de 2015 acima vistos, percebe-se uma maior aproximação do novo texto processual com a Constituição Federal (a perceber, *ab initio*, pela leitura do primeiro artigo da Lei processual) e, conseqüentemente, com um dos pilares que sustentam o modo de organização e funcionamento das Instituições Públicas através

³ Nesse sentido, Braga, Didier Júnior e Oliveira (2016, p. 485): “(o processo) não mais pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica *individualizada* (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral”.

do estabelecimento do regime político implantando pela nova ordem constitucional, qual seja, democracia, o que implica na consolidação de uma nova operatividade processual baseada na construção de uma autoridade imanente à uma decisão judicial a partir da efetiva participação de atores processuais que, em razão da prática de atos processuais e através de modos e exigências determinadas pela lei processual que confirmam a influência desta participação, consegue angariar um maior grau de legitimidade para a jurisdição civil brasileira.

Os artigos 9º e 10 corroboram com esta ideia ao exigir um dever de dialeticidade processual por parte dos sujeitos processuais, sobretudo direcionado ao juiz da causa, o qual passa a ter o exposto dever de consultar as partes antes de decidir com base em algum fundamento ainda não discutido no processo.

A possibilidade de participação do *amicus curiae*, outrossim, agora dotado com os mínimos poderes processuais estabelecidos pela principal lei processual, quais sejam, apresentar embargos de declaração de qualquer decisão e recursos contra a decisão que julgar casos repetitivos, também aparenta trazer maior legitimidade ao processo na medida em que consegue ampliar o horizonte perceptivo de conhecimento, informações, subsídios, argumentos e fundamentos do órgão jurisdicional, possibilitando, pois, uma decisão com amplitude suficientemente corpulenta a considerar melhor a causa de pedir e as futuras consequências advindas dos efeitos executórios da decisão judicial, o que inegavelmente democratiza o debate e permite que a decisão jurisdicional seja fruto de todas as razões e considerações apresentadas no processo⁴.

⁴ Sobre o assunto, confira lição de Luiz Guilherme Marinoni: “Atualmente, uma vez que a adequada discussão está ligada à função essencialmente pública de definição do sentido do direito, estimula-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e consequentemente elaboração do precedente. Nesse sentido, por exemplo, admite-se a intervenção de amici curiae no recurso repetitivo, os quais são terceiros interessados na formulação do pretendente - e não, certamente, na simples resolução do litígio. A intensidade da discussão, que antes dependia do interesse dos litigantes, hoje é fundamental para a legitimação da Corte. A abertura à participação e ao debate, que não tem como não influir sobre o procedimento recursal, tem repercussão sobre o comportamento dos julgadores, que se veem obrigados a responder às expectativas geradas pela maior participação e pela intensificação do debate. O Ministro não é mais um expectador, que pode decidir friamente sem reagir às alegações dos seus pares e dos advogados, mas alguém que, num ambiente de permanente questionamento e discussão, expõe e testa seus argumentos

As audiências de saneamento compartilhado e pública, na mesma esteira do instituto do *amicus curiae*, descentraliza o poder de direção processual a partir da convocação, seja das partes, seja de terceiros interessados, para melhor instrução do processo (no caso da audiência de saneamento) e consideração de razões de decidir (na hipótese da audiência pública). A propósito, as audiências públicas vêm contando com cada vez mais interessados. Tomando como referência as audiências públicas promovidas pelo STF, observa-se um aumento no número de inscrições, a exemplo da última convocatória para instruir a ação movida pelo PSOL, que pugna pela descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, onde foram recebidas 501 inscrições⁵. Parece não restar dúvidas quanto a aceitação de tais medidas, bem como sua capacidade de concretização da democratização do processo a possibilitar uma decisão de mérito justa e efetiva.

A pormenorização do modo de (dever) ser das decisões judiciais através da norma do artigo 489, §1º, IV, do Código de Processo Civil de 2015, a qual exige a consideração, por parte do órgão julgante, de todas as razões apresentadas pelas partes para fundamentar seus respectivos pleitos, talvez seja a pedra-de-toque da legitimidade democrática da jurisdição civil brasileira na medida em que tal imposição revela a preocupação do legislador em se ter processos jurisdicionais justos e legítimos, dos quais emanarão decisões judiciais com autoridade de se tornarem imutáveis, indiscutíveis e aptas a ocasionarem efeitos práticos na vida das pessoas. Resta claro, portanto, que decisão judicial que oportuniza a participação dos atores processuais, mas que não as considera, é decisão ilegítima e nula de pleno direito, devendo ser objeto de anulação por parte do órgão revisor para, em seguida, haver a prolação de decisão judicial que efetivamente enfrente as razões trazidas pelas partes para efetivo controle da legitimidade, ainda que formal, da decisão judicial.

e colabora para a elaboração da decisão do colegiado” (MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 12).

⁵ Outros exemplos foram as audiências públicas nas ações que tratavam a respeito do direito ao esquecimento (18 participantes), ao Marco Civil da Internet (23 participantes) e ao Novo Código Florestal (22 participantes). O assunto foi notícia no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/audiencia-publica-acao-aborto-500-inscricoes>>. Acesso em 03 mai. 2018.

CONCLUSÃO

Através de uma leitura processual voltada à análise do procedimento que resulta na (re)construção do direito a partir da prolatação de uma decisão judicial apta a se tornar indiscutível e imutável, além de formar precedente em algumas situações, a partir da legitimidade democrática na perspectiva de participação e influência das partes, terceiros interessados e demais sujeitos processuais, foram examinados alguns meios, instrumentos e institutos processuais previstos dogmaticamente no Novo Código de Processo Civil Brasileiro que conferem essa legitimidade através do oferecimento da participação no processo para a formação do direito de modo a influir no resultado da demanda por meio das razões, argumentos, fundamentos e informações trazidas ao processo pelas partes e terceiros interessados.

A criação de alguns desses instrumentos, bem como a consagração na lei de alguns outros que já eram aplicados mesmo na vigência do Código passado, revelam uma maior preocupação do legislador do novo Código Processual Brasileiro com a necessária legitimidade democrática do processo que sempre termina através de uma decisão judicial cujos efeitos necessariamente devem ser suportados pelas partes, mormente em tempos da instituição de um sistema de precedentes pelos quais os Tribunais Brasileiros passam a criar normas jurídicas de observância obrigatória a todos os órgãos jurisdicionais que encontram-se vinculados àquela corte.

A análise, ainda que perfunctória, de alguns modos, meios, instrumentos, mecanismos e institutos processuais através dos quais se concretiza, no desenvolvimento do processo civil brasileiro aplicado, o princípio democrático de possibilidade de participação e influência no seu principal fim, qual seja, tutela jurisdicional justa, adequada, tempestiva e efetiva, mostra-se absolutamente relevante para que o processo civil brasileiro sempre se desenvolva de modo a garantir não apenas o princípio democrático nesta perspectiva de participação e influência, mas também de possibilitar interpretações pelas quais se extraíam normas jurídicas compatibilizadas com a legitimidade do processo a partir da aceitação por parte da sociedade de um modelo no qual as decisões proferidas pelo Poder Judiciário tenham autoridade pelo seu modo de ser e não pela imposição formal prevista em lei.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 11ª Edição Salvador: Juspodivm, 2016. v.2.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: RT, 2017, vol.2.
- POMPEU, Ana. Tema sensível: audiência pública sobre ação que discute aborto já tem mais de 500 inscrições. Consultor Jurídico, 02 maio. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/audiencia-publica-acao-aborto-500-inscricoes>>. Acesso em 03 mai. 2018.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

O PAPEL DA COMPREENSÃO E DA INTERPRETAÇÃO NA APLICAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES

Maria Clara Queiroz Araújo¹

INTRODUÇÃO

O papel da compreensão e da interpretação no direito é de grande relevância para aplicação das súmulas vinculantes aos casos concretos, visto que apenas é possível aplicar o que primeiramente se compreende e se interpreta à luz do ordenamento jurídico vigente.

Desse modo, o presente estudo objetiva analisar como ocorrem os fenômenos da compreensão e da interpretação e o seu papel no campo do direito, para fins de atestá-las como condição de possibilidade para a aplicação das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal no âmbito do processo judicial.

Assim, fixadas as premissas hermenêuticas, será demonstrada a relevância da atividade de compreender e interpretar para o correto aplicar da Súmulas Vinculantes(SV's), considerando os fundamentos jurídicos relevantes e as particularidades fáticas da demanda judicial.

Antes de adentrar a problemática subjacente ao tema escolhido, necessário definir algumas premissas utilizadas como ponto de partida do estudo, quais sejam: o conceito do ato de compreender e o papel da compreensão no Direito.

Prosseguindo, proceder-se-ão observações sobre a criação do direito pelo magistrado ao aplicar Súmulas Vinculantes aos casos concretos, principalmente, ao se considerar os regramentos introduzidos pelo Código

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, ingresso no Semestre 2017/1. Assessora de Juiz no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Endereço Eletrônico: mc.qaraujo@gmail.com.

de Processo Civil de 2015, quanto à eficácia das decisões proferidas em conformidade com as SV's.

Portanto, proceder hermeneuticamente a compreensão dos enunciados de súmulas vinculantes, com o confronto da tese sumular com os fatos determinantes do caso concreto à luz do ordenamento jurídico, é condição de possibilidade para a aplicação adequada das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal no processo judicial.

A IMPORTÂNCIA DA COMPREENSÃO NO DIREITO

De início, necessário fixar a premissa segundo a qual o sujeito apenas adquire conhecimento por meio da linguagem e descreve o mundo a sua volta por meio de atos linguísticos. E uma das características da linguagem é a ambiguidade, isto é, as palavras, expressões e enunciados remetem a mais de um sentido, e outra é a vagueza, que consiste na falta de precisão do significado de uma palavra.

Assim sendo, compreender significa entender a significação do mundo, e a Hermenêutica é o estudo do compreender: perscrutar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele emite o enunciado textual, descobrindo por trás da linguagem o discurso (HERKENHOFF, 2005, p. 5-6).

Carlos Maximiliano (1975, p. 13) assevera que a Hermenêutica tem por objeto o estudo e a organização dos processos empregados para definir o sentido e o alcance das expressões do Direito. Logo, a interpretação equivale à realização da Hermenêutica.

Assim, compreender significa um constante procedimento de comparação entre o sentido dado pelos pré-conceitos do intérprete e o exame de pertinência desses pré-conceitos com a ideia de tradição - coerência histórica compartilhada por meio da linguagem (SCHIMTZ, 2015, p. 109).

Destarte, o círculo hermenêutico é o método pelo qual se valerá o intérprete, a partir da consciência de seus pré-conceitos, para fixar a distinção entre as pré-compreensões legítimas e as ilegítimas, impedindo

a contaminação do processo interpretativo pelas pré-compreensões inautênticas do jurista (ZANETI JR.: PEREIRA, 2016, p. 30).

No tocante ao círculo hermenêutico, Karl Larenz (1997, p. 286) ilustra o procedimento da seguinte forma:

[...] uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas.

Conforme exposto, definir o papel da compreensão no direito é de vital importância para a formação do juízo para a adequada aplicação de Súmulas Vinculantes, já que para se aferir a correto sentido e alcance das teses sumulares é preciso compreendê-las e interpretá-las.

O aplicador do Direito não pode imprimir discricionariedade no momento da compreensão do texto normativo, haja vista que a afirmação no sentido de que o intérprete sempre outorga sentido ao texto não indica a autorização para atribuição de significado de forma arbitrária como se texto e norma estivessem separados de forma autônoma (STRECK, 2012, p. 43).

No mesmo sentido, Gadamer (2002, p. 75) sustenta que esse constante projetar de novo é o que realiza o processo semântico de compreender e de interpretar, movimento circular de ir ao texto e voltar a si mesmo, configurando a chamada circularidade hermenêutica, que no campo de Direito, é formada pela inteligência do enunciado normativo pelo intérprete caminhando da lei ou do precedente aos fatos e vice-versa.

Portanto, proceder hermeneuticamente a compreensão dos enunciados de súmulas vinculantes, com o confronto da tese sumular com os fatos determinantes do caso concreto à luz do ordenamento jurídico,

é condição de possibilidade para a aplicação adequada das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal no processo judicial.

A RELEVÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Originalmente, a interpretação era entendida apenas como atividade que de modo racional e deliberado visa à compreensão e elucidação de sentido de um texto levando em conta as palavras que o compõem (HABERLE, 2002, p. 14).

Nessa lógica, no que tange à atividade de interpretar, Karl Larenz (1997, p. 283) expressa que

o intérprete tem presente os diferentes significados possíveis de um termo ou de uma sequência de palavras e pergunta-se sobre qual é aqui o significado correto. Para tal, interroga o contexto textual e seu próprio conhecimento do objeto de que no texto se trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso, assim como outras circunstâncias hermeneuticamente relevantes, que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado procurado.

Notadamente sobre a interpretação no campo do Direito, entende-se que interpretar, em seu conceito fundamental, consiste em conhecer, em saber a essência da norma jurídica, o que ela significa, os seus fins, os motivos do seu aparecimento e as causas de sua produção (COELHO, 1981, p. 182).

Interessante trazer à baila a construção elaborada por Nelson Saldanha (1992, p. 267) segundo a qual toda a interpretação jurídica pressupõe um conhecimento prévio e embasamento teórico na ordem social vigente em dada época e local, composta pelas ordens política, econômica e jurídica.

Nessa perspectiva, o jurista conhece o Direito com a profundidade básica para interpretar as leis adequadamente as leis e, com base no seu conhecimento técnico-científico, afastar os obstáculos que surgirem no caminho da interpretação (FRIEDE, 2004, p. 160).

Há diversos métodos interpretativos elencados pela Hermenêutica Jurídica como modelos para uma interpretação legítima, podendo ser citados a título de exemplo o método gramatical ou literal, o racional ou lógico, o sistemático, o histórico e o teleológico.

Explicando brevemente tais técnicas interpretativas, têm-se que a interpretação gramatical ou literal remete à busca do sentido do texto a partir do significado e alcance de cada palavra que o compõe; a interpretação racional ou lógica focaliza no sentido do texto como conjunto de signos que formam uma significação; a interpretação sistemática destaca a relação do texto interpretado com os demais enunciados normativos que compõem o ordenamento jurídico; a interpretação histórica leva em conta os antecedentes normativos de elaboração do texto legal; e a interpretação teleológica enfatiza os fins almejados pela lei.

Nesse sentido, ao tomar a lei como elemento determinante da interpretação do direito, reconhece-se como objetivista o pensamento que se vale da lei como um dado jurídico pronto e acabado, de modo que ao jurista seria concedida a função de simples exposição do sentido nela inserido por alguma autoridade externa. A postura subjetivista, por sua vez, denota o despreendimento do intérprete desse envoltório da lei e o declara como um legítimo criador de sentidos (STRECK, 2014, p. 103).

No entanto, mesmo levando em conta as distinções entre as correntes subjetiva e objetiva da interpretação do Direito, analisando-se todo o substrato teórico apresentado, conclui-se que, de qualquer maneira, a vontade da lei (*voluntas legis*) almejada traduz-se em vontade do juízo que afirma o sentido da lei (*idem*, p. 105).

Dentre uma das consequências percebidas pelos juristas com a formulação de uma Teoria da Interpretação foi justamente a distinção entre texto e norma jurídica. O texto, ou enunciado normativo, expressa um documento elaborado por uma autoridade, enquanto norma jurídica segundo Ricardo Guastini (2005, p; 23-24) é o significado da atribuição de sentido desse texto normativo. Essa diferenciação foi importante para perceber que enunciado normativo pode desencadear diversas normas

jurídicas, cada qual com sentido diferente, de acordo com a construção dos seus elementos por meio do intérprete (ALEXY, p. 2017, p. 54).

A separação entre texto e norma é proclamada por diversos juristas e permitiu compreender que o direito não é somente um conjunto de documentos normativos, mas um sistema de normas jurídicas. Estas não estão pré-constituídas à interpretação, a construção de sentido proporciona a compreensão do direito a ser aplicado.

Nessa toada, a noção de interpretação é fundamental para entender a aplicação do Direito em uma sociedade moderna, sobretudo a aplicação das Súmulas Vinculantes, pois é a partir do ato interpretativo que é desenvolvido um processo intelectual em que se conhece o sentido da norma jurídica e postula sua validade, bem como garante a sua adequada e justa aplicação (TARELLO, 1974, p. 389).

Com efeito, perante as inúmeras Escolas de Hermenêutica e as mais variadas espécies de interpretação do Direito, constata-se que não há definição quanto ao momento e às situações que deve se fazer uso de cada uma das regras metodológicas de interpretação (STRECK, 2005, p. 92). Diante de tantas incertezas sobre os limites e regras de interpretação, necessário indagar: se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta, diante da inexorável indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição (Idem, 2014, p. 46).

Ademais, o Novo Código de Processo Civil, ao introduzir o sistema de precedentes no Brasil, elenca algumas técnicas processuais que privilegiam a imutabilidade das decisões proferidas com base em Súmulas Vinculantes, como por exemplo: o óbice na admissão de recursos (art. 932, IV²) e o julgamento de improcedência liminar (art. 332³).

2 Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) *súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*

b) *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*

c) *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

3 Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da

Assim sendo, exsurge-se a comprovação do papel interpretação jurídica como condição de possibilidade da aplicação das Súmulas Vinculantes, na medida em que interpretar as teses sumulares, conforme seus fundamentos determinantes, e a partir dos limites contidos nos princípios constitucionais, minimiza a possibilidade de perpetrar injustiças nas soluções dos casos concretos.

A APLICAÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES

Como afirmado, a interpretação, juntamente com a compreensão, consiste numa tarefa prévia, impreterível para a aplicação do Direito. Tal aplicação significa submeter o fato concreto à norma jurídica que o regule, por meio de uma decisão.

Tomando o direito num sentido mais amplo, deve-se compreender sua aplicação como algo que integra a realidade do que se conhece por direito, seus princípios, com os valores subjacentes, e o exercício do poder revelado na sua incidência sobre as condutas humanas. Logo, o interpretar está inserido no aplicar e o aplicar o exterioriza (SALDANHA, 1992, p. 267).

Em síntese, em relação à tripartição do fenômeno hermenêutico (compreensão – interpretação – aplicação), Lenio Luiz Streck vaticina (2012, p. 75):

Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico.

citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p. 270-271) anota que na Hermenêutica Contemporânea não há divisão entre interpretação e aplicação, eis que a concessão de significado é efetivada em conjunto com a existência prática, produzindo como resultado a norma jurídica.

Porém, o simples ato de interpretar não é suficiente para garantir a adequada aplicação do direito, sob pena de estabelecer um sistema extremo de livre apreciação, o qual o julgador decide e valora o caso com base na sua consciência. Existem limites em sua aplicação, que é controlada por meio da fundamentação das decisões judiciais.

Neste diapasão, necessário se faz diferenciar a decisão e a escolha. A decisão jurídica não pode ser o ato em que o juiz perante diversas possibilidades de respostas ao caso concreto escolhe aquela que considera mais adequada. Realmente, decidir não é a mesma coisa que escolher. A decisão não ocorre por uma escolha, senão pelo compromisso com a compreensão daquilo que a sociedade construiu como direito (STRECK, 2012, p. 105-106).

Salienta-se que tal crítica à subjetividade não significa submeter o juiz a leis que violem a Constituição, enquanto conjunto de princípios, pois a atividade do Poder Legislativo está sob a verificação da jurisdição constitucional, sendo que dentro do Estado Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Executivo ou Legislativo está avesso ao controle de constitucionalidade (Idem, p. 111).

Nessa esteira, a aplicação das Súmulas Vinculantes nas Decisões Judiciais significa identificar os fundamentos determinantes dos casos precedentes que deram origem à sumulação, realizando a comparação com os contornos fáticos da demanda em exame com o fulcro de subsumir os enunciados sumulares ao caso concreto.

CONCLUSÃO

O estudo da compreensão e interpretação jurídicas se mostra de grande relevância para o aprimoramento da aplicação das Súmulas

Vinculantes do STF, uma vez que tais atividades consistem em condição de possibilidade para o emprego das teses sumulares nos casos concretos.

Têm-se que a análise da reconstrução do direito pelo intérprete proporciona uma maior discussão sobre os métodos de utilização das Súmulas Vinculantes, a fim de delimitar a premissa de que a compreensão e interpretação dos enunciados sumulares perpassam pela investigação das circunstâncias fáticas dos julgados que deram origem à sumulação e pela fixação dos fundamentos jurídicos relevantes a serem empregados na demanda judicial.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Fernando L., Lógica Jurídica e Interpretação das Leis, Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FRIEDE, Reis Roy. Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II: complementos e índice. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Trad. BINI, Edson. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HERKENHOFF, João Batista. Como aplicar o direito (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política. Ed. rev. Ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975.
- SALDANHA, Nelson. Ordem e Hermenêutica, 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- STRECK, Lenio. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- _____. O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: Uma Crítica Hermenêutica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, jan./dez. 2005.
- _____. O que é isto – decido conforme minha consciência?. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TARELLO, Giovanni. Diritto, enunciati, usi: Studi di teoria e metateoria del diritto. Il Mulino, Bolonha, 1974.
- ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da Decisão no Código de Processo Civil: uma Ponte entre Hermenêutica e Analítica?, Revista de Processo, n. 259, 2016.

NOTAS SOBRE O MODELO DE PRECEDENTES DO CPC/2015 E AS DECISÕES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Alexandre dos Santos Lopes¹

INTRODUÇÃO

Precedentes judiciais e Administração Pública. É justamente nosso objetivo. Correlacionar “dois mundos”, duas propostas de trabalho que, invariavelmente, não dialogam. Muito, é bem verdade, por falta de premissas que os aproximem.

Há, ainda, uma constatação. Ela se origina a partir da inobjetável evidência do avanço no Brasil dos estudos em torno da teoria dos precedentes, sem, contudo, um correspondente aprofundamento teórico das respostas relacionadas à incidência desse fenômeno no âmbito da esfera pública.

Precedentes judiciais e Administração Pública é tema que ainda assusta alguns; noutros, causa estranheza e até mesmo, em alguns casos, um indisfarçável sentimento de escárnio. De certa forma, compreendo tais sentimentos; não os condeno.

Penso que é chegada a hora de avançarmos nessa trincheira. Noutros termos, tirar o diálogo da sombra e, em alguma medida, colocar luz sobre o debate. Nosso maior objetivo é construir pontes entre essas margens. Nesse intento, a questão ganha maior relevo com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). Anteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, já apresentara sinais e

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialização em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” (FPCC) da UFES. Professor. E-mail: aslopes.73@gmail.com.

evidências que apontavam para a recepção (mitigada) no direito brasileiro de um modelo próprio e específico de precedentes judiciais.

Evidenciavam-se, com o surgimento das súmulas vinculantes, os primeiros reflexos da teoria dos precedentes judiciais a incidir na Administração Pública. Porém, o fenômeno adquire novos impulsos com o modelo de precedentes judiciais, com características normativas e formalmente vinculantes estatuídos pelo Código de Processo Civil de 2015 (ZANETI JR., 2016).²

Fita-se, ao menos tendencialmente, novamente a atenção para as relações jurídicas administrativas e os reflexos dessas *inovações emergentes*.

Isso porque, tal qual o modelo propugnado no CPC/2015, com gênese constitucional, o precedente judicial, a partir de um ônus argumentativo próprio, revela efeitos externos à jurisdição e ao processo, demonstrando aptidão para incidir com vinculatividade específica, enquanto comando normativo, na Administração Pública e, por consectário, nas relações que decorrem desse peculiar regime jurídico. Busca-se, destarte, uma metódica e um ônus argumentativo adequado a essa realidade.

Noutra margem, por sua vez, constata-se que a partir da segunda metade do século XX, na esteira das transformações que envolveram a ordem jurídica administrativa com superação/reexame dos enfoques doutrinários clássicos, migramos do *ato ao processo*.

O modelo estatal/autoritário cedeu espaço ao modelo de administração processualizada, ativa, democrática (participativa), horizontal e pactuada/consertada. Viu-se emergir o processo administrativo como resultado da reivindicação de uma *democracia administrativa*, no qual o módulo processual se manifesta como garantia dos direitos fundamentais no exercício da atividade administrativa, além de revelar aptidão para traduzir os elementos antecedentes à edição do próprio ato administrativo.

Nos dias atuais, porém, novos desafios se apresentam. Fala-se em precedentes judiciais (norma-precedente) – por força de seu efeito externo – impactando a ordem jurídica administrativa. Daí se exigir daqueles que

² Com ineditismo, conferir, amplamente: ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, *passim*.

manejam o processo administrativo noções quanto a preceitos afetos à teoria dos precedentes, sobretudo o modelo de precedentes (normativos e formalmente vinculantes) encartado no Código de Processo Civil de 2015.

A questão fica mais clara quando se observa, por exemplo, a previsão do art. 15 do novo Código de Processo Civil, que estabelece, na ausência de normas, a aplicação subsidiária de disposições do CPC/2015 aos processos administrativos. Para tanto, pressupõe-se, de primeiro, a existência de lacuna normativa e, de segundo, a compatibilidade das normas do novo CPC/2015 com a lógica específica da função administrativa.

É nesse contexto, não por acaso, que uma das normas que tem suscitado maior atenção da doutrina é justamente aquela que diz respeito à fundamentação das decisões em âmbito administrativo. Sobre o tema, o Código de Processo Civil trouxe, em especial, o dever de fundamentação adequada de natureza analítica (art. 489, parágrafos 1º e 2º).

O presente artigo, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, busca traçar algumas notas de interconexidade entre o modelo de precedentes do CPC/2015 e as decisões no âmbito do processo administrativo.

Nesse contexto, buscar-se-á, com amparo no processo administrativo, identificar como o modelo de precedentes judiciais em conexão com a Administração Pública poderá conferir logicidade ao sistema de litígios envolvendo o Poder Público, além de coerência e racionalidade ao sistema jurídico em sua integralidade, aí compreendida as esferas judicial e administrativa.

O MODELO DE PRECEDENTES NORMATIVOS E FORMALMENTE VINCULANTES E SUA INTERCONEXIDADE COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DE *PADRÕES DE REFERÊNCIA*

Já adiantamos que os precedentes, ao menos no modelo inserto no CPC/2015, podem ser (i) normativos formalmente vinculantes ou (ii) normativos formalmente vinculantes fortes.

Nesse sentido, identificam-se os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (controle de constitucionalidade concentrado e as súmulas vinculantes, art. 927, incisos I e II, CPC/2015) e os precedentes normativos formalmente vinculantes sem vinculação forte (previsões contidas no art. 927, incisos III, IV e V, do CPC/2015). Deles, por ora, não iremos tratar.³ Importante, antes, fixar outras premissas.

O modelo de precedentes completa o círculo de interpretação, propondo, a partir de lógica própria, um ulterior fechamento do discurso jurídico por uma metodologia de controle, isto é, método de vincular a discricionariedade do juiz na interpretação da lei, controlando a sua autoridade em bases democráticas.

Ademais, ressaltamos que não há, no modelo propugnado, conflito entre lei válida e norma-precedente. A preferência sempre será da lei. Fala-se, assim, em interpretação operativa, que, na essência, representa uma glosa ao sistema normativo (acréscimo de conteúdo ao ordenamento jurídico).

Estamos, na verdade, diante de um exercício de efetiva cooperação entre legislador, tribunal/juiz e autoridade administrativa. O que só é possível se considerarmos a cultura constitucional que reverbera influxos direcionados à ordem jurídica administrativa; fala-se em ônus argumentativo adequado e específico na formação, aplicação e/ou superação daqueles precedentes que revelam aptidão para impactar a Administração Pública.

O principal questionamento a ser respondido é se há compatibilidade entre precedente judicial, tendo como referência o modelo descrito no CPC/2015 (normativo e formalmente vinculante), e a Administração Pública, aqui entendida enquanto ordem institucional com regime jurídico específico. Mais especificamente, buscaremos responder se há compatibilidade teórico-dogmática entre o modelo de precedentes judiciais e a ordem jurídica administrativa.

³ Para melhor delineamento, conferir: ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, *passim*.

No entanto, há um ponto-chave que deverá nortear o desenvolvimento deste ensaio. Quando falamos em precedente judicial com aptidão para incidir efeitos na Administração Pública será preciso calibrar o grau de intensidade da intervenção judicial.⁴ Essa premissa tem implicação, a um só tempo, na *formação*, na *aplicação* e na *superação* do precedente judicial. O efeito externo do precedente judicial não deve ignorar tal condição. É possível, assim, conciliar esse raciocínio com a ideia de uma interpretação realista/cética, moderada e responsável.

Dessa forma, é necessário traçar nessas linhas iniciais *padrões de referência* que servirão de suporte teórico ao desenvolvimento deste artigo. Deles não poderemos nos afastar, sob pena de subverter o substrato teórico que aqui se propõe. Logo, de imediato, esses padrões precisam ser fixados/assimilados de forma a garantir uma passagem segura nas linhas subsequentes.

Com efeito, é preciso que haja uma logicidade nessa proposta.⁵ Para tanto, estruturamos o seguinte quadro de referência:

⁴ Com olhar atento ao ponto, Susana Henriques da Costa exorta-nos no seguinte sentido: “No desempenho dessa atividade político-jurídica, fica evidenciada a necessidade de incorporação de algumas novas características à função judicial. Não é possível julgar conflitos sobre alocação de recursos públicos ou mesmo sobre reforma estrutural do Estado da mesma forma que se julgam conflitos subjetivos privados. A função judicial politizada deve ser consequencialistas, estratégica e mediadora.” (COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In.: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Susana Henrique da Costa (coordenadores). Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397-421, esp. p. 403)

⁵ Quadro de referência desenvolvido a partir dos estudos de: KRELL, Andreas J. *Discrecionabilidade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 108; BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro, Renovar. 2014, p. 253 e ss.

| Quadro de Padrões de Referência | | |
|--|--|--|
| Ônus argumentativo | Grau de intervenção | Justificativa para os <i>standards</i> |
| | Quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intensa deverá ser a intervenção judicial. | O Poder Judiciário deverá atentar para a tipologia da norma jurídica incidente ao caso (regras, conceitos indeterminados e princípios), de modo a utilizar escrutínio em grau proporcional à densidade da norma em questão, privilegiando os valores legitimidade democrática, segurança jurídica e racionalidade sistêmica na organização e funcionamento dos órgãos do Estado. |
| Precedente judicial formado para incidir com alto grau de intervenção na Administração Pública | Quanto maior o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau de intervenção judicial (<i>judicial review</i>). | A intervenção judicial deve ocorrer tanto em relação a atos legislativos (controle de constitucionalidade), como em relação a atos administrativos (controle de juridicidade), privilegiando a defesa dos direitos básicos dos cidadãos/administrados, especialmente daqueles umbilicalmente ligados ao arcabouço jurídico-institucional da democracia. |

* continua.

| Quadro de Padrões de Referência | | |
|--|--|--|
| Ônus argumentativo | Grau de intervenção | Justificativa para os standards |
| | Quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intensa deverá ser a intervenção judicial. | O Poder Judiciário deverá atentar para a tipologia da norma jurídica incidente ao caso (regras, conceitos indeterminados e princípios), de modo a utilizar escrutínio em grau proporcional à densidade da norma em questão, privilegiando os valores legitimidade democrática, segurança jurídica e racionalidade sistêmica na organização e funcionamento dos órgãos do Estado. |
| Precedente judicial formado para incidir com alto grau de intervenção na Administração Pública | Quanto maior o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau de intervenção judicial (<i>judicial review</i>). | A intervenção judicial deve ocorrer tanto em relação a atos legislativos (controle de constitucionalidade), como em relação a atos administrativos (controle de juridicidade), privilegiando a defesa dos direitos básicos dos cidadãos/administrados, especialmente daqueles umbilicalmente ligados ao arcabouço jurídico-institucional da democracia. |

* continua.

| | | |
|---|--|---|
| <p>Precedente judicial formado para incidir com baixo ou médio grau de intervenção na Administração Pública</p> | <p>Quanto maior o grau de <i>tecnici-</i> <i>de</i> da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intensa deve ser a intervenção judicial.</p> <p>Quanto maior o grau de <i>politicida-</i> <i>de</i> da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial.</p> <p>Quanto maior o grau de efeti- va participação social (Direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou no ato ou decisão objeto da controvérsia, menos intensa deve ser a intervenção judicial.</p> | <p>Privilegiam-se os valores especialização funcional e eficiência na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.</p> <p>Privilegiam-se os valores <i>legitimidade democrática</i> e <i>responsividade</i> na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.</p> <p>Privilegia-se o valor legitimidade democrática, em seus diferentes graus, na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.</p> |
|---|--|---|

Nesse sentido, a ideia é que, para além de limites, a conexão entre precedentes judiciais e Administração Pública precisa de referencial que oriente a própria vincutividade do precedente judicial no exercício da função administrativa. Até porque, como veremos, lei e norma-precedente (decorrente de glosa/acrécimo no ordenamento), cada qual com sua ontologia, revelam aptidão para preencher a *juridicidade administrativa*.

Nesse passo, constata-se absoluta integração entre o fenômeno constitucional (amplo sistema de valores da Constituição) e a Administração Pública. A vinculação da Administração Pública, superando o paradigma da legalidade formal, passa a ser diretamente do bloco de constitucionalidade/juridicidade administrativa (legalidade em sentido amplo). Em nosso sentir, somente em um ambiente administrativo fortemente marcado pelos fluxos constitucionais é que possível traçar uma sólida e edificante relação entre precedentes judiciais e Administração Pública.

Com efeito, a compreensão do amplo processo de constitucionalização da Administração Pública se torna estágio necessário para que seja possível assimilar, em sua inteireza dogmática, a possibilidade de aplicação da norma-precedente judicial no âmbito da Administração Pública.

PROCESSO ADMINISTRATIVO E PRECEDENTE JUDICIAL: BOSQUEJO QUANTO À NECESSIDADE DE RESSIGNIFICAÇÃO DA FINALIDADE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS NO MODELO DE PRECEDENTES

Não há dúvidas: migramos do *ato ao processo* (MEDAUAR, 2017). O ato administrativo integra o acervo de matrizes clássicas da ordem jurídica administrativa, sendo, por muito tempo, *figura central* das atividades da Administração Pública (SILVA, 1996, p. 99).⁶ É clássica a lição de Otto Mayer (1982, p. 126), no sentido de que “o ato administrativo é um ato de

⁶ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva refere-se ao ato administrativo como “centro da dogmática jurídico-administrativa clássica”. (cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 99).

autoridade que emana da administração e que determina frente aos súditos o que para ele deve ser direito em um caso concreto”. Dessa visão, sem muita dificuldade, evidencia-se uma ordem jurídica estática, imperativa e vertical, com forte viés autoritário.

Contudo, a partir da segunda metade do século XX, na esteira das transformações que envolveu a ordem jurídica administrativa, com superação/reexame dos enfoques doutrinários clássicos, o modelo (estatal/autoritário) cede espaço ao de uma administração processualizada, ativa, democrática (participativa), horizontal e pactuada/consertada (MOREIRA, 2003, p. 305).

Viu-se emergir o processo administrativo como resultado da reivindicação de uma *democracia administrativa*, no qual o módulo processual se manifesta como garantia dos direitos fundamentais no exercício da atividade administrativa, além de revelar aptidão para traduzir os elementos antecedentes à edição do próprio ato administrativo.⁷

Destarte, dentre os escopos do processo há de se destacar a missão de permitir a participação do indivíduo na vida política do país, espectro que decorre da própria condição de cidadão (*status activae civitatis*). Tal condição consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, isto é, o equivalente a influenciar a própria formação das normas jurídicas vinculativas (CALMON DE PASSOS, 2003).⁸

⁷ Odete Medauar explica: “Na trajetória do processo administrativo um dos passos relevantes encontra-se no artigo de Feliciano Benvenuti, “Funzione amministrativa, procedimento, processo”, editado na Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, v. 1, p. 118-145, 1952. Para este autor, a manifestação sensível da função estatal, o modo de fazer-se o ato, é o procedimento; o procedimento é a história da transformação do poder em ato; o procedimento se traduz como processo quando há atuação de sujeitos diversos daquela ao qual compete editar o ato. [...] A partir da década de 70 do século XX assistiu-se verdadeira pregação em favor de atuações processualizadas na Administração, com observância das garantias do contraditório e ampla defesa dos particulares, pessoas físicas e jurídicas.” (MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto (coord.). In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 383-395, esp. p. 389

⁸ Mais recentemente, conferir: CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do ‘amicus curie’, um terceiro especial. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 234, p. 111-141, out./dez.2003.

Nesse aspecto, o poder-dever (ou dever-poder) administrativo só faz sentido caso se revele prestimoso à promoção concreta da gestão finalisticamente orientada pela Constituição (FREITAS, 2009, p. 34).⁹ Isso, inexoravelmente, implica dizer que o administrado ao buscar a tutela jurídica administrativa precisa estar em condição/posição de não passividade perante o ente público. No entanto, isso não basta, evidentemente. É necessário também se estabelecer garantias, de forma assegurar a condição de sujeição da Administração Pública ao Direito, de modo a tornar efetivo e operante o *princípio da legalidade* (GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 452), (em sentido amplo).

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2014, p. 454) identificam o processo administrativo como a *primeira* dessas garantias, “na medida em que supõe que a atividade da Administração tem de ser canalizada obrigatoriamente por meio de determinadas vias como requisito mínimo para que possa ser qualificada de atividade legítima.” O sistema de recursos administrativos seria um *segundo* círculo de garantias, “posto que permite aos administrados reagir diante dos atos e disposições lesivos aos seus interesses e obter, eventualmente, sua anulação, modificação ou reforma”. Enterría e Fernández concluem no sentido de que o *terceiro* círculo de garantia – “sem dúvida, o mais importante” – recairia sobre juízes e Tribunais, a quem caberiam “se pronunciar definitivamente sobre a legalidade da atuação administrativa”, revisando “a *posteriori* tal atuação e anulando, no caso, aqueles atos administrativos e disposições gerais que estiverem em desconformidade com o ordenamento jurídico.”

Mirando o tema, Ada Pellegrini Grinover (1991, p. 9) identifica “um coroamento do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do devido processo legal”, no Brasil, com a Constituição de 1988, por força do art. 5º, inciso LV (*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*). Nesse tino, para a autora as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se atualmente em três planos: a) no plano

⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed., refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34.

jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo, sempre que haja litigantes. Por ora, nossa particular atenção recairá quanto ao último plano, do processo administrativo.

Nada disso é ao acaso, aleatório. Obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante às expectativas que decorreriam, a par do novo perfil que se desenhara, junto à função administrativa pública (fala-se em *erosão da teoria da Constituição* em favor do poder administrativo) (CANOTILHO, 2003, p. 29; OTERO, 2003, p. 29).¹⁰

Umberto Allegretti (1984, p. 3-6), revelando-se sensível as tendências contemporâneas em torno da nova ordem jurídica administrativa, pressupunha, em linhas gerais, que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração, vez que os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa.

A história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder; é, pois, uma garantia da Democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade. O processo passou a ser compreendido constitucionalmente como uma consequência inafastável da democracia que impregna todas as funções estatais, aí incluída, obviamente, a administrativa.

¹⁰ “A dependência administrativa da Constituição resulta, antes de mais, do tipo de Estado e do modelo de sociedade gizados pelas normas constitucionais, circunstância que dita serem as próprias normas da Constituição, as principais responsáveis pela mencionada dependência e, num certo sentido, pelas concepções reveladoras de uma certa ‘erosão da teoria da Constituição’ a favor do poder administrativo.” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra. Almedina, 2003, p. 29). Carlos Ari Sundfeld, sensível ao ponto, porém, adverte: “Nossa visão acerca do Estado decorre diretamente de sua história. A Administração Pública, no sentido contemporâneo, é muito distinta daquela do passado. No entanto, muitas das ideias e, sobretudo, muitas das formas da Administração antiga permanecem ou resistem em morrer.” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006).

Dessa forma, uma vez constitucionalizada a Administração Pública, o processo administrativo, cuidado em seus princípios essenciais, como matéria inserida no sistema jurídico fundamental do Estado, não pode ser tido senão como consectário daquela primeira decisão constituinte (ROCHA, 1997, p. 189-222).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 489), apoiando-se nas palavras de Adolf Merkel (1975, p. 278) – autor a quem se atribui o mais relevante papel de exaltar a importância da terminologia “processo” na ordem jurídica administrativa –, menciona que “a teoria processual tradicional considerava o ‘processo’ como propriedade da Justiça, identificando-o como procedimento judicial”, não sendo “sustentável essa redução, porque o ‘processo’, por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais”; sustentando que “já em 1927, [Merkel] demonstrava com incontestável lógica e inobjetable procedência que o processo não é fenômeno específico da função jurisdicional, mas ocorre na presença da lei, da sentença e do ato administrativo”.¹¹⁻¹²

Ao tratar do tema, Fazzalari (2006, p. 111) explica que “os administrativistas elaboraram a disciplina e o conceito de *procedimento*

¹¹ Bandeira de Mello ainda esclarece que: “a primeira monografia sobre o tema, que é de Tezner, jurista austríaco tal como Merkel, data de 1923 e usa também a expressão ‘processo.’” (Ibidem, p. 489, nota. n. 7).

¹² “A contribuição de Merkl, à margem de quaisquer outras considerações, deve ser entendida como decisiva, pelo menos a partir dos pontos de vista diferentes, embora indubitavelmente conexos. Em primeiro lugar, porque ao ressaltar o fato comum de pertencerem o processo judicial e o processo administrativo a uma mesma categoria geral ou conceito matriz, contribuiu para realçar a função garantidora que, paralelamente à qual o processo desenvolve em seu âmbito específico, incumbe ao processo administrativo as relações jurídicas que surgem no marco do Direito Administrativo material e, evidentemente, dos direitos e interesses dos administrados que essas relações jurídicas materiais colocam em jogo. Em segundo lugar, e em íntima relação com o anterior, porque, ao ter quebrado o monopólio judicial do processo, destacando a inexistência de interdependência estrutural ou interna entre os diferentes tipos de processos, pode perceber os riscos inerentes às tentativas de assimilação resoluto do processo judicial e o processo administrativo que, impulsionados pelo legítimo desejo de reforçar ao máximo as garantias dos administrados, tendem a ‘jurisdicionalizar’ em excesso o processo administrativo, contrariamente ao que defendem as específicas necessidades às que tal processo serve.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo II*. Carlos Ari Sundfeld (revisor). Trad. José Alberto Froes. São Paulo: RT, 2014, p. 455).

partindo exatamente do modelo das atividades de justiça, como um arquétipo óbvio, sem, porém, chegarem à constatação de que tal modelo não é exclusivo da justiça, mas sim um esquema de teoria geral”, ou seja, “utilizável e utilizado além da jurisdição em qualquer setor do ordenamento, como também, justamente, naquele da administração pública.” A contribuição de Fazzalari (2006, p. 118) reside na ideia de que “o *processo* é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” A lição do mestre italiano, passado décadas de sua formulação original, adapta-se com perfeição aos dilemas decorrentes das relações jurídicas administrativas contemporâneas.

Nesse passo, feitas essas considerações de natureza primária, retorno às ideias de Enterría e Fernández, as quais fizemos menção linhas atrás. Em um ponto estamos inteiramente de acordo: o reconhecimento do processo administrativo como *primeira garantia* do administrado que busca da tutela jurídica administrativa.

Isso porque, no Estado Democrático Constitucional “os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, *mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto.*” (MELLO, 2010, p. 490) Vale dizer, “a garantia dos cidadãos não mais reside sobretudo na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, *mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los.*”

No esquema proposto pelo módulo processual no Estado Democrático Constitucional o cidadão não encontra mais ante a si uma Administração livre, mas sim uma Administração constitucionalmente disciplinada na sua atuação (MEDAUAR, 1993, p. 62). Precisamos lembrar a lição de Paulo Otero, para quem a Administração Pública tem sempre de se mover – seja em termos organizativos, funcionais ou relacionais – na evidente subordinação da arquitetura jurídica da ordem administrativa à

Lei Fundamental, além da exigência de integração dessa ordem na unidade do sistema de valores da Constituição (OTERO, 2003, p. 29).

Em obra de referência para a doutrina brasileira, Odete Medauar (1993, p. 74) explica que “ao abrigar dispositivos sobre processo administrativo, a Constituição de 1988 filia-se à tendência contemporânea de processualização da atividade administrativa”, isso porque, sobre outro aspecto, “o processo administrativo representa um dos meios pelos quais, na atividade administrativa, se concretizam princípios e normas constitucionais”; a significar, portanto, um núcleo que abriga regras substanciais da atuação administrativa e do ordenamento.

Voltando ao preceito formulado por Enterría e Fernández, fala-se em *círculos de garantia*, dando azo, ao menos no delineamento da formulação teórica, a uma aparente ideia de escalonamento e/ou subsidiariedade. Entrementes, advertimos que essa compreensão, acaso confirmada, não nos parece encontrar, ao menos em sua inteireza, albergue na construção teórica até aqui resenhada.

Para chegarmos a tal conclusão, necessário um pouco mais de atenção. Escorados na ideia de Luigi Ferrajoli (2017), alude-se à função de garantia, enquanto função contramajoritária que asseguraria os limites e vínculos decorrentes de um modelo constitucional garantista. Saímos, então, em defesa da ideia de existência de um *núcleo de função de garantia*, ainda que em menor intensidade, em todos os Poderes, inclusive nas funções executivas.

Noutro giro, recai sobre a autoridade administrativa, numa atuação de cooperação em relação aos demais poderes e ao próprio administrado, o dever de identificar e reconhecer o grau de vinculatividade que será dado ao precedente judicial (norma-precedente) a incidir na esfera administrativa. Tais formulações buscam consubstanciar o acréscimo do modelo de precedentes judiciais enquanto regras formadas racionalmente, com pretensão de universalização, que busca conferir racionalidade ao ordenamento.

O preceito aqui estruturado – vale dizer, nossa *proposta de diálogo* – não está amparado numa perspectiva de escalonamento e/ou de

subsidiariedade. A gênese lógica de nossa formulação encontra-se baseada em um modelo dinâmico, no qual o código originário decorrente da norma-precedente, associado aos mecanismos que integram a estrutura de referência – processo judicial/efeito externo do precedente/administração pública – se interrelacionam em intenso intercâmbio para, a partir do precedente judicial formado, garantir a produção e a tutela do direito legítimo em âmbito administrativo ou judicial (sem distinção).

Como visto, a formulação que aqui se defende, pouco se confunde com preceitos de espaços descontínuos. A ideia de *revisão a posteriori* ou de *anulação dos atos administrativos que estejam em desconformidade com o ordenamento jurídico*, mencionadas por Enterría e Fernández, e amplamente aceitos pela doutrina, apenas, em nosso sentir, traduzem uma perspectiva do fenômeno.

Fenômeno, bem verdade, que, hodiernamente, revela-se cada vez mais complexo, num feixe de interconexões que tem nos precedentes judiciais uma possibilidade de fechamento do discurso jurídico. Para tanto, é preciso uma metodologia própria de controle e aplicação dos precedentes que reconheça, em âmbito administrativo, a incidência da norma-precedente. Na esfera administrativa, a forma constitucionalmente adequada para recepcionar essa realidade, sem dúvida, é o processo administrativo.

Daí, nos dias atuais, exigir-se daqueles que manejam o processo administrativo noções quanto a preceitos afetos à teoria dos precedentes, sobretudo o modelo de precedentes (normativos e formalmente vinculantes) encartado no Código de Processo Civil de 2015.

Noções, tais como, formação do precedente, aplicação do precedente, norma-precedente, *ratio decidendi*, pretensão de universalidade, similitude (condição análoga), distinção (*distinguishing*), superação (*overruling*), coerência/consistência, integridade/coerência, dentre outras, não podem mais ser encaradas como contingenciais ao módulo processual administrativo.

Pelo contrário. Precisam, doravante, ao menos em suas estruturas fundamentais, integrar o conteúdo de compreensão, de forma a

permitir às partes o adequado manuseio da norma-precendente inserta no processo administrativo.

A questão fica mais clara quando se observa, por exemplo, a previsão do art. 15 do novo Código de Processo Civil, que estabelece, na ausência de normas, a aplicação subsidiária de disposições do CPC/2015 aos processos administrativos.¹³⁻¹⁴ Para tanto, pressupõe-se, de primeiro, a existência de lacuna normativa e, de segundo, a compatibilidade das normas do novo CPC/2015 com a lógica específica da função administrativa.

Note-se, no ponto, não por acaso, que uma das normas que tem suscitado maior atenção da doutrina é justamente aquela que diz respeito à fundamentação das decisões em âmbito administrativo (REISDORFER, 2016, p. 571-597). Sobre o tema, o Código de Processo Civil, a um só tempo, trouxe um dever de fundamentação adequada de natureza analítica (art. 489, parágrafos 1º e 2º), além dos deveres de coerência e integridade de natureza hermenêutica (art. 926, *caput*) para as decisões judiciais.

Tem-se, na verdade, um *convite* ao retorno do direito processual à teoria do direito, abandonando a visão tecnicista que definitivamente marcou o código processual anterior (CPC/73). Exige-se, doravante, uma solução realista-moderada e responsável da interpretação, como revelam os dispositivos que dão conta da eliminação do “livre” convencimento judicial (art. 371), da necessidade de fundamentação adequada (art. 489, § 1.º), da justificação interna e externa, fática e jurídica, com exigências para utilização da ponderação como método de solução da colisão entre normas

¹³ CPC/2015: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

¹⁴ Registre-se que o governador do Rio de Janeiro ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5492, com pedido de medida liminar, contra dispositivos da Lei Federal 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil. Foram questionados oito dispositivos do novo CPC que violariam a Constituição Federal, entre eles a aplicação da nova lei aos processos administrativos estaduais. Até o momento, em consulta ao acompanhamento processual, a ADI, protocolada em 05.04.2016, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, encontra-se aguardando julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5492&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M.>> Acesso em: 10.01.2018.

(art. 489, § 2.º) e dos deveres de estabilidade, coerência e integridade (art. 926, *caput*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se admitir a aplicação de todas essas previsões, feitas as adaptações dogmáticas necessárias, para o controle e adequação da fundamentação das decisões administrativas. São temas que, por óbvio, no que lhe for aplicável, não podem passar despercebidos ao módulo processual administrativo, vez que, a nova ordem jurídica impõe que o direito processual – judicial ou administrativo – deve ser construído e interpretado em consonância com a Constituição Federal, a evidenciar a influência da matriz constitucional no plano infraconstitucional, em um referencial de convivência harmônica.

Deve-se afastar, mesmo em âmbito do processo administrativo, a ideia de uso de precedentes de forma mecânica, isto é, sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem discutir sua adaptabilidade ao caso-atual. O que fugir disso representa apenas um sincretismo improvisado e descuidado do tema. Descortina-se, vez por todas, o sofisma, de que a *função executiva* representa uma visão mecanicista fruto do princípio da legalidade e que pouco tem a absorver e contribuir nesse ambiente de construção da justiça.

Destarte, multiplicam-se os indícios de que, nessa conformação, será de vital importância o papel a ser desempenhado pelo processo administrativo. Daí nosso cuidado (e certa insistência) em defender o estágio atual como ambiente adequado para uma releitura do módulo processual administrativo, dotando-o de ossatura dogmática propícia à tarefa de ressignificação, cujos efeitos decorrem dos impactos trazidos à nova ordem jurídica pelos precedentes judiciais.

REFERÊNCIAS

- ALLEGRETTI, Umberto. *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*. In: *Il Foro Italiano*. p. 3-6, jul./ago. 1984.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3º ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro, Renovar. 2014.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do ‘amicus curie’, um terceiro especial*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 234, p. 111-141, out./dez.2003.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. *Revista Forense*, vol. 351.
- COSTA, Susana Henriques da. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. In.: *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Susana Henrique da Costa (coordenadores). Salvador: Juspodivm, 2017.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Trad. André Karam Trindade. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>> Acesso em: 28.02.2017.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed., refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo II*. Carlos Ari Sundfeld (rev.). Trad. José Alberto Froes. São Paulo: RT, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo II*. Carlos Ari Sundfeld (revisor). Trad. José Alberto Froes. São Paulo: RT, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Do direito de defesa em inquérito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 138, p. 9-18, jan./mar.1991.

- KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I, 2. ed. Trad. Horacio H Heredia e Ernesto Krostoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto (coord.). In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 383-395.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MERKEL, Adolf. *Teoría General del Derecho Administrativo*, trad. Mexicana, São Paulo, Nacional, 1975.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra. Almedina, 2003.
- REISDORFER, Guilherme F. Dias. A aplicação subsidiária no novo Código de Processo Civil aos processos administrativos. In: *Processo e Administração Pública*. Eduardo Talamini (coordenador). Salvador: JusPodivm, 2016, p. 571-597.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set.1997.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006
- ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

O DEVER DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTES E O SEGREDO DE JUSTIÇA

Caio de Sá Dal'Col¹,
João Roberto de Sá Dal'Col²
Lívia Dalla Bernardina Abreu³

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE TRABALHO

Como consabido, as ações que envolvem conflitos familiares têm uma forte carga fática, subjacente a cada relação delineada no seio residencial e mais íntimo. Muito embora cada família tenha suas particularidades, especificamente no que importa para o ramo do direito, as situações levadas a juízo nem sempre serão tão distintas a ponto de ser impossível uma aplicação equânime, íntegra, coerente e estável do direito.

Para a devida compreensão do tema, faz-se necessário destacar a atual tendência de aproximação dos modelos de sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*. Nesse cenário, há uma crescente valorização do *stare decisis*, isto é, do respeito aos casos julgados, em uma necessária observância, pelos juízes e tribunais, do entendimento outrora exarado em casos análogos.

Apesar de ter se desenvolvido sob as bases da *civil law*, o sistema jurídico brasileiro vem, pouco a pouco, adotando institutos típicos da *common*

¹ Aluno especial no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/ES). Advogado. E-mail: caiodalcol@hotmail.com.

² Mestre em Processo pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. E-mail: jrdalcol@hotmail.com.

³ Mestre em Processo pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/ES). Advogada. E-mail: livia_dalla@hotmail.com.

law. O CPC/2015 consagrou diversos pontos de aproximação dos modelos jurídicos, dentre eles, está, inegavelmente, a valorização dos precedentes.

Nesse contexto, referido diploma legal prescreve que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*). Como desdobramento do dever de coerência do sistema, os parágrafos do artigo 926 estabelecem que os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante e que, ao fazê-lo, devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.

Além disso, o artigo 927 prescreve que juízes e tribunais observarão, obrigatoriamente, determinados comandos judiciais. O § 1º destaca, entretanto, que, ao decidirem com fundamento no referido artigo, deve-se observar o que disposto no artigo 10 e no artigo 489, § 1º, que tratam especificamente da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais.

Portanto, não é difícil notar que a utilização dos precedentes como *razão de decidir* (fundamento da decisão) demanda a verificação e a avaliação do contexto fático de sua formação e, para que seja possível correlacionar o caso concreto e o caso precedente, ambos devem conter semelhantes razões de fato.

Justamente para viabilizar o respeito aos precedentes, o CPC/2015 consignou que a ementa dos acórdãos deverá ser publicada no Diário da Justiça Eletrônico (art. 203, §3º).

Ocorre que, especificamente no que diz respeito às decisões proferidas no âmbito do direito de família, onde há a imposição legal de sigilo, com o objetivo de proteger a intimidade dos litigantes, vislumbra-se um obstáculo ao acesso ao conteúdo das razões de decidir quanto as ementas são por demais genéricas ou, por vezes, não possuem sequer relação com o que decidido no processo e nem apontam os fundamentos mais determinantes do julgamento.

Por conseguinte, tendo em vista que terceiros, em regra, não têm acesso ao inteiro teor dos acórdãos e dos processos julgados, especialmente naqueles formados pelos tribunais de segunda instância — é preciso,

no momento de formulação das ementas, primordialmente nos casos protegidos por sigilo, que os julgadores expressem fielmente os fatos evidenciados e a aplicação do direito ao caso concreto, expondo de modo claro os fundamentos determinantes do acórdão.

Assim, o presente trabalho busca explicitar o dever dos magistrados de, nos casos em que o precedente for formado em processos protegidos pelo sigilo judicial, em especial nos processos de família, expor, além dos fundamentos jurídicos, de forma clara, também os fundamentos fáticos que ensejaram a formação do precedente – sempre, claro, preservando as partes -, de modo a permitir maior certeza, coerência, estabilidade e precisão do sistema.

O DEVER DE ESTABILIDADE, INTEGRIDADE E COERÊNCIA DAS DECISÕES COLEGIADAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES PROPOSTA PELO CPC/15

Consolidando diversas tendências já apontadas pelas reformas ao CPC/1973, e a evolução do sistema legal, o Código vigente trouxe melhor sistematização quanto ao dever de respeito às decisões colegiadas anteriores. Melhor explicando: em seu regramento legal, impôs que os juízes e tribunais sempre que forem decidir devem evitar, ao máximo, conflitar com decisões ou entendimentos outrora exarados, conferindo-se, assim, maior segurança jurídica aos jurisdicionados e, com o tempo – espera-se! –, a própria redução da litigiosidade dos conflitos, diante da previsibilidade-probabilidade da resposta esperada.

Nesse sentido, o art. 926 do CPC/2015 estabelece que “*os tribunais [e juízes] devem uniformizar sua jurisprudência [e decisões] e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Pela sua simples leitura, percebe-se a sua alta carga normativa, em imposição de forte responsabilidade institucional para os intérpretes e aplicadores do direito.

Em apertada síntese, o dever de estabilidade se relaciona com a vinculação horizontal e vertical dos precedentes, que devem ser seguidos

tanto pelo tribunal que fixou a decisão quanto por aqueles hierarquicamente inferiores. Avulta-se, desse modo, um dever de vinculatividade, prevenindo-se lacunas, inconsistências e volatilidades no julgamento dos casos concretos. Evita-se, portanto, que os órgãos hierarquicamente inferiores decidam de forma diversa e destoante daquilo que já se encontra consolidado nos tribunais em posição hierárquica superior; o que geraria decisões que, no futuro, possivelmente seriam reformadas, frustrando expectativa de vitória, de modo a não só comprometer a eficiência e a economicidade, como, também, gerando descrédito do próprio sistema jurídico.

De outra banda, o dever de integridade concerne à própria evolução do direito, cujo estágio atual de desenvolvimento é fruto de uma construção gradual, feita ao longo do tempo. Com isso, quer-se dizer que as decisões proferidas devem espelhar-se nas decisões pretéritas, em uma relação de evolução linear, de modo a obter e alcançar a melhor solução para os casos futuros. Ou seja, o sistema deve buscar evoluir sem rupturas, visando à “segurança do movimento” (ROCHA, 2004, p. 168).

Por sua vez, o dever de coerência nada mais é do que um dever de não contradição. E isso se aplica tanto na relação entre decisões proferidas por diferentes órgãos em um mesmo espaço de tempo, quanto no que concerne a pronunciamentos pretéritos, atuais e futuros.

Ademais, sem fugir ao escopo do presente trabalho, cumpre trazer breve conceituação do que consideramos enquanto precedente e jurisprudência para o presente caso.

Precedente, na dicção de Alexandre Freitas Câmara (2015, p. 433),

é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Significa isto dizer que, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, partir de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.

Deve-se destacar, ademais, que nem toda a decisão judicial poderá ser encarada enquanto um precedente obrigatório, mas tão somente aquelas que ostentarem fundamentos relevantes e que tiverem sido

construídas a partir de qualificado contraditório; que não se restrinjam a mera reprodução de texto legal ou subsunção simples do caso ao texto. Há uma necessária carga de inovação. Ainda, é de se destacar que, conforme alerta José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 01), o precedente é formado por duas diferentes partes: (i) os fatos e circunstâncias no qual surgiu o conflito levado ao Judiciário; e (ii) a tese jurídica construída no julgamento do caso (*ratio decidendi*), que ganha contornos de universalidade.

Também no que se refere aos precedentes, observa-se que eles podem ser vinculantes ou não vinculantes (meramente persuasivos). Especificamente no que tange aos precedentes obrigatórios (ou vinculantes), em nosso sentir, estes podem ser compreendidos como aqueles previstos no rol disposto no art. 927, do CPC/2015, que determina que os juízes e os tribunais *observarão*: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I); os enunciados de súmula vinculante (inciso II); os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III); os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inciso IV); e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V).

Já os precedentes não vinculantes, ainda que não imponham obrigatória observância aos juízes e tribunais, não se pode negar o seu relevante papel argumentativo e para a construção de uma melhor decisão judicial, diante de sua alta carga normativa, devendo, ao menos quando trazidos a lume, ser debatidos enquanto fundamentos (argumentos que, em tese, são capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador).

A jurisprudência, por sua vez, pode ser caracterizada como um precedente não vinculante, pois exige-se do julgador que a enfrente com uma fundamentação qualificada, tanto para aplica-la, quanto (e ainda mais!) para deixar de aplica-la. Conforme assevera Michele Taruffo (2007, p. 714), a jurisprudência é um conjunto de pronunciamentos reiterados, que

pode gozar de verdadeiro efeito persuasivo, se demonstrado que, daqueles julgamentos, é possível inferir um entendimento uniforme e sedimentado.

Para o presente estudo, importam todas as decisões colegiadas que versem sobre direito de família, pois necessitam conter ementas completas e acessíveis — que permitam à todos que tenham interesse conhecer razões de decidir e os fundamentos determinantes dos julgados.

Com efeito, é indispensável, em primeiro lugar, que as decisões colegiadas e os precedentes obrigatórios estejam disponíveis para consulta e análise para os operadores do direito e para a sociedade como um todo, a fim de possibilitar a análise das chances de êxito de eventual demanda e, inclusive, a averiguação de eventual distinção dos casos que geraram as teses jurídicas consolidadas e aqueles ora enfrentados pelas partes; sem olvidar, inclusive, da importância da publicidade adequada quando da ocasional necessidade de superação do entendimento jurídico cristalizado pelos juízes e tribunais.

Assim, em decorrência do dever de estabilidade, integridade e coerência, para a verdadeira materialização e aplicação correta dos precedentes, impende que os tribunais disponibilizem os meios necessários para o mais amplo acesso às suas decisões. Mas não só o acesso à decisão em si que se faz imprescindível. É salutar que, além do acesso à tese jurídica fixada no pronunciamento, seja também disponibilizado o acesso às circunstâncias fáticas que ensejaram determinado posicionamento judicial.

Ocorre que, apesar de prescrever a necessidade de observância das teses fixadas pela jurisprudência e aquelas cristalizadas nos precedentes judiciais, nosso ordenamento não trouxe solução expressa para os casos protegidos pelo sigilo judicial cujo acesso às circunstâncias fáticas é, em regra, limitado pelo direito à privacidade e pela necessidade de proteção especial às partes.

Por essa razão, resta patente a necessidade de um olhar mais cuidadoso e apaixonado sobre essas situações aparentemente antagônicas que, entretanto, não são inconciliáveis.

Busca-se, pois, refletir acerca dessas questões e alcançar uma compatibilização entre valores pretensamente contraditórios (sigilo e publicidade) é fundamental; viabilizando a otimização de ambos em prol do avanço do processo civil brasileiro e, por conseguinte, de uma melhor qualidade na prestação jurisdicional, da concretização dos direitos materiais e do Estado Democrático de Direito.

DEVER DE RESPEITO AOS PRECEDENTES E O SIGILO QUE RECAI SOBRE OS CONFLITOS FAMILIARES LEVADOS AO PODER JUDICIÁRIO

De início, obtempera-se que, por conta da elevada quantidade de argumentos fáticos que costumam envolver os conflitos familiares, somado à dificuldade de acesso na íntegra dos casos julgados pelos tribunais, tais pontos conjugados podem levar, inevitavelmente, a uma maior dificuldade na concretização dos deveres de estabilidade, integridade e coerência à jurisprudência. Ainda que de forma inconsciente, os intérpretes e aplicadores do direito podem ser levados a não observarem os casos já julgados em matéria de família, enquanto sustentação para os casos futuros, da mesma forma como o fazem para os demais ramos do direito. E, pior, quando o fizerem, caso o façam apenas sustentados por uma análise rasa do julgado, sem a observância de toda a análise fática, corre-se o risco de cometerem-se graves equívocos.

Em outras palavras, corre-se o risco de aplicação incorreta de precedente ou dos fundamentos dispostos na decisão colegiada sob sigilo, uma vez que a ementa não transmite satisfatoriamente o que foi julgado. E, especialmente nestes casos, em que há bastante matéria fática envolvida, existe uma necessidade maior — para a aplicação da *ratio decidendi* — de análise das razões fáticas que levaram à conclusão adotada. Ao mesmo tempo, há a proteção ao sigilo e o acesso limitado às razões fáticas, de modo que obstaculiza sobremaneira a aplicação e observância dos precedentes e julgados colegiados nos casos sob sigilo.

Destaque-se que a aplicação de um precedente exige interpretação cuidadosa, submissão ao contraditório e fundamentação reforçada que demonstre que o caso concreto deve sofrer a vinculativa influência de uma decisão anterior. Para tanto, mister se faz que também as circunstâncias fáticas que envolvem os casos de família nos quais fixados o precedente ou formada a jurisprudência estejam disponíveis de forma completa, com a possibilidade de visualização não somente das razões de decidir, como, ainda, das peculiaridades de fato que ensejaram determinado posicionamento.

Por isso mesmo, importa salientar que, nos casos de família, talvez ainda mais do que em outras áreas do direito, é relevante que seja disponibilizado o relatório da demanda decidida pelo Judiciário, tornando possível aos operadores conhecer todos os traços do caso que ensejou a decisão.

Por outro lado, não se pode descuidar dos valores que o segredo de justiça, que recai sobre determinadas decisões, visa resguardar, tais como o interesse público, os direitos da criança e do adolescente, a privacidade e a intimidade — estes últimos intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana.

Em uma interpretação conjugada, intentando proteger todos os interesses envolvidos, entendemos ser razoável a obrigatoriedade de divulgação do contexto fático de ações de estado (separação de corpos, divórcio, união estável, filiação) e ações de família em geral, *desde que* todo e qualquer dado que possibilite a identificação das partes sejam suprimidos, seja por substituição por nomes fictícios, seja pela inserção de tarjas pretas sobre referidos dados.

A princípio, pode parecer que, para a materialização do que aqui se propõe, será necessário um maior esforço por parte dos julgadores e servidores do Poder Judiciário, uma vez que, ao mesmo tempo em que deverão disponibilizar mais informações, não poderão se afastar da necessidade de proteção do direito das partes.

Ocorre que, na verdade, já se exige maior cuidado de todos aqueles que manuseiam processos protegidos pelo segredo de justiça, sejam

advogados, serventuários e até mesmo as partes, o que, no entanto, é muitas vezes menosprezado na prática forense.

Assim, é sobremaneira importante que, preservado o sigilo quanto à identidade das partes envolvidas, todas as jurisprudências e ementas dos julgados colegiados envolvendo casos de família e matéria de direito subjacente sejam disponibilizados nos sites dos respectivos tribunais; evitando-se, assim, que as decisões — seja por equívoco (já que o contexto fático não se encontra devidamente descortinado e a ementa pode não refletir a realidade do caso julgado), seja por eventuais excessos — possam, desvinculadas do caso julgado, ser pinçadas ao bel-prazer do julgador, para imprimir uma ilusória ideia de fundamentação adequada.

CONCLUSÃO

O CPC/2015 privilegiou o respeito aos precedentes, de modo que se tornou tarefa, tanto das partes quanto do julgador, conectá-los ao caso concreto.

Nas ações de estado (separação de corpos, divórcio, união estável, filiação) e ações de família em geral, que se encontram amparadas pelo segredo de justiça, faz-se urgente a viabilização de acesso ao contexto fático adjacente à tese fixada, às razões de decidir e aos fundamentos determinantes, pois somente assim será possível a realização do cuidadoso cotejo analítico do caso paradigma com o caso concreto.

Considerando que a aplicação de um precedente exige interpretação cuidadosa, submissão ao contraditório e fundamentação reforçada que demonstre que o caso concreto deve sofrer a vinculativa influência de uma decisão anterior, nos casos preservados pelo sigilo é sobremaneira importante que, preservado o sigilo quanto à identidade das partes envolvidas, todas as jurisprudências e ementas dos julgados colegiados sejam disponibilizadas nos sites dos respectivos tribunais.

Por sua vez, a divulgação e disponibilização dos julgados colegiados de modo facilitado, com a devida catalogação (demonstração dos

fundamentos determinantes, separação por assunto, etc.), é conduta necessária na construção de um processo civil cooperativo e democrático.

REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processos civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). “O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade”. In: Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2^a Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- TALAMINI, Eduardo. “Estabilidade, integridade e coerência jurisprudencial”. In: Portal Migalhas, 24/03/2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: jun./2018.
- TARUFFO, Michele. “Precedente e giurisprudenza”. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2007.

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA
E ACESSO À JUSTIÇA

A DEFENSORIA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA DE CAPPELLETTI E GARTH: BREVE ENSAIO ANALÍTICO

Tiago Figueiredo Gonçalves¹

Patrick José Souto²

INTRODUÇÃO

O atual paradigma do processo civil brasileiro, que situa o processo como epicentro da teoria processual e não mais a jurisdição (MADUREIRA, 2017, p. 54), revela a preocupação do legislador e jurista contemporâneo com um novo modelo processual, voltado para a realização da justiça a partir de um diálogo equilibrado entre todos os atores processuais e, ainda mais reluzente, a justiça como premissa e meta inarredável, passível de ser alcançada muito longe das amarras do modelo processual tradicional.

Não é demasiado afirmar que hoje se experimenta verdadeira revolução cultural na concepção de acesso à justiça, rompendo-se, de uma vez por todas, a compreensão míope de que realizar justiça pressupõe litigiosidade exacerbada, confundindo-se, de maneira reprovável, exercício

¹ Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008) e mestrado em Direito Processual Civil pela mesma universidade (2003). Atualmente é Diretor da ESA/ES, Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário do Espírito Santo, Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Professor da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (graduação e mestrado), Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Espírito Santo. E-mail: tfgoncalves2@gmail.com.

² Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2005). Professor na Fundação Educacional Presidente Castelo Branco. Defensor Público do Estado do Espírito Santo. E-mail: patricksouto@yahoo.com.br.

do contraditório com debate acalorado³, esquecendo-se por vezes que “quando se discute demasiado, afasta-se da verdade” (PubliliusSyrus).

O questionamento da velha cultura da heterocomposição judicial, um modelo pelo qual se resolve o mérito acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, está em profusão, com destaque para o olhar crítico através do qual se enxerga a perplexidade de um sistema em que um terceiro, estranho às partes, de imparcialidade anunciada, mas questionável⁴, decide um histórico de vida construído a partir de uma realidade absolutamente complexa e multifacetária.

Nessa linha de prospecção, ao encontro da concepção tridimensional do Direito (REALE, 1994), revelando preocupação com o fato social e tendo como ponto de partida o diálogo frutífero com as demais ciências sociais (CAPPELLETTI, 1994, p. 83), é que se concebe a noção de acesso à justiça, haurida por MauroCappelletti e Bryan Garth em relatório conclusivo do Projeto Florença (1978), que se transformou em consagrada obra desde a sua gênese, revelando a sua atualidade, atributo específico das obras clássicas.

A partir de dados colhidos em diversos países de variados perfis culturais foram apontados no relatório de Florença três problemas que se revestem em obstáculos que impedem, total ou parcialmente, o acesso à justiça. Tais óbices foram sintetizados em três grandes grupos, a saber: *custas judiciais, possibilidades das partes e problemas especiais dos interesses difusos* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Como soluções, ou respostas, a esses problemas os renomados pesquisadores proporam as denominadas “ondas” de acesso à justiça, sendo elas: *a assistência judiciária para os pobres, representação dos interesses difusos e um novo enfoque de acesso à justiça* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

É diante da perspectiva das ondas, verdadeiras respostas aos problemas de acesso à justiça, que este arrazoado propõe, em breve ensaio, situar a Defensoria Pública, destacada pela Constituição da República

³ Ademais, adverte Nalini: “Além disso, a ciência processual sofisticou-se e converteu a cena judiciária numa verdadeira arena de astúcias” (NALINI, 2016, p. 16).

⁴ Acredita-se que a imparcialidade não é um real atributo da natureza humana.

Federativa do Brasil de 1988 das atribuições das Procuradorias para ganhar vestes de autonomia, cujo mister constitucional merece ser observado à luz da clássica lição registrada no relatório do Projeto Florença de 1978.

OBSTÁCULOS NO ACESSO À JUSTIÇA: A ATUALIDADE DA OBRA DE CAPPELLETTI E GARTH

O acesso à justiça é tema sempre atual, pois representa expressão dos direitos humanos, inerente às aspirações do homem e à sua afirmação enquanto membro de uma comunidade. A felicidade é meta incessante e a sua busca serve de mola propulsora para impulsionar o homem na direção da realização de suas potencialidades.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth iniciam a abordagem da problemática do acesso à justiça com uma provocação materializada no questionamento que assim pode ser sintetizado: Como, a que preço e em benefício de quem esse sistema de justiça funciona?

A exata compreensão de justiça é algo que desafia juristas ao longo dos séculos. Remonta à noção romana haurida por DomícioUlpiano⁵. Diante da complexidade e fluidez da acepção do justo os coordenadores do Projeto Florença, sem correr o risco de incidirem em grave equívoco, passam ao largo da compreensão de justiça, mas destacam uma *dupla finalidade do acesso à justiça: reivindicar direitos e resolver litígios* sob os auspícios do Estado. E alertam: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08).

O primeiro obstáculo que impede o efetivo acesso à justiça identificado no projeto é o *custo econômico-financeiro*. No ponto é preciso dar a maior amplitude à noção desse custo de forma a abranger taxas e honorários profissionais, sejam eles contratuais ou de sucumbência. Ademais, alertam os autores, o custo deve ser encarado sob uma perspectiva de proporcionalidade, ou seja, a representação percentual

⁵ *Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere.*

na relação valor pago para acessar a justiça *versus* proveito econômico da causa. A conclusão invencível é de que as pequenas causas são ainda mais onerosas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 17-19).

O segundo obstáculo relatado pelos citados autores foi nominado de *Possibilidade das Partes*. A conclusão externada no relatório é clara e consiste na constatação de que alguns litigantes gozam de vantagens estratégicas de três ordens: maior quantidade de recursos financeiros, uma “capacidade jurídica” mais completa e aperfeiçoada e o fato de serem *litigantes habituais*. É possível identificar no ponto certa correlação com o primeiro obstáculo anotado, guardando, de maneira significativa, uma relação de causa e efeito entre aquele (causa) e este (efeito) (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 21-25).

No aspecto “capacidade jurídica” está compreendida a desigualdade das partes no que tange a *educação em direitos*, ou seja, um transitar entre o conhecimento e a ignorância jurídica, isto é, na capacidade de reconhecer direitos e reivindicá-los. Ademais, essa capacidade tem relação com o próprio sentir-se confortável em ambiente forense. Parece oportuna, nessa esteira, a concepção de *campo jurídico* haurida por Pierre Bourdieu, na medida em que ali o sociólogo, com aguçada sensibilidade, descreve o contrassenso existente no ambiente que, por sua natureza, deveria ser inclusivo e caminho seguro para realização de justiça:

Na realidade, a instituição de um ‘espaço judicial’ implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados permanecem de facto ele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social (BOURDIEU, 2005, p. 225).

O terceiro e último obstáculo para o acesso à justiça é a *tutela dos interesses difusos*. Tal obstáculo está ancorado em duas razões de ordem prática, quais sejam, a lógica do lucro que movimenta a sociedade

capitalista⁶ e a legitimidade para perseguir a tutela de interesses desta natureza (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26).

Conhecidos os “inimigos” do acesso à justiça, Cappelletti e Garth exibiram as armas para o combate prático, com expectativa de sucesso, pois de esperada eficácia. As armas, apresentadas na forma de propostas e intituladas *ondas de acesso à justiça*, devem ser capazes de ampliar o acesso à justiça ao nível almejado, qual seja, o universal. Não obstante, antes de investigar as soluções ofertadas, cumpre passar pela Defensoria Pública, identificando o modelo de assistência jurídica adotado pelo Estado Brasileiro e, a partir da correta assimilação, situá-la no *movimento universal de acesso à justiça* com a sua alocação nas *ondas* tratadas no Projeto Florença.

OS CONTORNOS DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E DA DEFENSORIA PÚBLICA: A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 COMO MARCO CATEGÓRICO E O TRATAMENTO DEDICADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 valeu-se de apenas um inciso e um único artigo para promover verdadeira revolução no acesso à justiça no Brasil. Previa o art. 150, §32, da CRFB/67: “Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.”. O inciso LXXIV do art. 5º, ostenta a seguinte redação: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A primeira inovação promovida pelo constituinte de 1988 se deu de maneira absolutamente sutil, tanto que a partir de uma leitura desatenta poderia nem mesmo ser percebida. Trata-se da substituição do termo *judicial* por *jurídica* quando se refere ao âmbito de prestação do

⁶ O primeiro fundamento do problema, que tem como pressuposto o oxigênio do capitalismo, é constatado pela equação de solução improvável: conciliar a dedicação do tempo ao exercício de atividades que proporcionam retorno financeiro com o insignificante, ou mesmo inexistente, proveito econômico advindo de causas coletivas. Em violações de direitos assim considerados cada parte é detentora de fração ínfima do todo prejudicado pela conduta do agente ofensor.

serviço de assistência gratuita. Com a alteração se expandiu o serviço de assistência gratuita para além dos limites do Poder Judiciário e fora das margens do processo⁷. É cláusula de importância emancipatória singular, pois reconhece a possibilidade de se acessar justiça fora da órbita judicial. O emprego do termo *integral*, também novidade trazida pela CRFB/88 franqueia a qualquer do povo, desde que hipossuficiente, a possibilidade de exercício de um direito em qualquer esfera (perspectiva horizontal) e em todos os graus de jurisdição (perspectiva vertical).

A segunda, igualmente relevante e corolário da novidade antes destacada, foi a criação de um organismo oficial para a realização da atividade de assistência jurídica gratuita. A Defensoria Pública contou com um dispositivo específico anunciando a sua instituição. Para efeito desse registro histórico e tamanha a importância no cenário do acesso à justiça, vale conferir a redação original, *verbis*: “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. Como se denota, a instituição da Defensoria Pública para prestar a assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV, da CRFB/88, foi a opção política da República Federativa do Brasil, que ditou os contornos dessa prestação, dando caráter de amplitude e generalidade, bastando o preenchimento de um único pressuposto, ser pobre conforme previsão legal.

E nesse desiderato veio a lume a Lei Complementar 80/94, Lei Orgânica da Defensoria Pública, atendendo ao disposto no art. 134, CRFB/88, organizando a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescrevendo normas gerais para a organização da Defensoria Pública nos Estados. O decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, trouxe valiosa compreensão sobre a missão da Defensoria Pública de promover o acesso à justiça no voto proferido

⁷ Acerca da diferença entre assistência judiciária e jurídica e justiça gratuita conferir: LIMA, 2010, págs. 73-74.

na ADI 3643-2/RJ⁸. Também é merecedora de registro a lição de Maria Tereza Sadek:

A atuação da Defensoria Pública tem a possibilidade de romper com uma situação caracterizada por desigualdades cumulativas. Tal traço, é definidor da realidade brasileira, retrata uma situação na qual a precariedade de renda implica precariedade em educação, precariedade da saúde, precariedade em habitação, déficit em qualidade de vida. Isto é, desigualdades que se agregam constituindo uma situação de exclusão. Nessa situação, sobra pouco espaço – se algum – para a vivência de direitos. (SADEK, 2014, p. 26).

Passo seguinte, foram promovidas substanciais alterações no texto constitucional com o escopo de aperfeiçoar essa instituição, tendo como norte ganhos quantitativos e qualitativos no desempenho de suas atividades. Com a EC 45/2004 foi conferida às Defensorias Públicas Estaduais autonomia funcional e administrativa, além da iniciativa de sua proposta orçamentária. O recado do legislador constituinte derivado foi claro: a Defensoria Pública não se sujeita, do ponto de vista orgânico, ao Chefe do Poder Executivo nos Estados, devendo ficar de fora do organograma desse Poder. O recado foi ouvido pelo Supremo Tribunal Federal⁹. No ano de 2013, foi incluído o parágrafo terceiro no art. 134, da CRFB/88, pela EC 74/2013, estendendo à Defensoria Pública da União e do Distrito Federal a disposição constante do parágrafo segundo para as Defensorias Públicas dos Estados.

Por força da EC 80/2014 foi inserida a Seção IV no Capítulo IV do Título IV da CRFB/88 para tratar exclusivamente da Defensoria Pública, passando a contar com seção autônoma e destacada da Advocacia. O *caput* do art. 134 da CRFB/88 ganhou nova redação, passando a contemplar importantes valores institucionais como a afirmação de que a Defensoria Pública é instituição

⁸ “A Defensoria Pública é o instrumento jurídico-institucional concebido pelo Estado brasileiro para permitir que as promessas constitucionais, notadamente em tema de direitos civis, econômicos e sociais, não se tornem proclamações vãs, retóricas e inconsequentes”. (Trecho do voto do Min. Celso de Mello na ADI 3643/RJ. Rel. Min. Teori Zavascki. Data de julgamento: 08.11.2006. Publicação do Acórdão no D.J: 16.02.2007)

⁹ ADI 5287/PB; ADPF 307 MC/DF; ADI 3965/MG; ADI 4056/MA, dentre outros.

permanente, expressão e instrumento do regime democrático, devendo promover os direitos humanos e a explicitação de que a defesa dos necessitados, conforme aceção do art. 5º, LXXIV, também da CRFB/88, se dá tanto na esfera judicial quanto extrajudicial, de maneira integral e gratuita, individual e coletiva.

A Emenda Constitucional sob enfoque também determinou a aplicação, com as devidas adaptações diante das peculiaridades de cada instituição, do disposto no art. 93 e art. 96, II, ambos da CRFB/88 e situados na organização do Poder Judiciário, aproximando a Defensoria Pública das prerrogativas e garantias conferidas a esse poder. Por fim, com a inserção do art. 98 no ADCT, foi firmada a premissa: “um Juiz, um Defensor Público”.

Após esse sucinto esboço histórico-legislativo da Defensoria Pública é importante avaliar o caminho escolhido pelo legislador constituinte. Para tanto, parece ser importante atentar-se para o que ressoa em âmbito internacional, mormente em instituições e Estados de perfis reconhecidamente democráticos, funcionando como valioso medidor das práticas adotadas nesta República. A Organização dos Estados Americanos – OEA em mais de uma oportunidade já se manifestou sobre a Defensoria Pública, ora incentivando os estados-membros, que ainda não criaram a instituição, que assim o fizessem, ora ressaltando o modelo e o importante papel das Defensorias Públicas nos estados-membros que já contavam com essa instituição oficial de assistência jurídica gratuita¹⁰.

No âmbito da legislação processual civil é de se notar que não havia qualquer menção à Defensoria Pública na redação original do CPC/73. Fato explicado com um argumento histórico: a Constituição Federal então vigente (CRFB/67) não previu a criação da referida instituição. A Defensoria Pública somente apareceu no texto daquele *codex* em duas únicas oportunidades e por força de inovação legislativa: no art. 585, II, a partir da redação dada pela Lei nº 8.953/94 e no art. 690, III, incluído pela Lei nº 11.382/2006.

¹⁰ AG/RES. 2656: “GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA: O PAPEL DOS DEFENSORES PÚBLICOS OFICIAIS” e AG/RES. 2714: “A DEFENSORIA PÚBLICA OFICIAL COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE”.

Cenário diverso é aquele inaugurado pelo CPC/15. A Defensoria Pública agora conta com um título próprio no código de ritos¹¹, além de outras referências no texto codificado¹². O legislador processual contemporâneo, sensível à evolução e afirmação da Defensoria Pública, positivou regras e princípios institucionais, prerrogativas de atuação dos Defensores Públicos (que se convertem em garantias da parte assistida), diretrizes de atuação para o patrocínio dos interesses da parte necessitada e a função de *custos vulnerabilis*¹³.

A DEFENSORIA PÚBLICA NAS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA

As chamadas *ondas* consistem, segundo os coordenadores do Projeto Florença, em respostas práticas para os problemas de acesso à justiça. Os autores do relatório identificaram aquilo que resolveram nominar de *movimento universal de acesso à justiça* e observaram que esse movimento apresenta fases sucessivas, mas não estanques - uma vez que se soma ao que foi conquistado na fase anterior - onde cada um dos obstáculos ganha uma preocupação especial. Em franco diálogo com a ideia de conjugação de esforços e estratégias para enfrentamento do problema é a lição de Barbosa Moreira:

A verdade é que simplesmente não existe fórmula de validade universal para resolver por inteiro a equação. Temos de combinar estratégias e táticas, pondo de lado o receio de parecermos incoerentes se, para enfermidades de diferente diagnóstico, experimentarmos remédios também diferenciados. O simplismo das palavras de ordem, já indesejável na política, revela-se aqui funesto” (MOREIRA, 2001, p. 229).

¹¹ Livro III (Dos Sujeitos do Processo) Título VII (Da Defensoria Pública).

¹² Arts. 72, Único; 77, §6º; 78; 91; 93; 95, §5º; 139, X; 152, IV, “b”; 156, §2º; 220, §1º; 230; 233, §2º; 234, §4º; 235; 270, Único; 272, §6º; 287, Único, II; 289; 360, IV; 425, VI; 455, §4º, IV; 513, §2º, II; 554, §1º; 565, §2º; 720; 784, IV; 876, §1º, II; 890, III; 947, §1º; 968, §1º; 977, III; 1.003 e 1.050.

¹³ *Verbi gratia* arts. 72, Único, e 554, §1º.

Conforme anotado no item “2” deste articulado o primeiro obstáculo tratado no relatório é o das chamadas custas judiciais¹⁴. Neste ponto está situada a preocupação com a prestação do *serviço de assistência judiciária gratuita* através de profissionais, seja com características de autonomia, seja vinculados a um órgão oficial, ou até mesmo, como anunciado no relatório, um sistema híbrido.

O *sistemajudicare* - adotado na Inglaterra, Holanda, França, dentre outros países – consiste na utilização de recursos públicos, segundo balizas legais, para o pagamento de Advogados que atuarem na defesa do pobre em juízo. O destinatário dos serviços e da nota de cobrança pelos serviços prestados não são coincidentes. Aquele é prestado ao pobre, conforme o preenchimento de requisitos legais, enquanto esta é enviada ao Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35).

O sistema recebe severas críticas, e a principal delas é a completa ausência de perspectiva no tratamento do pobre enquanto classe, ocupando-se, noutra banda, somente com o atendimento individual e perseguição em juízo de direitos, igualmente, individuais. Reflexo disso é a falta de organização para a busca de soluções no plano legislativo para eventuais problemas identificados e, ademais, a forte conotação passiva do profissional que espera ser provocado por alguém que se reconhecendo titular de direito resolve persegui-lo em busca da implementação, comportamento que esbarra em forte barreira cultural. Por fim, o *sistemajudicare*, pela sua própria formatação, não consegue dar respostas eficazes a causas em que se enfrentam *litigantes organizacionais* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 38-39).

Tal crítica, ao reverso, não se faz presente em outro modelo adotado, presente nos Estados Unidos da América, o chamado *Advogado Remunerado Pelos Cofres Públicos*. Aqui a preocupação está voltada para a *educação em direitos*, ou seja, o enfrentamento do obstáculo cultural, com a conscientização do pobre sobre direitos e deveres no âmbito jurídico, para que este, a partir da reunião de informações nesta seara, possa adotar uma postura consciente e esclarecida, seja ela ativa, na perseguição de

¹⁴ Cujá compreensão exige do leitor a noção passada no capítulo próprio.

seus interesses em juízo, ou mesmo passiva, decidir abdicar de direitos considerando circunstâncias que entender mais valiosas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 40-41).

E, sintetizando o pensamento, arrematam:

Em suma, além de apenas encaminhar as demandas individuais dos pobres que são trazidas aos advogados, tal como no sistema *judicare*, esse modelo norte-americano: 1) vai em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar seus direitos e 2) cria uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres, enquanto classe (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 41).

O modelo híbrido, ou modelos combinados, por sua vez, deixa para os Advogados autônomos o patrocínio de demandas individuais, típico funcionamento do *sistemajudicare*, e para os *Advogados Remunerados Pelos Cofres Públicos* a assistência jurídica dos pobres enquanto classe, notadamente, a *educação em direitos*, *lobby* no plano legislativo e defesa de interesses difusos e coletivos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 44).

A *segunda onda de acesso à justiça* traduzida do Projeto Florença de *Representação dos Interesses Difusos* tem por escopo enfrentar o obstáculo das chamadas “demandas de massa”, cujo problema deita raízes, como dito alhures, no fato de que a violação de um direito em relações jurídicas com tais características pode significar, por sua própria natureza, um dano que extrapola a esfera individual para alcançar a coletividade, mas o vilipêndio desse direito significa atingir de maneira quase insignificante o patrimônio (material ou moral) do indivíduo. É nesse cenário - de relações jurídicas de massa x comportamento individual tendencialmente omissivo - que se verifica a relevância da temática abordada nesta segunda onda de acesso à justiça.

O relatório aponta algumas possibilidades dessa representação, a partir de modelos encontrados nos Estados pesquisados. A mais singela é a representação conferida aos indivíduos, isoladamente, para a tutela de direitos difusos¹⁵ (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 55). Veja-se que esta espécie não é desconhecida no modelo brasileiro basta, para tanto,

¹⁵ “A Técnica do Procurador-Geral Privado”.

anotar a existência da Ação Popular entre nós¹⁶. Outras possibilidades de representações são aquelas conferidas ao próprio ente estatal diretamente ou entes coletivos, como associações ou sindicatos. E, por fim, a instituição de organismos oficiais, dotados de autonomia em relação ao ente público central e independência na atuação de seus membros, para a tutela dos interesses dessa natureza (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 51-66).

No Brasil vigora um verdadeiro microsistema de tutela de interesses difusos e coletivos, cujos diplomas mais reluzentes são as Leis nº 7.347/85 (Ação Civil Pública) e Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Desta feita, se observa que no Brasil vigora um modelo híbrido de representação, uma vez que a legitimidade para a tutela de interesses difusos e coletivos é conferida ao cidadão, ainda que em caráter excepcional e, na qualidade de verdadeiros substitutos processuais, é franqueada a entes estatais, associações e sindicatos, além do Ministério Público e da Defensoria Pública.

A terceira e última das respostas dadas no Projeto Florença aos problemas de acesso à justiça também é a de dimensão mais ampla e de caminhos mais ousados. Trata-se do que Cappelletti e Garth decidiram nominar, conforme tradução para o português, de *enfoque do acesso à justiça* (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68). Nesta etapa, sem se descuidar das anteriores, foram elaboradas propostas tendentes à universalização do acesso à justiça, tal como devem ser abordados os temas afetos aos direitos humanos.

O enfrentamento do obstáculo, com efeito, passa por questões estruturais de variadas formas, seja na estrutura física de organismos promotores de acesso à justiça, na estrutura de carreiras institucionais seja, até mesmo, na revisão de procedimentos:

Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir

¹⁶ Lei nº 4.717/65 (Ação Popular).

disputas nas sociedades modernas. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68, destaques no original).

É nesse sentido que se propõe o rompimento com tradições e o desapego de instituições, desde que em um ou outro caso não signifique renunciar a garantias processuais seculares, como o contraditório ou imparcialidade do juízo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 163). Um traço característico da atualidade do trabalho multicitado é encontrado nesta terceira *onda*. No ponto, é reconhecida a possibilidade de se promover o acesso à justiça por caminhos variados, dando-se especial destaque para as vias alternativas ao Poder Judiciário.

É esse, ademais, o atual e festejado paradigma do processo civil brasileiro que, se não inaugurado, sofreu relevante hipertrofia com a vigência do CPC/2015, donde se extrai segundo cunhado por já numerosos textos de abalizada autoria, um movimento de forte valorização de acesso à justiça por múltiplas portas¹⁷.

Consoante o delineamento constitucional da Defensoria Pública tracejado pela CRFB/88, ficou clara a opção do Estado Brasileiro pela prestação de serviços de assistência jurídica gratuita por uma instituição oficial, todavia, dotada de independência em relação ao poder central. A norma que emerge do texto constitucional revela a tônica do mister conferido à Defensoria Pública: a ampla prestação dos serviços de assistência jurídica gratuita na perspectiva individual ou coletiva, em juízo ou fora dele, e ainda, ao lado de outras instituições, a importante tarefa de conscientização dos pobres nos direitos inerentes ao Estado Democrático Constitucional¹⁸. De tal sorte, com os olhos voltados para as *ondas* de acesso à justiça, impende situar a instituição concebida pelo Estado Brasileiro para levar justiça aos vulneráveis, verificando-se, através de um

¹⁷ Dentre tantas obras cita-se, *exempli gratia*: ZANETI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁸ Terminologia utilizada, dentre outros, por Hermes Zaneti Júnior. Conferir: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

breve cotejo analítico, a sintonia da Defensoria Pública com as soluções aos obstáculos identificados no relatório de Florença.

A chamada *primeira onda de acesso à justiça* se refere à *assistência judiciária para os pobres*. Consoante anotado linhas atrás, a interpretação conjunta dos arts. 5º, LXXIV e 134, ambos da CRFB/88, revela que a Defensoria Pública é a instituição estatal vocacionada a tal mister. Não obstante, vale lembrar que o legislador constituinte ao se deparar com problema do *custo judicial* foi além da resposta dada no relatório no que tange à estratégia institucional de enfrentamento. Consignou, desta feita, que cabe à Defensoria Pública não só a assistência judiciária, mas também a assistência jurídica irrestrita, seja no âmbito judicial ou fora dele, aos vulneráveis.

Na *segunda onda de acesso à justiça* foi colocada a questão relativa à representação dos interesses difusos. Também como já destacado linhas atrás, a nova redação do *caput* do art. 134, da CRFB/88, conferida pela Emenda Constitucional nº 80, consagrou a atuação da Defensoria Pública na defesa do vulnerável de maneira individual ou coletiva. Na seara infraconstitucional o destaque fica por conta da Lei nº 7.347/85 que prevê em seu art. 5º os legitimados para propositura da Ação Civil Pública¹⁹. Ademais, como se espera, não destoam dessas previsões a Lei Complementar nº 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, conforme previsão dos arts. 1º e 4º, incisos VII e VIII. Importante registrar a conclusão a que chegou o colendo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3943/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP contra a previsão contida no art. 5º, inciso II, da Lei da Ação Civil Pública. Na ocasião o tribunal, por unanimidade, julgou a ação improcedente, reafirmando a legitimidade ampla da Defensoria Pública na atuação em defesa de interesses coletivos *lato sensu*.

Finalmente, na *terceira onda*, denominada de *enfoque do acesso à justiça*, a proposta é de reformulação completa do sistema desde a sua base até

¹⁹ Vale salientar a alteração promovida pela Lei nº 11.448/07 para incluir o Distrito Federal e a Defensoria Pública naquele rol. “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] II – a Defensoria Pública”.

aspectos culturais já consolidados no tempo, sendo recomendada uma revisitação às bases do que se compreende de mecanismos materiais, humanos e normativos de acesso à justiça, somando-se às propostas já anunciadas antes. Com efeito, para a devida localização da Defensoria Pública nesta fase, primeiramente, deve-se voltar os olhos para a norma extraída do art. 134, *caput*, da CRFB/88, abrindo a porta de atuação extrajudicial da instituição e, em consonância com o seu desiderato, de ser organismo essencial à função jurisdicional do Estado, promover o acesso à justiça também por esta via. No mesmo sentido é o art. 4º, II, da Lei Complementar nº 80/94, já com redação dada pela Lei Complementar nº 132/09, onde resta consagrada, como prioridade de atuação, a resolução extrajudicial das demandas a cargo da Defensoria Pública.

No que tange à reformulação da estrutura material dos organismos de promoção da justiça, na medida em que, conforme anotado no relatório de Florença, ambientes forenses, dado o excesso de formalidades que o envolve, desde os trajés até o trato dispensado entre os que ali frequentam profissionalmente passando pela “frieza” dos espaços, é fator de inibição dos próprios destinatários dos serviços e, por questões culturais, com mais impacto nos pobres. Desta feita, a Defensoria Pública deve proporcionar ambientes mais humanizados, sem o rigorismo dos trajés exigidos nos foros judiciais, zelando pela informalidade nas relações estabelecidas com o seu público, o que inclui, por óbvio, a utilização de linguagem próxima da realidade dos seus assistidos. Adverte Sadek:

Em um País marcado por extremas desigualdades econômicas, sociais e culturais, os preceitos relativos à igualdade e à inclusão poderiam soar como pura abstração ou como componentes de uma carta de intenções. A possibilidade real, contudo, de transformação de mandamentos igualitários em realidade concreta encontra na Defensoria Pública o motor mais importante na luta pela efetivação dos direitos e pela prevalência da igualdade (SADEK, 2014, p. 20).

Tal diretriz deve ser o norte da estruturação de núcleos de atendimento da Defensoria Pública e tal postura a tônica de atuação de Defensores Públicos, servidores de apoio e estagiários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *movimento universal de acesso à justiça*, organizado e assim apresentado no Projeto Florença, é o fenômeno deflagrado pela preocupação identificada em diversos Estados de cumprir as finalidades de um sistema jurídico, mormente naqueles construídos sob inspirações sociais e democráticas.

De tal sorte, não se sustenta um sistema que não seja inclusivo, capaz de proporcionar igualdade de acesso aos seus destinatários, porquanto, a promoção da cidadania e realização de direitos humanos passa, necessariamente, pela resolução de conflitos sob os auspícios do Estado. É precisamente nesse sentido que a Defensoria Pública foi concebida e aperfeiçoada – registre-se, por oportuno, que avanços significativos ainda se fazem necessários – pois na qualidade de instituição que, por sua natureza, tem a pretensão de apresentar respostas claras, diretas e objetivas aos problemas do acesso à justiça identificados na paradigmática obra coordenada por Cappelletti e Garth. Sobre a amplitude de atuação da Defensoria Pública mais uma vez é a observação de Sadek:

É nesse contexto, pouco favorável a realização dos direitos, que cresce o significado da Defensoria Pública. Sua atuação, ao navegar nas três ondas referidas por CAPPELLETTI e GARTH, abre as portas para inclusão, providenciando respostas que vão desde a educação em direitos até a solução de conflitos (SADEK, 2014, p. 28).

Lado outro, não se trata aqui de se acreditar, ingenuamente, na solução simplista do problema que envolve o acesso à justiça, tamanha a sua dimensão, sendo certo que a remoção dos obstáculos ao acesso não pode ser confiada a uma única instituição, absolutamente. Nessa esteira, a Defensoria Pública é tida por mais um elemento nessa complexa e ainda pouco azeitada engrenagem.

REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. Cap. VIII - A Força do Direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. Tradução de Fernando Tomaz. 8ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. Revista de Processo. Vol. 74/1994, Abr-Jun 1994.
- LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: alguns mitos. Revista de Processo, vol. 102/2001, p. 228-238, Abr – Jun / 2001.
- NALINI, José Renato. É Urgente Construir Alternativas à Justiça. InJustiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.
- REALE, Miguel. A Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual –5. ed.São Paulo: Saraiva, 1994.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Defensoria Pública: a conquista da cidadania. In Temas Aprofundados. Vol. 1, Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2014.
- SEN, Amartya. A Ideia de Justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Constitucionalização do Processo. 2. ed.São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier(coord.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

O DESENVOLVIMENTO DO MODELO DE RESPONSABILIDADE DOS JUÍZES A PARTIR DA IDADE MODERNA

João Vitor Sias Franco¹

INTRODUÇÃO

O debate a respeito do modelo de responsabilidade de juízes vem ganhando notória relevância no ordenamento jurídico e no contexto político brasileiro, com discussões a respeito da necessidade de modificação do modelo vigente, inclusive com alguns projetos de lei tramitando com esse objetivo.

O presente trabalho tem como objetivo estabelecer as atuais bases do modelo de responsabilidade bem como contextualizá-lo a partir do desenvolvimento histórico desse instituto. Para isso, analisaremos de que forma a Revolução Francesa, representativa dos ideais iluministas, rompeu com o padrão histórico de responsabilidade de juízes vigente na Idade Moderna, de controle intensivo do exercício do poder judicial pelo monarca.

Conforme será destacado, o modelo de responsabilidade inaugurado pela Revolução Francesa serviu de fundamento para o desenvolvimento desse instituto durante toda a Idade Contemporânea e esteve imbricado com o movimento constitucionalista que se desenvolveu durante esse período, tendo-se perpetuado durante longo tempo, sendo, inclusive utilizado até os dias atuais, no ordenamento jurídico brasileiro, como modelo de responsabilização a ser observado, obviamente com as matizes e aperfeiçoamentos indispensáveis à evolução do pensamento jurídico.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Getúlio Vargas e mestrando no Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. email: joaovitorsias.adv@gmail.com.

MODELO DE RESPONSABILIDADE NA IDADE MODERNA

Apesar de em período ainda distante do estereótipo do Antigo Regime, ainda no período da Baixa Idade Média, a reforma judiciária promovida pelo Rei Luis IX (1226-1270) na França, pode ser considerada como o marco inaugural da forma como os monarcas desenvolvem a justiça na Idade Moderna. Por meio desse acontecimento histórico, o monarca, que reinava mas não exercia o poder soberano sobre seus súditos, retira dos senhores feudais o poder jurisdicional (*juízo de Deus*), a capacidade para julgar os conflitos, centralizando na monarquia a figura do detentor do poder jurisdicional. Assim, o rei passa a representar a figura central, o administrador da justiça e em nome do qual essa seria realizada.

Nesse sentido, e a partir da teoria de que o monarca seria o representante de Deus, que se difundiu em uma sociedade essencialmente católica, balizada e conduzida pelos valores e costumes religiosos, desenvolve-se uma centralização de todos os poderes na figura do monarca, passando ele a exercer, além do poder político, militar e de imposição de normas, também o poder jurisdicional, que antes era incumbido aos senhores feudais e aos chefes de corporação, sempre com participação ativa da Igreja Católica, maior centro de poder também nesse período.

Deve-se registrar que o referido movimento político foi muito influenciado com a criação das cidades e o fluxo migratório das pessoas do campo, anteriormente submetidas ao poder soberano do senhor feudal²,

² A palavra feudalismo apareceu com juristas ingleses [...] no século XVII. Na origem, designava o regime jurídico do feudo, o único elemento do velho regime feudal que nessa época ainda sobrevivia. [...] A definição atualmente admitida pela maioria dos historiadores do feudalismo foi estabelecida ao longo do século XIX. Guizot, Michelet, Fustel de Coulagnges, Savigny, Stubbs, e muitos outros, procuram definir a importância, respectivamente, dos vínculos pessoais e do feudo e o lugar do regime feudal nos estados. [...]. No sentido exato do termo: vínculos feudo-vassálicos. Conjunto de obediência e de serviço por parte de um homem livre, dito vassalo, e obrigações de proteção e manutenção por parte do senhor para com o seu vassalo. Em troca da sua fidelidade, o vassalo recebia do seu senhor a posse hereditária de um feudo. Em sentido lato: Sistema de organização econômica, social e política baseado nos vínculos de homem a homem especializados – os senhores -, subordinados uns aos outros por uma hierarquia de vínculos de dependência, domina uma massa campesina que explora a terra e lhes fornece com que viver. (LE GOFF, 1984, p. 295-296)

para as vilas, decorrente da denominada revolução industrial medieval. (FRANCO JÚNIOR, 2001, p. 51-52)

Com a centralização dos poderes na figura do monarca e a formação dos Estados Nacionais houve a integração da justiça e do espaço político, e a autoridade e o poder de julgar passaram para a mão do monarca.

O incremento da idéia de regular as relações jurídicas por meio de normas gerais, e não de regras válidas caso a caso, coincide com o aumento da autoridade do rei, sobretudo em desfavor dos privilégios do clero e da nobreza. O soberano passa da função de árbitro dos dissídios, de fonte de decisões, para o papel de chefe do governo e chefe do Estado: diante dele não estão mais pessoas qualificadas pela tradição, pelos títulos, senão súditos, embora ainda não súditos abstratos e cobertos pela igualdade jurídica. O príncipe se comunica com os seus vassalos – e só o rei tem vassalos – por meio do regulamento, que ao reconhecer os direitos fixos do estamento, delimita-os. Leis para quase-funcionários, aptas a ressaltar a supremacia real e capazes de organizar, por meio de cargos e privilégios, a ordem política do reino. (FAORO, 1998, p. 64)

O monarca passa a ser o detentor da jurisdição, de dizer o direito aplicável, representando um juiz supremo, o *princeps* (GARRIGA, 2007). Exatamente por meio da justiça que o monarca passa a ter maior controle sobre seus súditos e poder de vida e de morte sobre as pessoas, podendo regular a vida em sociedade e decidir conflitos. (LEITE, 2006)

Não se pode esquecer que, apesar de ser a autoridade suprema sobre o território, o poder real é limitado, uma vez que não consegue ele fazer com que suas ordens sejam cumpridas ao longo de todo o território sobre os quais possui essa potestade, especialmente na área rural, a qual ainda é arraigada no modo político-econômico do feudalismo, em que os detentores de terras, os nobres, exercem sobre ela o seu poder, julgando conflitos, ditando os costumes e estabelecendo as relações sociais.

Também deve ser ressaltado que essa sociedade é guiada essencialmente por valores e sentimentos religiosos, de modo que a Igreja Católica exerce enorme influência não somente sobre as questões espirituais, mas também sobre questões políticas e sociais.

Nesse sentido, o monarca depende da nobreza e do clero para exercer o seu poder e assegurar a sua soberania. Considerando as necessidades de atendimento dos anseios da nobreza e diante da impossibilidade de o rei exercer *per si* o poder jurisdicional sobre todo o território, com o intuito de manter os privilégios, distribui os cargos de juízes entre os nobres e passa a regular a sociedade de acordo com os costumes e os valores religiosos, perpetuando a velha ordem jurídica na qual os assuntos religiosos influenciavam fortemente o processo, como a questão das provas.

Entretanto, a atividade judicial não era exercida de forma livre pelos juízes, buscando o monarca desenvolver mecanismos de controle do exercício do poder jurisdicional, não só em razão da necessidade de primar pelo sentimento de justiça, mas principalmente para determinar um rompimento com a estrutura jurídica feudal, uma vez que o poder dos juízes na Alta Idade Média era símbolo da fragmentação do poder do rei. Assim, o monarca evidencia o seu controle sob o poder da justiça e indica os juízes para atuarem em seu nome, portanto, a eles subordinados.

No exercício de suas funções, os juízes tinham obrigação de fazer justiça, uma vez que não se poderia admitir que uma pessoa que falasse em nome do rei, representante de Deus na terra, cometesse iniquidades.

A literatura jurídica e teológica tende a atribuir aos juízes a função de representantes de Deus na terra, bem como a de descendentes do primeiro magistrado, Moisés – tal como os reis –, invocação que assegura uma legitimidade própria ao poder dos magistrados e tende a ver a figura do rei como o primeiro dos juízes. A utilização dessa metáfora comporta, portanto, dois tipos de efeitos distintos: o primeiro consiste na visão da função dos reis como uma função judicial, o segundo atribui aos juízes a mesma legitimidade histórica que o poder dos reis. (HOMEM, 2003, p. 595-596)

A partir da teoria do juiz perfeito, segundo a qual o modelo de juiz ideal é aquele que tem temor a Deus e guia suas decisões no sentido de concretizar os valores e costumes cristãos, os monarcas exercem um controle sobre a função dos juízes, para impedir que eles se distanciem da

justiça, responsabilizando os magistrados que se afastam desse ideal, que se deixem envolver por cobiça; amor e ódio.

Além disso, há a instituição de recursos contra as decisões dos juízes, para permitir que o rei, de forma pessoal, possa definir em última instância, de modo a controlar as decisões judiciais e responsabilizar os magistrados que se afastassem dos imperativos de justiça.

Houve, ainda, um incremento da atividade legiferante do monarca, apropriando-se do processo, com criação de leis para definir o procedimento a ser seguido pelos juízes. O processo passa a assumir uma estrutura lógica-formal, com redução do poder dos magistrados, especialmente em razão do aumento de leis editadas para regular as formas de convivência social e resolver conflitos (PICARDI, 1998). A discricionariedade do juiz na decisão dos casos é significativamente reduzida em razão da atuação incisiva do monarca para evidenciar que é o detentor do poder jurisdicional, de dizer o direito aplicável.³

Assim, verifica-se a influência do monarca no exercício do poder jurisdicional por meio desses mecanismos (recursos, estabelecimento de modelo ideal de juiz, apropriação do processo e incremento da atividade legiferante) e também com o desenvolvimento de formas de responsabilização dos magistrados que não se vinculassem à vontade real como única fonte de justiça.

No caso português, as medidas de responsabilidade já passam a ser previstas nas Ordenações Manuelinas, em especial no Livro I, título XLIV, seja na sua primeira parte, em que se obriga o juiz a realizar inquirições dentro do prazo sob pena de ser afastado por dois anos e pagar multa, seja na segunda parte, em que, mais direta e explicitamente, prevê-se a responsabilidade do juiz pelas perdas e danos causados na determinação e na realização de devassas. Verifica-se em Portugal a criação do instituto das residências, procedimento fiscalizatório da atividade judicial por pessoas

³ Deve-se observar, entretanto, que, em razão dos variados conflitos existentes, bem como a vastidão dos domínios do rei, não podiam eles exercer esse controle de forma tão intensa quanto o pretendido, além do fato de o papel da interpretação das leis caber ao juiz, de modo que a discricionariedade e os amplos poderes do magistrado se perpetuaram também durante a Idade Moderna, especialmente no mundo ibérico.

nomeadas pelo monarca para controlar, avaliar e procurar toda e qualquer irregularidade cometida pelo magistrado, permitindo-se que todos da comunidade apresentassem reclamações sobre o trabalho desenvolvido pelo magistrado, a fim de apurar iniquidades.

A responsabilidade dos juízes, portanto, está fundada em uma premissa fundamental: desobediência aos desígnios do monarca como forma de quebra da confiança daquele que nomeou seus mandatários para exercerem a justiça em seu nome e para assegurar a manutenção dos seus privilégios e poder. (HOMEM, 2003, p. 603)

ARESPONSABILIDADE DOS JUÍZES NA IDADE CONTEMPORÂNEA E VIGÊNCIA DO MODELO NA ATUALIDADE

O desenvolvimento dos ideais iluministas, buscando romper com esse modelo de privilégios e centralização absoluta do poder da Idade Moderna, culminou com a ocorrência da Revolução Francesa, em 1789, inspirada pelo ideário de igualdade e liberdade, inaugurando, assim, a Idade Contemporânea. (KOSELLECK, 2006)

A fim de alcançar seus objetivos, os revolucionários necessitavam romper com o modelo de justiça vigente durante o governo absolutista dos monarcas, uma vez que, por meio dele, o rei tinha a autoridade de dizer o direito, controlava a sociedade e aparelhava o Estado de acordo com suas conveniências, para a manutenção do seu poder.

A Justiça passou a ser elemento essencial dos revolucionários para conseguir fazer prevalentes os ideais iluministas, rompendo com a estrutura de privilégios da organização judiciária implementada por meio da livre nomeação pelo monarca dos juízes, e retirando a subordinação do juiz ao poder e às influências de qualquer pessoa, especialmente do monarca.

Foi por meio da valorização da lei e pelo primado da legalidade que o Estado Iluminista se desenvolveu, impondo um conjunto único de leis, decorrentes do poder estatal como resultado da participação social.

O papel do juiz, com o princípio de separação de poderes adotada e elevada a regra precípua da ordem política, passa a ser engessado na função típica de julgar, que passa a significar exclusivamente aplicar a lei ao caso concreto. É afastado do juiz a sua liberdade interpretativa, passando a figurar, na concepção desse ideal, como um mero subsuntor da norma ao caso concreto.⁴

Importante observar que essa vinculação do juiz à lei e a retirada do seu poder interpretativo são incorporados ao ordenamento jurídico-político como forma de conceder liberdade ao juiz, como garantia do seu trabalho, afastando-o das pressões de governantes e terceiros que deixam de ter mecanismos para coagir o juiz a decidir segundo suas vontades, pois ao magistrado não é mais permitido inovar o direito.

A Revolução Francesa, assim, com esse ideal de legalidade⁵ e o desenvolvimento de constituição escrita e, posteriormente com o movimento de codificação, marca o início do constitucionalismo moderno, marcando a ideia de limitação de poderes e restrição do arbítrio judicial. A lei passa a ser vista como instrumento de liberdade e potencializadora dos direitos do homem.

Com esses avanços e para concretizar os ideais de igualdade (fim de privilégios) e separação de poderes (fim do absolutismo), o Iluminismo promove outros avanços, como a profissionalização dos juízes e a secularização do direito.

Assim como a qualquer agente do Estado, segundo o movimento iluminista, também caberia aos juízes cumprir a vontade soberana da nação, do povo, manifestado nas leis. Assim, a responsabilidade dos juízes muda de cerne e passa a ser fundamentada no descumprimento do texto

⁴ Elucidativas são as palavras atribuídas a Robespierre para retratar o papel do Judiciário na Idade Contemporânea a partir da Revolução Francesa: “Esta palavra da jurisprudência dos Tribunais, na acepção que tinha no antigo regime, nada significa de novo; deve ser apagado de nosso idioma. Em um Estado que conta com uma Constituição, uma legislação, a jurisprudência dos Tribunais não é outra coisa do que a lei; assim há sempre identidade de jurisprudência.” (KARAM, 1985, p. 3)

⁵ Trata-se, entretanto, de leis eivadas de carga valorativa, que visam a assegurar a liberdade e os direitos naturais do homem. (GAZOTO, 2000, p. 46)

expresso de lei (em oposição à responsabilidade por desobediência do Antigo Regime).

Coube ao iluminismo racionalista um intento de romper com essa tradição dogmática jus-teológica. Na obra de José Inácio Rocha Peniz, professor da Universidade de Coimbra da disciplina forma judicial, encontramos o tema da secularização do direito e dos ofícios judiciais. Inserido na linguagem filosófica da ciência e da legislação, Rocha Peniz projecta realizar uma investigação sobre a influência do direito processual na felicidade pública. Aí questiona, de modo inovador entre nós, a relação entre a imparcialidade dos juízes e a lei, para concluir que a proibição do arbítrio dos juízes e a sua vinculação estrita à lei constitui uma garantia da imparcialidade judicial perante as partes e perante a comunidade. Escreve o autor: 'A melhor lei, dizia Bacon de Verulamio, he a que menos dixa ao arbitrio do Juiz: o melhor Juiz he o que menos deixa ao seu proprio arbitrio. Com razão solidissima o Augusto Fundador da Universidade qualificou de sacrilegio attentado, a temeridade do funcionario publico, que se atreve a restringir, ou ampliar, a pratica das leis por seus proprios, e particulares dictames, constituindo-se Legislador, e fazendo seu o deposito, que lhe foi confiado para o bem de todos'. Facto notável e que esta descrição do sistema de virtudes do magistrado já se coloca, de modo quase insensível, numa distinta valoração normativa, de tal modo que os conteúdos morais que motivam as condutas dos magistrados fossem indiferentes para o direito, interessado apenas na apreciação do problema da responsabilidade exterior do magistrado: 'Pouco importa ao Estado, que o julgador tenha inteireza por amor da Justiça, por honra do cargo, por interesse do seu adiantamento pessoal. Existe a integridade na pratica de julgar; e tanto basta ao bem da sociedade: mas a existencia deste bem social será sempre mais precaria, quando o juiz não for responsável dos abusos da sua autoridade.' A tradição estoíca e escolástica de valoração da conduta individual do juiz como dimensão essencial da função judicial é abandonada em favor de outro sistema de imputação de danos. (...) Contudo, estava traçado o enquadramento dogmático à luz do qual o estatuto dos juízes seria futuramente encarado, como reflexão de uma visão distinta que encara as relações entre direito e moral segundo uma relação de interioridade-exterioridade, de tal modo que fique garantida uma esfera de incoercibilidade jurídica da esfera moral. (HOMEM, 2003, p. 606-607)

Há, com isso, uma objetivação da responsabilidade judicial, identificável em casos que não dependem de subjetivismos do avaliador,

somente sendo aplicável em caso de haver violação a texto expresso de lei, motivo pelo qual se torna essencial a motivação das decisões, assegurando-se à sociedade o controle da atividade judicial. Além disso, a vida privada do juiz, também relevante e considerável para fins de responsabilização segundo o modelo anterior do *judex perfectus*, é separado do exercício da função do juiz, de modo que somente podem ser considerados para fins de responsabilização fatos atrelados ao exercício profissional do magistrado.

Essa responsabilidade na Idade Contemporânea nunca foi objetiva e muito menos absoluta. Em razão da necessidade de assegurar ao magistrado a independência no exercício de suas funções, os iluministas, apesar de preverem o modelo de responsabilidade em caso de descumprimento de texto expresso de lei, visando a afastar qualquer forma de pressões e interferências sobre o trabalho dos juízes, implementaram verdadeiro modelo de irresponsabilidade judicial, em que somente se admitia a responsabilidade do juiz em casos graves de violação da lei e nos casos de verificação de fraude ou erro doloso. É dizer, apesar de devidamente instrumentalizada como medida de justiça e com amparo estatal, a responsabilização de juízes passou a ser exceção, somente aplicável em caso de absoluta ignorância da lei ou erros dolosos, preservando a autonomia e independência do poder judicial, instaurando verdadeiro estado de irresponsabilidade judicial.

Com acerto, Giuliani e Picardi, na companhia de Ludovico Mortara, sustentaram que a principal razão de ser da imunidade, razão de ser que não pode absolutamente ver-se no princípio da coisa julgada, encontra-se sobretudo na exigência, ou finalidade de “garantir ao juiz poder desenvolver, com plena autonomia e independência, todas as funções que lhe são demandadas. Nessa ótica, a imunidade do juiz assume, todavia, caráter relativo e coloca-se o posterior e delicado problema de se, e em que limites, deve ela ser circunscrita. (CAPPELLETTI, 1989, p. 31)

Importante registrar que esse modelo de irresponsabilidade judicial estabelecido na Idade Contemporânea evidencia a preponderância que o movimento iluminista concedeu ao princípio da independência e da

autonomia do poder judicial em detrimento do dever democrático de prestação de contas.

É exatamente esse modelo de responsabilidade de juízes instituído pelo movimento iluminista na Idade Contemporânea, de previsão e institucionalização estatal da responsabilidade pelo descumprimento de texto expresso de lei, mas de utilização excepcional, que vigora até os dias atuais.

Evidentemente, esse modelo de responsabilidade sofreu novos influxos, especialmente no pós-guerra, com institucionalização da principiologia e da axiologia do direito, para superar o legalismo exacerbado desenvolvido, que contribuiu para o crescimento de movimentos políticos totalitários e que tornaram o processo um mero desencadear de atos jurídicos sem valor, e com o desenvolvimento da teoria jus-filosófica do pós-positivismo que vincula a legalidade aos direitos do homem para a formação da justiça, sendo ambos imbricados e indissociáveis, não bastando a simples obediência à lei para se considerar uma decisão justa, sendo necessário que esse silogismo considere os direitos do homem, visando a potencializar as suas capacidades.

Assim, o fundamento da responsabilidade dos juízes também acompanha essa mudança, considerando-se descumprimento de dever funcional passível de responsabilização a enunciação de decisões que ignorem os direitos individuais e deixem de assegurar o mínimo indisponível ao homem.

Entretanto, apesar desses avanços no modelo de responsabilidade, verifica-se que a sua ideia e arquétipo são os mesmos desenvolvidos pelo movimento revolucionário iluminista, assim como é idêntica a sua aplicação prática, sendo, apesar do grande debate que se vem travando a respeito do tema, principalmente no século XXI, excepcional e somente aplicada em casos de erro doloso ou ignorância grosseira, estabelecendo-se, ainda, a responsabilidade subsidiária dos juízes, somente respondendo por seus erros perante o Estado, não tendo a parte direito de dele exigir diretamente a reparação pelos danos causados pelo mau-julgado.

Essa realidade atual pode ser evidenciada pelo badalado “Novo” Código de Processo Civil brasileiro que, em seu artigo 143, traz a previsão da responsabilidade de juízes exclusiva para casos de erro doloso ou fraude e ainda de forma subsidiária, cabendo à parte demandar contra o Estado e a esse, se julgar conveniente, pleitear a restituição e a penalidade do magistrado.

Assim, verifica-se que, apesar de ter-se desenvolvido em momento histórico bastante distante - Idade Contemporânea (1789) - a Revolução Francesa e o movimento iluminista em si influenciam sobremaneira o modelo de responsabilidade de juízes nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais da atualidade, sendo inegáveis os seus avanços promovidos, mas também a necessidade de reflexão para aperfeiçoamento do modelo à nova realidade.

CONCLUSÃO

O movimento iluminista, especialmente a partir da Revolução Francesa, trouxe profundas alterações na organização e funcionamento da Justiça. Baseado nas ideias de igualdade e liberdade, os revolucionários buscavam romper com a estrutura de poder desenvolvida no Antigo Regime, especialmente os privilégios e a centralização do poder, por meio dos quais o monarca aparelhava a justiça, com distribuição de cargos de juízes entre os nobres para a manutenção do seu poder e a prevalência dos seus interesses. Assim, desenvolveram como cerne do sistema político a separação dos poderes, passando o legalismo ao centro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, promoveram também uma ruptura do modelo de responsabilidade de juízes vigente na Idade Moderna, baseado na desobediência aos anseios e interesses do monarca, implementando modelo de responsabilidade fundamentado no descumprimento de texto expresso de lei, de modo que caberia responsabilidade do magistrado nos casos em que se afastasse do texto de lei para decidir. Entretanto, apesar de referido

modelo de responsabilidade judicial ter-se institucionalizado, na prática a responsabilização de juízes se tornou algo excepcional, somente sendo aplicada a casos de erros grosseiros e dolosos, em evidente preponderância do princípio da autonomia e independência funcional dos magistrados.

E esse modelo de responsabilidade de juízes desenvolvido pelos revolucionários influencia e é a base do modelo atual de responsabilidade judicial na maioria dos países ocidentais, em que a responsabilidade do juiz é excepcional e tem lugar somente em casos de erros decorrentes de fraude e dolo, como se constata na previsão do artigo 143 do Código de Processo Civil brasileiro, que autoriza a responsabilidade de juízes exclusivamente nos referidos casos e ainda a estabelece de forma subsidiária, demonstrando a importância que o ordenamento jurídico concede à autonomia e à independência do poder judicial, o que evidencia que, apesar do longo tempo decorrido, as alterações promovidas pelos revolucionários continuam ecoando até os dias atuais no modelo de justiça e de responsabilidade de juízes.

REFERÊNCIAS

- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis?. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. v. I. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- FRANCO JUNIOR, Hilário. A Idade Média: nascimento do ocidente. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- GARRIGA, Carlos. ¿La cuestión es saber quién manda? Historia política, historia del derecho y punto de vista. PolHis, V, 10 (2012): 89-100. Disponível em: <<https://www.academia.edu/23872807/>>. Acesso em: 18 mai. 2018.
- GAZOTO, Luís Wanderley. Direito, Linguagem e Revolução Francesa. Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJ-DFT. jan-abr de 2000, p. 11-75.

- HESPANHA, António Manoel. *Caleidoscópico do Antigo Regime*. São Paulo: Alameda, 2012.
- _____. *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*. In: CLÁVERO, Bartolomé; GROSSI, Paolo, e TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Hispania: Entre derechos propios y derechos nacionales*. Firenze, 1990, I, p. 135-204. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/biblioteca/034/0139.pdf>>. Acesso em: 18 maio. 2018.
- HOMEM, António Pedro Barbas. *Judex perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*. Lisboa: Almedina, 2003.
- KARAM, Munir. *A função judicial*. Maringá: Bom Livro, 1985.
- KOSELLECK, Reinhart. *Modernidade: sobre a semântica dos conceitos de movimento na modernidade*. In: _____. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 267-296.
- LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Lisboa: Estampa/Imprensa Universitária, 1984. vol 2.
- LEITE, Rosimeire Ventura. *Organização judiciária nas Ordenações Manuelinas*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 101. jan/dez 2006. p. 1021 - 1044.
- PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3. Padova: CEDAM, 1998.
- STOLLEIS, Michael. *O perfil do juiz na tradição europeia*. In: BARBAS HOMEM et al (Org.). *O perfil do Juiz na tradição Ocidental*. Lisboa: Almedina, 2009.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

ASPECTOS PROCEDIMENTAIS RELEVANTES CONCERNENTES AO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Lucas Rodrigues Lima¹

LINHAS INTRODUTÓRIAS

O acesso à justiça é garantia constitucional (art. 5º, XXXV, da CF/1988)² ecoada pela lei infraconstitucional n. 13.105/2015 (CPC/2015) ao prescrever esta, na quase literalidade do texto constitucional, que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (art. 3º, *caput*, CPC/2015). Apesar de uma garantia conferida a todo cidadão, o destinatário imediato de tal comando normativo é, sem dúvida, o legislador e também o Poder Judiciário, já que tal disposição exerce a crucial função de impedir acriação pelo Estado de entraves ao exercício do direito de ação (ASSIS. 2016. v. 1. n. p.).

Muito além de garantir a mera admissão no processo (ingresso em juízo), a garantia do acesso à justiça engloba a imposição legal de observância das regras do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988), dentre elas a igualdade processual³ (*paridade de armas*) (DINAMARCO. 2013. p. 149); a participação intensa e efetiva na formação do convencimento do juiz

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. lr_lima@outlook.com.

² BRASIL. Constituição Federal, art. 5º, XXXV. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³ “A igualdade perante a lei é a premissa para se afirmar a igualdade perante o juiz: da norma que se extrai da interpretação do art. 5º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. 2010. p. 59), reafirmado no plano infraconstitucional pelo art. 7º, CPC, que prescreve ser “[...] assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

(contraditório substancial e não meramente formal)⁴, que compreende não apenas a oportunidade ao jurisdicionado dese pronunciar nos autos do processo, mas principalmente poder influir na tomada de decisão pelo Estado-Juiz⁵; o direito de obter satisfatória resposta, ainda que negativa, às pretensões formuladas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. 2010. p. 40), como também, abarca o direito dos jurisdicionados de degressar da relação jurídica processual em tempo razoável, com solução integral do mérito da lide posta à apreciação do Poder Judiciário (art. 4º, CPC/2015).

Apesar de ser o benefício multifacetado, o presente trabalho buscará fazer pontuais apontamentos em relação a apenas de suas faces, justamente aquela que talvez seja a mais conhecida, e não raramente usada como sinônima de todas as demais. Desta feita, os breves comentários propostos versarão sobre a garantia do jurisdicionado com insuficiência de recursos econômico-financeiros de ter suspensa a exigibilidade de débitos provenientes de sua eventual derrota (sucumbência) ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado (gratuidade da justiça)⁶, conforme prescreve o art. 5º, LXXIV, CF c/c art. 98 e seguintes do CPC.

⁴ “[...] significa que a parte “possui o direito de ser ouvida pelo juiz e o direito de defender-se adequadamente, antes da prolação da decisão (parcial, não definitiva ou definitiva)”, já que, mesmo nas hipóteses excepcionais em que há resolução de questões de ofício, o destinatário do provimento jurisdicional possui o direito a um “contraditório preventivo”. Ao atribuir ao magistrado a função de atuar como “incentivador do aspecto dialógico do procedimento”, a garantia do contraditório evita as chamadas decisões-surpresa, isto é, provimentos jurisdicionais” (FRANCO. 2015, p. 8).

⁵ “O direito de pedir a tutela jurisdicional, quando qualificado como direito de acesso à justiça, assume uma outra dimensão, em que importa a efetiva possibilidade do cidadão bater nas portas do Poder Judiciário e realmente poder participar do processo, exercendo o seu direito à tutela jurisdicional” (MARINONI. 2011. p. 06).

⁶ Não se pode confundir *acesso à justiça*, *gratuidade da justiça* e *assistência judiciária gratuita*. Conforme explicitado, *acesso à justiça* é garantia constitucional (art. 5º, XXXV, da CF/1988) que engloba, além do benefício da gratuidade da justiça e a assistência judiciária gratuita, outras garantias conferidas aos jurisdicionados, dentre eles, o contraditório substancial, conforme dissemos. Por sua vez, *assistência judiciária gratuita* é a orientação jurídica e demais serviços advocatícios despendidos em proveito do hipossuficiente, em juízo ou fora dele (TARTUCE; DELLORE. 2014. p. 3) pelo Estado (Defensoria Pública ou advogado particular dativo) ou por advogado e/ou escritório particular na modalidade *pro bono*, disciplinado pelo art. 30, da Resolução n. 02/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

O que se pretende investigar nesta oportunidade concerne os aspectos procedimentais – talvez mais relevantes – quanto ao benefício da gratuidade da justiça, em especial, tecendo comentários, não exaustivos e definitivos, sobre o ato jurídico-decisório que versa sobre o tema, bem como possíveis incongruências lógico-procedimentais que possam existir, como por exemplo, a (não) correlação entre a condenação por litigância de má-fé, e a constatação por meio de ato jurídico-decisório de que a(s) parte(s) requerente(s) não faz(em) jus ao benefício.

Tendo sido analisado um universo de análise de 25 (vinte e cinco) julgados proferidos no âmbito de competência do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo que versam, especificamente, sobre o benefício da gratuidade da justiça a fim de dar substrato aos comentários às normas procedimentais referente ao tema, pode-se constatar equívocos recorrentes tais como: (i) não identificação, devidamente fundamentada, dos elementos constantes nos autos que evidenciassem a falta dos pressupostos legais pelo requerente do benefício para a concessão de gratuidade (art. 99, §2º, CPC/2015); (ii) não abertura de prazo para que a parte requerente comprove o preenchimento dos referidos requisitos antes da decisão pelo indeferimento (art. 99, §2º c/c art. 10, ambos do CPC/2015), e (iii) déficit argumentativo presente tanto nas decisões que determinam ao requerente que apresente provas da sua alegada hipossuficiência econômico-financeira, como também da decisão que, apresentadas ou não as provas requeridas (afora as situações em que sequer fora oportunizado ao requerente a produção probatória), indefere o benefício.

Restando identificados, portanto, os problemas-motores centrais da investigação proposta, passa-se ao debate em si.

(Código de Ética e Disciplina da OAB), ao seu turno, *gratuidade da justiça* é a suspensão (e não isenção) da exigibilidade das obrigações decorrentes de eventual condenação do hipossuficiente nas verbas sucumbenciais (art. 98, §3º, CPC) (NETO, 2018, p. 3-4).

AS NORMAS PROCEDIMENTAIS DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Quando da edição da Lei n. 1.060/1950 que estabelece normas para a concessão do benefício da gratuidade da justiça – apesar de constar no texto da lei de que esta “estabelece normas para a concessão de *assistência judiciária* aos necessitados” [grifei], ao invés de *benefício da gratuidade da justiça* –, era previsto como requisito necessário para a concessão do benefício que o requerente declarasse os rendimentos e os vencimentos que percebesse, assim como os encargos próprios e os de sua família. Para tanto, prescrevia o §1º, do art. 4º da referida lei⁷, que a peça processual (petição inicial, contestação, pedido de ingresso de terceiro no processo, recurso ou ainda simples petição)⁸ em que se requeria a concessão do benefício, deveria ser instruída com um atestado, emitido pela autoridade policial ou pela prefeitura, em que constasse ser o requerente necessitado, e por isso, não pudesse arcar com as despesas processuais.

Posteriormente, a redação do art. 4º foi reformada pela Lei n. 7.10/1986⁹ para deixar mais simples a situação dos jurisdicionados necessitados (TARTUCE; DELLARE. 2014. p. 4). Passou a ser previsto que seria suficiente a afirmação na petição em que o requerente declararia

⁷ [Redação original do texto da lei n. 1.060/1950] Art.4º. A parte, que pretender gozar os benefícios da assistência judiciária, requererá ao Juiz competente lhes conceda, mencionando, na petição, o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família. § 1º. “A petição será instruída por um atestado de que conste ser o requerente necessitado, não podendo pagar as despesas do processo. Este documento será expedido, isento de selos e emolumentos, pela autoridade policial ou pelo prefeito municipal”. [revogada pela Lei n. 7.510/1986, por sua vez, posteriormente revogada pela lei pela Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015)].

⁸ Disposição positivada pela Lei n. 13.105/2015 (CPC) em seu art. 99, *caput*, e §1º. “far-se-á essa postulação em petição escrita, endereçada ao órgão judiciário competente para processar a causa, na primeira oportunidade. Almejando o autor litigar sem gastos, realizará a alegação e requererá o benefício em capítulo autônomo e destacado da petição inicial” (ASSIS. 2016. v. 3. n. p).

⁹ [Redação dada pela Lei n. 7.510/1986] Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. [posteriormente revogado pela Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015)].

não possuir condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família (BARROS Jr., 2011, p. 6).

Com o advento da Lei n. 13.105/2015 (CPC), foi conferido melhor e mais sistemático trato às regras procedimentais que versam sobre o benefício da gratuidade da justiça, instituto regido pelo Código, principalmente, nos artigos 98 e seguintes.

No atual Código de Processo Civil, encontra-se previsto no art. 99, §3º que a alegação de insuficiência econômico-financeira deduzida por pessoa natural possui presunção relativa de veracidade. Ao seu turno, o §2º do mesmo artigo é enfático ao determinar que “o juízo *somente* poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade” [grifei]. Continua o artigo dizendo que, antes de decidir pelo indeferimento do pedido, o juiz *deve* intimar a parte (vedação à decisão surpresa - art. 10, CPC) para que comprove o preenchimento dos referidos pressupostos [grifei].

O legislador processual também aproveitou a oportunidade da edição de nova legal processual para posicionar entendimento jurisprudencial há muito firmado pelo STJ¹⁰, segundo o qual o fato de estar o requerente assistido por advogado particular não deve balizar a decisão pelo indeferimento do benefício, ou seja, não é este elemento impeditivo ou prejudicial à concessão do benefício (art. 99, §4º, CPC)¹¹.

¹⁰ “Para o deferimento da gratuidade de justiça, não pode o juiz se balizar apenas na remuneração auferida, no patrimônio imobiliário, na contratação de advogado particular pelo requerente (gratuidade de justiça difere de assistência judiciária), ou seja, apenas nas suas receitas. Imprescindível fazer o cotejo das condições econômico-financeiras com as despesas correntes utilizadas para preservar o sustento próprio e o da família” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 257.029/RS; REsp 1196941/SP; AgRg no AREsp 257.029/RS dentre diversos outros).

¹¹ Contudo, não é raro decisões que se fundam neste argumento: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Processo n. 0000372-29.2016.8.08.0053. Vara Única, Comarca de Alto Rio Novo. 13. Jun. 2016. Por outro lado, com acerto: “[...] o artigo 99, §4º, do Código de Processo Civil prevê que “a assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça” a este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu que “não é suficiente para afastar a assistência judiciária a existência de advogado contratado [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Apelação Cível (AC) n. 0011388-29.2015.8.08.0048. 3ª Câmara Cível. Relator. Des. Dair José Bregunce de Oliveira. J. 08.08.2017. Dje. 18.08.2017).

Outra importante inovação trazida pelo atual Código que, apesar de não versar precisamente sobre o benefício da gratuidade da justiça, possui imenso impacto sobre o instituto, encontra-se positivado no art. 85, §14, CPC, que trata sobre os honorários advocatícios. Neste dispositivo, prescreve o Código que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial. Com isto, foi revogada a súmula do STJ, editada em 2004, que previa em seu enunciado de n. 306 que “os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

Portanto, sucumbente em parte o beneficiado de gratuidade da justiça, terá como credor o advogado da outra parte no crédito condizente com parcela dos honorários sucumbenciais. Caberá, destarte, ao advogado-credor o ônus (imperativo do próprio interesse) ASSIS. 2016. v. 2. n. p.) de demonstrar, dentro do prazo de 5 (cinco) anos em que a exigibilidade das obrigações decorrentes da sucumbência encontrar-se-á suspensa, de que cessou a situações de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade em prol da parte para assim, poder executá-la.

Outras importantes alterações trazidas pelo Código de 2015a serem pontuadas ainda que de passagem, dizem respeito a: (i) possibilidade do benefício de gratuidade abarcar todas as despesas processuais, ou apenas alguma(s) delas (art.98, §5º); (ii) possibilidade de ser concedido ao beneficiário, ao invés de suspensão, o parcelamento das despesas processuais, conforme o caso (art. 98, §6º), e o (iii) fato de que as multas processuais não serem cobertas pelo benefício, ou seja, as exigibilidades destas não se sujeitam à suspensão (art. 98, §4º).

Contudo, por diversas vezes foram constatadas atos jurídico-decisórios que contradizemos predicados do Código de Processo Civil em vigor, julgando os pedidos de concessão da gratuidade da justiça como vigente a Lei n. 1.060/1950 em sua redação originária, ou pela redação dada a diversos dispositivos pela Lei n. 7.510/1986.

A inobservância de tais regras procedimentais talvez tem sua origem no senso comum (STRECK, 217, p. 269) proveniente da hodierna experiência nos fóruns e tribunais, em que se sustenta a suposta abusividade de pedidos pela concessão do benefício, apesar de faltarem dados quanto ao tema no sentido de responder questionamentos como: a maior parte dos litigantes pleiteia gratuidade? Em caso positivo, quantos têm seus pedidos atendidos? Quantos desses atendimentos são corretos? Tem-se, destarte, que sem tais respostas, resta impossível concluir com acuidade haver, ou não, abusos por parte dos jurisdicionados (TARTUCE; DELLORE. 2014. p. 2). Todavia, as regras procedimentais previstas pelo CPC não admitem suposições especulativas¹², mas análise das provas constantes dos autos.

ATOS JURÍDICO-DECISÓRIOS QUE VERSAM SOBRE O PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

Conforme anunciado linhas atrás, dentro do universo de decisões analisadas durante os estudos que conduziram a estes apontamentos, foram identificados três principais equívocos nos atos jurídico-decisórios que tratam sobre o pedido de concessão do benefício da gratuidade da justiça analisados.

Cabe ressaltar, porém, que outros puderam ser identificados, tais como o referimento a artigo de lei já revogado, como se verificou em decisões que invocaram o par. único, do art. 2º¹³, da Lei n. 1.060/1950, revogado pela Lei n. 13.105/2015, para decidir a questão¹⁴. Em razão da opção

¹² “[...] É claro que pesquisas empíricas tipo “você concorda ou não?” não devem guiar o raciocínio do jurista” (STRECK. 2010. n. p).

¹³ BRASIL. Lei n. 1.060/1950. Art. 2º [...] Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (Revogado pela Lei n. 13.105, de 2015) (Vigência).

¹⁴ “Denota-se que deve ser amparado pelo benefício da assistência judiciária aquele cuja situação econômica não lhe permita satisfazer o ônus processual atinente as despesas do processo, os honorários de advogado e de perito sem prejuízo do sustento próprio ou da família, o que coaduna com o disposto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 1.060/50”

metodológica do presente trabalho, evitou-se o apontamento exaustivo, a uma, porque tal agir demandaria romper com os limites fixados para o estudo, a duas, porque muitos deles, tal como o citado, são de certa forma englobados pelo o que aqui se denominou de “déficit argumentativo”.

O dever de indicar os elementos que evidenciam a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade

Aqui, o cerne da questão também tem acento no dever de adequada fundamentação (art. 93, IX, CF, cuja redação foi dada pela EC n. 45/2004c/c art. 489, CPC) que deve ser impreterivelmente observado pelo julgador (SCHMITZ, 2015, n. p.).

Segundo prescreve a primeira parte do art. 99, §2º, CPC, que o Estado-Juiz “somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade”, regra legal esta que tem acento na presunção relativa de veracidade da declaração de hipossuficiência econômico-financeira apresentada por pessoa natural (art. 99, §3º, CPC).

Isto implica dizer que a presença de evidências que, em tese, indicariam a falta dos pressupostos dispostos na lei para a concessão do benefício deve ser atual, ou seja, passíveis de serem aferidos já quando da análise dos autos pelo Estado-Juiz no momento processual oportuno que tem para decidir tal questão.

Caso não haja, de plano, nos autos quaisquer elementos que indiquem a ausência dos requisitos legais necessários para o deferimento de gratuidade, deverá Estado-Juiz decidir em proveito do requerente, sob pena de contrariar o que dispõe o Código de Processo Civil, a ensejar mácula ao ato processual e todos os demais que dele dependam (art. 281, CPC) com vício de nulidade, mormente, por versar sobre garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV c/c art.5º, LXXIV, CF). Importante ressaltar

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Decisão Interlocutória. Procedimento Comum n. 0033405-63.2017.8.08.0024. 2ª Vara Cível de Vitória/ES, Comarca da Capital. DJ: 15/03/2018).

também que uma vez deferido o pedido pela concessão do benefício, não há necessidade de reiterar-lo em sede recursal.¹⁵

Destarte, sem existência nos autos do processo de qualquer indício, não há que se determinar ao requerente que apresente novas provas para a confirmação ou não, da declaração de hipossuficiência já apresentada, já que esta possui presunção relativa de veracidade elidível (ou passíveis de ser infirmada) apenas por outros elementos de prova constante dos autos. Em outras palavras, caso não haja nos autos nada que indique que os requisitos necessários não estejam presentes, capazes de, em tese, infirmar a declaração apresentada pelo requerente, esta deverá prevalecer.

Do mais, caso não exista no momento de análise do pedido nenhum indício nos autos do processo contrário à declaração apresentada pelo requerente, deverá o juiz deferir o benefício. Porém, chances há que a outra parte traga ao conhecimento do Órgão julgador tais elementos quando lhe for facultada oportunidade para se manifestar nos autos, seja em sede de contestação (art. 335, CPC), contrarrazões ou, em casos outros, na primeira oportunidade que tiver para se manifestar nos autos (art. 10, CPC).

Neste ponto, intrigante questão exsurge, considerando que o CPC prescreve que em havendo nos autos *elementos* que evidenciem a falta dos pressupostos legais, deve o juiz intimar o requerente para que comprove os seus preenchimentos, ou, a contrario sensu, não havendo a presença de nenhum elemento deverá deferir o benefício em proveito do requerente.

Destá feita, o que ocorre quando for intimada a contra parte para se manifestar quanto à questão (art. 10, CPC), ou seja, o que dela se exige? Deverá ela apenas meramente indicar supostos elementos (enquanto narrativas de fatos) que, em tese, infirmem a declaração de hipossuficiência do requerente, ou terá o ônus de provar o fato (elementos enquanto provas) extintivo do direito do requerente do benefício (art. 373, II, CPC)

¹⁵ “A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita [melhor seria o uso do termo *benefício da gratuidade da justiça*] prevalece para todos os atos do processo, sendo dispensável a reiteração do requerimento em sede recursal [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Agravo de Instrumento (AI) n. 0033331-43.2016.8.08.0024. 2ª Câmara Cível. DJ: 15 mai. 2017).

Para responder a tais indagações, é preciso antes ter bem clara a diferença entre a mera alegação de elementos nos autos, ou seja, elementos enquanto simples afirmações, e a necessidade de comprovação (produção probatória). Se adequada ao espírito do código, verificável através de análise sistêmica de seus artigos, que ao prescrever a necessidade de que haja nos autos *elementos* para que se questione a declaração de hipossuficiência (prova) apresentada pelo requerente do benefício, que detém esta presunção relativa de veracidade (art. 99, §3º, CPC).

Destarte tem-se que o Código impõe a necessidade de apresentação de provas, e não meras e infundadas (não demonstradas) afirmações. Nada mais lógico que apenas uma contraprova para infirmar (ou criar justa suspeita) prova já produzida.

Analisando outros artigos em que o Código novamente se vale da expressão “elementos”, é possível confirmar tal conclusão. Ao todo, são 8 (oito) os artigos da Lei n. 13.105/2015 em que a expressão se faz presente, incluindo o próprio art. 99, §2º, do CPC. Em 6 (seis) deles (art. 99, §2º; art. 166, §2º; art. 300, *caput*; art. 303, §6º; art. 386 e 473, §3º) o legislador utiliza a expressão para se referir à provas.

A título de exemplo, nos poupando os esforços de analisar cada um deles porque passíveis de serem confrontados no Código, ressaltamos a redação do art. 300, *caput*, que disciplina os requisitos para a concessão da tutela de urgência: “A tutela de urgência será concedida quando houver *elementos* que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil ao processo” [grifei]. Portanto, fácil constatar que a semelhança do que ocorre com a norma extraída do art. 99, §2º, CPC, ao prever a necessidade de presença de provas que demonstrem a presença dos requisitos, sob pena de indeferimento.

Os demais 3 (três) artigos (art. 489, *caput*; art. 489, §3º; art. 580, *caput* art. 1.025) em que se encontram a expressão “elementos”, não a utiliza em seu sentido técnico de prova, que serve à demonstrar que a breve investigação semântica empreendida não é despicienda ou em vão, tendo em vista que o Código sofre de (não rara) atecnica, ao utilizar a

mesma expressão por diversas vezes para significar coisas distintas, o que reclama a atenção e cautela do intérprete-aplicador.

Exemplo disso é o art. 489, *caput*, e §3º, CPC, em que o legislador usa a expressão para significar partes/membros que compõem a estrutura do todo de um ato-jurídico decisório (relatório, fundamento e dispositivo), dispondo que na falta de algum destes componentes, não haverá sentença, sendo, portanto, ato jurídico nulo, senão inexistente (BUFULIN; BONOMO Jr.; SANTOS, 2016, p. 6).

A necessidade de abertura de prazo para que o requerente comprove o preenchimento dos pressupostos legais

É expressamente vedado ao Estado-juíz indeferir o pedido pela concessão de gratuidade da justiça antes de ouvir o requerente, em razão do que prescreve o art. 99, §1º, I, segunda parte, do CPC: “[...] antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos”, bem como, da norma extraída do art. 10, também do CPC, a saber: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (vedação à decisão surpresa).

Cabe ao Estado-juíz, ao identificar fundamentadamente os *elementos* constantes dos autos capazes de infirmar a declaração de hipossuficiência apresentada, intimar o requerente a comprovar o preenchimento dos pressupostos legais. Nesse sentido, com acerto o acórdão proferido pela Quarta Câmara Cível do TJES, que analisando recurso de agravo de instrumento interposto pelo requerente do benefício que teve seu pedido negado, anulou decisão proferida pelo juízo singular, em razão de inexistência de *decisum* agravado de “um capítulo dedicado especificamente a esmiuçar a condição fática em que se enquadra o requerente, mas apenas uma menção de que a condição dele seria incompatível com o benefício

pleiteado, o que não pode ser admitido nesta nova dimensão processual instaurada após a vigência do CPC/15”.¹⁶⁻¹⁷

O indeferimento do benefício e o dever de adequada fundamentação

É certo que o dever de adequada fundamentação não é requisito afeto exclusivamente às decisões que versem sobre o benefício da gratuidade da justiça, sendo esta exigência legal imposta a todos os atos jurídico-decisórios, que tem seu acento sob o próprio texto constitucional, que, contudo, apesar de dizer que genericamente que serão fundamentados todos os julgamentos proferidos pelos órgãos do Poder Judiciário, não diz qualquer palavra quanto à forma como as decisões devem ser tomadas (MIOZZO, 2014, p. 22). Neste ponto, grande vitória da processualista pátria o melhor trato conferido pelo CPC/2015, que traz inclusive regramento expresso de situações em que não se considerarão fundamentadas as decisões judiciais (art. 489, §1º).

Dentro do universo de decisões analisadas que trataram sobre a temática pode-se constatar, como anunciado anteriormente, diferentes ações ou omissões jurídico-decisórias que, em razão da inobservância das regras procedimentais dispostas no Código, representaram deficitárias fundamentações (déficit argumentativo), como por exemplo, decisões cujos fundamentos determinantes assentam em aspectos vedados por lei, tal como estar o requerente assistido por advogado particular; fundado em artigo de lei já revogado; deixando de explicitar os elementos de prova constante dos autos que indicam a suposta possibilidade econômico-financeiro do requerente, ou seja, ausência dos requisitos para a concessão do benefício; prolação de decisões cujo fundamento não considerada

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Agravo de Instrumento n. 0017423-09.2017.8.08.0024. 4ª Câmara Cível. 13/11/2017.

¹⁷ Ao bem da verdade, o dever de fundamentação não é propriamente invenção da Lei n. 13.105/2015, ante a existência de dispositivo constitucional (anterior) expresso neste sentido (art. 93, IX, CF). Mas acerta o acórdão ao identificar a “releitura do dever de fundamentação das decisões judiciais” trazida pela lei processual (CPC/2015) (DIDIER Jr.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016. p. 25).

nenhum elemento fático-jurídico do caso concreto, utilizando de elementos que serviriam à qualquer outra causa (art. 489, CPC) dentre outros.

É evidente que os casos destacados não representam a totalidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário Capixaba, tendo cumprido tão somente o papel de ponto inicial dos debates aqui promovidos sobre o procedimento previsto pelo Código sobre o instituto do benefício da gratuidade da justiça. Todavia, os poucos casos analisados demonstram existirem equívocos cometidos pelos órgãos julgadores em contradição ao procedimento legal, que devem ser corrigidos/evitados, mesmo que – ou sobretudo por isso – partam da pressuposição de abusividade hodierna por parte dos jurisdicionados em relação à concessão do benefício.

Neste ponto, é preciso ainda destacar uma intrigante questão que se põe, relacionada à aparente contradições existente entre o indeferimento do benefício, muitas vezes fundado na ausência de boa-fé por parte do requerente, e a (não) condenação deste por litigância de má-fé, conforme se verá a seguir.

O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO E A (NÃO) CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O Código de Processo Civil prescreve que todos os sujeitos do processo possuem os deveres de – além de outros –, *expor os fatos em juízo conforme a verdade e não formular pretensão quando ciente de ser destituída de fundamento* (art. 77, I e II, CPC). Em caso de descumprimento de tais deveres – que são intimamente ligados ao princípio da boa-fé objetiva –, prescreve o Código a punição da parte por prática de ato atentatório à dignidade da justiça (litigância de má-fé) por meio de fixação de multa¹⁸.

¹⁸ Quanto ao tema, importante são os apontamentos feitos por Marcelo Abelha Rodrigues: “[...] outra inovação importante, que já estava consagrada na doutrina, com alguns vacilos na jurisprudência, é a distinção, agora expressa, de que esta multa processual é punitiva de uma conduta processual ímproba, caracterizando-se como *contemptofcourte* aplicável a qualquer sujeito do processo. [...] Em relação a esta novidade merece crítica a falta de sistematização do tema. É que na parte geral, aqui comentada, quando o instituto do *contemptofcourte* é aplicado

Destarte, parece-nos claro que a formulação de pretensão pela concessão do benefício da gratuidade da justiça por parte que ciente de não fazer jus ao benefício por possuir condições econômico-financeiras para estar em juízo, expõe fatos – por meio da apresentação de declaração de hipossuficiência – em desacordo com a verdade, é conduta a ensejar, uma vez constatada, punição por litigância de má-fé com a fixação de multa.

Todavia, cabe indicar que em nenhuma das decisões analisadas isso ocorreu. Caso mais notório desta contradição se deu nos autos do recurso de apelação n. 0001577-84.2016.8.08.0056, oportunidade na qual o Tribunal negou provimento ao recurso interposto, em que a apelante, resignada com a sentença que indeferiu o benefício da gratuidade da justiça em seu proveito, recorreu alegando em síntese que: (i) não possuía condições econômico-financeiras para arcar com as despesas processuais; (ii) a sentença pelo indeferimento violava o direito de acesso à justiça, (iii) a sentença feria os princípios da isonomia e razoabilidade, e ainda (iv) e teria ficado demonstrado que a renda da apelante/requerente era inferior à 10 (dez) salários mínimos. Apreciando as razões recursais, o Tribunal fundamentou acórdão sustentando que:

“No caso, a autora requereu na petição inicial a concessão da gratuidade da justiça (fl. 13), tendo o ilustre Juiz de Direito determinado a intimação dela para comprovar documentalmente sua hipossuficiência econômica (fls. 34). A apelante, então, informou que é “professora de Educação Profissional e Tecnológica” e que percebe a importância de R\$552,07 (quinhentos e cinquenta e dois reais e sete centavo) (fl. 36), mas o pedido de gratuidade da justiça foi indeferido por ser reputado insuficiente o documento apresentado por ela (fl. 38). A autora requereu a reconsideração da decisão e, desta feita, fez alegação nova quando sustentou que “atualmente somente exerce a atividade de professora DT conforme

mediante a punição com multa processual àquele que atentar contra a jurisdição (art. 77, §§ 1.º, 2.º e 3.º) a referida verba será destinada aos cofres públicos, o que nos parece lógico e sensato, pois, trata-se de ato que atenta contra a jurisdição estatal” (2015, p. 10). Portanto, é nítido o equívoco do Código ao prever no art. 96, que o valor da sanção imposta por litigância de má-fé, portanto típica pena por ato contrário à dignidade da justiça (*contemptofcourt*) reverterá em benefício da parte contrário, quando deveria ser os cofres públicos.

fls. 37, porém por ser viúva recebe o valor correspondente a R\$1.149,00 (um mil cento e quarenta e nove reais) (fl. 40). Nota-se que a autora não manteve comportamento processual condizente com boa-fé objetiva, tendo inicialmente omitido informação relevante sobre o seu real estado”.¹⁹

Conforme se depreende do trecho em destaque, apesar de fundamentar a denegação da pretensão recursal com base, inclusive, na violação da boa-fé objetiva por parte da apelante/requerente, não houve condenação por litigância de má-fé, apesar de afirmado pelo *decisum* que a apelante não teria exposto “os fatos em juízo conforme a verdade” (art. 77, I, CPC). Tem-se que também isto se revela um equívoco a ser corrigido/evitado, haja vista significar a não aplicação de regra jurídica expressa, a despeito de se afirmar, ainda que colateralmente, a presença de seus requisitos ensejadores. Também deve ser ressaltado que a condenação por litigância de má-fé em casos tais – desde que observadas as regras procedimentais, incluindo o de adequada fundamentação – pode significar um grande meio de desincentivo de abusos pelas partes, por meio de seus patronos, que saibam não fazerem jus ao benefício.

Por fim, cabe indicar que conforme prescreve o art. 98, §4º, CPC, eventual concessão do benefício de gratuidade da justiça não afasta o dever da parte beneficiária pagar, ao final, as multas processuais (astreintes e/ou em decorrência de condenação por litigância de má-fé)²⁰ que lhe tenham sido impostas, já que possuem natureza jurídica distintas, a primeira, visa incentivar o cumprimento de certa obrigação por uma das partes, a outra, é punição por algum dever legal.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Apelação Cível (AC) n. 0001577-84.2016.8.08.0056. Terceira Câmara Cível. Decisão 06. Fev. 2018.

²⁰ Cujas “cumulatividade das duas multas processuais é absolutamente possível de acontecer como claramente estabelece o NCPC (Lei 13.105/2015)” (RODRIGUES, 2015, p. 10).

LINHAS CONCLUSIVAS

Versando sobre garantias constitucionais (acesso à justiça e devido processo legal), a observância das regras procedimentais prescritas pelo Código é algo caro e imprescindível sob a égide do Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido, o dever de adequada fundamentação, elemento típico de todo ato jurídico-decisório, deve ser observado, mormente quando em questão garantias constitucionais tão importante quanto estas, não devendo, portanto, o senso comum – não comprovado – desvirtuar o que prescrito em lei, que dispõe inclusive, técnica e instrumento sancionadores de ações abusivas eventualmente praticadas pelos jurisdicionados (condenação por litigância de má-fé).

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro. [livro eletrônico] parte especial: procedimento comum: da demanda à coisa julgada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016a.v. 3. Não paginado.
- _____. Processo Civil Brasileiro. [livro eletrônico] parte geral: fundamentos e distribuições de conflitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016b. v. 1. Não paginado.
- BARROS Jr., Carlos S. de Barros. Benefício da justiça gratuita no processo civil e serviço social. RT Online. V. 2. Out. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 257.029/RS; REsp 1196941/SP; AgRg no AREsp 257.029/RS.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES). Agravo de Instrumento (AI) n. 0033331-43.2016. 8.08.0024. 2ª Câmara Cível. DJ: 15 mai. 2017.
- _____. Agravo de Instrumento n. 0017423-09.2017.8.08.0024. 4ª Câmara Cível. 13/11/2017.
- _____. Apelação Cível (AC) n. 0001577-84.2016.8.08.0056. Terceira Câmara Cível. Decisão 06. Fev. 2018.

- _____. Procedimento Comum n. 0033405-63.2017.8.08.0024. 2ª Vara Cível de Vitória/ES, Comarca da Capital. DJ: 15/03/2018.
- _____. Procedimento Comum n. 0000372-29.2016.8.08.0053. Vara Única, Comarca de Alto Rio Novo. 13. Jun. 2016.
- _____. Procedimento Comum n. 0000372-29.2016.8.08.0053. Vara Única, Comarca de Alto Rio Novo. 13. Jun. 2016.
- _____. Apelação Cível (AC) n. 0011388-29.2015.8.08.0048. 3ª Câmara Cível. Relator. Des. Dair José Bregunze de Oliveira. J. 08.08.2017. DJe. 18.08.2017
- BUFULIN, Augusto Passamani; BONOMO Jr., Aylton Bonomo; SANTOS, Katharine Maia dos Santos. Breve análise do vício processual de inexistência jurídica em face do novo código de processo civil. RT Online. v. 68. Ago. 2016.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DIAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiro, 2010.
- DIDIER Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do Novo CPC. Revista de Processo. v. 247/2015. p. 105-136. RT Online, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. v. 852/2006. p. 11-37. Doutrinas Essenciais de Processo Civil. v. 1. p. 1.133-1.170. RT Online, 2011.
- MIOZZO, Pablo Castro. Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

- NETO, Orlando Haddad. Justiça gratuita e advocacia pro bono: aspectos constitucionais. RT Online. Vol. 276/2018. p. 45-57. Fev. 2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte I). RT Online. v. 244/2015. p. 87-150. Jun. 2015.
- SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 54/2006. P. 276-292. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. v. 5. p. 1019-1038. RT Online, 2011.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais [livro eletrônico]: a crise na construção de respostas no processo civil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman/ coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini). Não paginado.
- STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- _____. E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância? Coluna Senso Incomum. Portal Online Conjur. Publicação: 8 mar. 2018. Acesso: 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opiniaio-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Não paginado.
- TARTUCE, Fernando; DELLORE, Luiz. Gratuidade da justiça no novo CPC. Revista de Processo. v. 236. p. 305-323. Revista dos Tribunais Online, 2014.

PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Brigida Roldi Passamani¹

Caio de Sá Dal'Col²

Lívia Dalla Bernardina Abreu³

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático Constitucional inaugura no cenário jurídico brasileiro, a partir da Constituição de 1988, um novo paradigma, fundado na ressignificação dos direitos fundamentais cuja centralidade é conferida à pessoa humana e à dimensão de sua dignidade.

A partir desta virada paradigmática, todo o ordenamento jurídico perpassa o viés da *constitucionalização*, de modo a garantir a unidade (formal e substancial) no qual os diversos ramos do direito encontram-se imersos (embora referida cindibilidade se propague unicamente no plano da Ciência do Direito para fins de apreensão do objeto de estudo).

Não escapa ao fenômeno acima descrito a legislação processual, em especial o Código de Processo Civil de 2015, cujo artigo 1º logo dá conta de informar que todas as suas disposições serão ordenadas, disciplinadas e

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), área de concentração Justiça, Processo e Constituição. Pós-graduanda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Advogada. Endereço eletrônico: brigidapassamani@gmail.com.

² Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET). Aluno especial no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) área de concentração Justiça, Processo e Constituição. Advogado. caiodalcol@hotmail.com.

³ Mestre em Processo pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET). Advogada. liviadallab@gmail.com.

interpretadas conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição.

Neste cenário, a evolução dos modelos de controle de constitucionalidade das normas, cujo processo de simbiose e hibridação vinham sendo paulatinamente verificados ao longo das cartas constitucionais anteriores, desemboca em um arranjo de justiça constitucional típico do ordenamento brasileiro, ao se coordenar desenhos de controle oriundos de tradições jurídicas distintas em um mesmo sistema jurídico.

Não só a coordenação das diferentes técnicas pode ser amplamente verificada na Carta Constitucional de 1988, como as divergências e similitudes de cada modelo foram, respectivamente, se dissolvendo e ampliando, de modo que se pode afirmar ter o Código de Processo Civil de 2015 estreitado, de veras, a aproximação das vias de controle concentrado e difuso.

Com vistas à contextualização alhures delineada, o presente artigo se proporá a traçar um breve panorama acerca da evolução histórica dos modelos processuais de controle de constitucionalidade das normas, partindo-se da Carta Imperial de 1824 até o advento da última Constituição Democrática, a fim de que seja salientado quais as influências e principais modificações ocorreram ao longo do tempo.

Ao final, será evidenciada como a dogmática processual fora ordenada na novel legislação (e legislação processual extravagante em matéria de controle de constitucionalidade), de modo a evidenciar a ruptura da inconsistência anteriormente vivenciada entre o direito processual constitucional e o direito processual infraconstitucional, em conjunção aos modelos de controle supra delineados.

A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

A evolução constitucional nacional, conforme lições preconizadas por Paulo Bonavides (2017, p. 369) percorrem três grandes fases

identificáveis quantos aos “valores políticos, jurídicos e ideológicos” em sua formação. A primeira delas relacionada às influências do modelo constitucional francês e inglês do século XIX. A segunda, atada ao modelo norte-americano. A terceira, identificada com o constitucionalismo alemão do corrente século, ainda em curso.

Os rumos constitucionais contemporâneos somente podem ser bem assimilados, neste delinear, a partir da compreensão histórica da matéria, em especial, aos modelos de controle de constitucionalidade desenvolvidos, frisando-se que a cada ruptura, muito pouco ia sendo eliminado do influxo anterior, senão acumulado para o desenvolvimento de um novo arranjo constitucional.

Dando início ao presente percurso, o primeiro momento da história constitucional nacional se inicia no ano de 1822, estendendo-se até 1889, com a proclamação da República. Trata-se do período imperial, cuja carta constitucional não previa mecanismos de controle de constitucionalidade. Sob a influência das teorias jusnaturalistas contratualistas (JEVEAUX, 2015, p. 52), a lei era vista como a vontade geral da nação.

A Constituição de 1924, diferentemente de seu projeto, acrescenta a repartição dos poderes um quarto elemento: o Poder Moderador, de titularidade do monarca, compondo o que se denomina como a “chave de toda a organização política do Império” (BONAVIDES, 2017, p. 372).

Com o advento da República, inaugurada em 1889, é editada a Constituição Federal de 1891, notadamente idealizada por Rui Barbosa, confesso admirador da organização político-jurídica dos Estados Unidos da América. O sistema republicano, a forma presidencialista de governo, a forma federativa de Estado e a criação de uma corte superior sedimentam a possibilidade do Supremo Tribunal Federal decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder.

O sistema de controle, portanto, conforme inaugurado, é concebido como um modelo difuso, incidental, judicial e repressivo, calcado no ideal norte-americano de democracia republicana. Importa salientar que, à época, conforme ensina Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 1096), vigorava entre os operadores do direito a convicção de que o controle

de constitucionalidade não renunciaria ao exercício recursal das partes, conectado, desta forma, aos casos concretos levados a análise da Corte Suprema (artigo 59, §1º, alíneas “a” e “b”).

Seguidamente a Constituição de 1891, a Lei nº 221/1894, com o fito de regulamentar a matéria infraconstitucional, estende a competência para o exercício do controle de constitucionalidade a todos os juízes e tribunais, enfatizando o caráter difuso do modelo inaugurado.

No ponto, é necessário destacar, contudo, que a concepção política e doutrinária de um estado liberal, tal como concebido na Carta Republicana de 1891, adentra solo nacional de forma tardia, fato este robustecido por se terem passado pouco menos de cem anos desde da emblemática decisão do caso *Marbury vs. Madison*, da Suprema Corte de *Marshall*.

Adiante, a Constituição Federal de 1934, embora brevemente vigente no ordenamento nacional, tornou-se estritamente relevante quando trouxe para o ordenamento nacional a cláusula da reserva do Plenário, segundo a qual os tribunais somente poderiam declarar a inconstitucionalidade das leis mediante o voto da maioria de seus membros.

Conforme teve-se a oportunidade de salientar (ABREU, 2017, p. 40), a cláusula do *full bench* é “um instrumento de reforço da presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, pois torna mais difícil a decisão de invalidação”, fato este que corrobora para os ideais de segurança jurídica e estabilidade, ante as constantes mudanças de posicionamento dos tribunais (MENDES, 2011, p. 1096).

Neste particular, destaca-se o fato de que a não incorporação da regra do *stare decisis* e do modelo de precedentes vinculantes, fundamentalmente necessários para um modelo de controle de constitucionalidade difuso e concreto, deixou lacuna importantíssima em aberto no cenário nacional, de modo que fora necessário buscar em outros elementos a necessária vinculação dos tribunais às decisões proferidas em sede de controle.

Dito isto, a mencionada Constituição previu a possibilidade de extensão da eficácia da declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pelo Senado Federal (artigo 91, 1, inciso IV), tornando-a, então, vinculante e *erga omnes*.

Em verdade, a mencionada exigência, que não encontrou grande aderência no contexto jurídico pátrio, reflete a visão ortodoxa do princípio da separação dos poderes identificado com um modelo de eficácia próprio dos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica. Não outra é a observação realizada por Bonavides (2017, p. 376), de que tanto a Carta Constitucional de 1934, quanto as de 1946 e 1988, sofrem “profundo influxo do constitucionalismo alemão do século XX”, influxo este que parte ora da Constituição de Weimar, ora da Lei Fundamental de Bonn, em 1949.

Ainda, mister evidenciar que o protagonismo da Constituição de 1934, deve-se, igualmente, a previsão da ação de representação interventiva, uma ação direta que detinha como escopo específico submeter ao Supremo Tribunal Federal as leis ou atos normativos estaduais ou municipais abusivos, cuja legitimidade ativa fora conferida ao Procurador Geral da República.

Sob influência do modelo austríaco de controle, em especial da doutrina desenvolvida por Hans Kelsen, interessante destacar que, na Constituição de 1934, chegou-se a apresentar proposta de criação de uma Corte Constitucional com o objetivo de salientar a importância do desenvolvimento de uma jurisdição constitucional, conforme ressaltado por Mendes (2011, p. 1098).

Pois bem. Seguindo adiante, tem-se o advento do “Estado Novo”, momento ditatorial em que fora outorgada a Constituição de 1937, comumente apelidada de “polaca”. Nela, retrocessos são verificados na construção de um modelo estável de controle de constitucionalidade. Isto porque permitiu-se que o parlamento suspendesse a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Tratava-se de espécie de revisão constitucional, a cargo, ao fim e a cabo, do governante, Getúlio Vargas, uma vez que o Congresso se encontrava fechado em razão do regime ditatorial.

O período que se seguiu a partir do retorno democrático, com a Constituição de 1946, reestabeleceu o sistema de controle de

constitucionalidade tal como concebido em 1934, o qual permaneceu difuso e concreto, prevendo algumas alterações no que tange a intervenção federal no caso de agressões a princípios constitucionais (JEVEAUX, 2015, p. 224).

Com a Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal cumpriu papel de destaque para a evolução do sistema de controle de constitucionalidade (MENDES, 2011, p. 1102), ao procurar “estabelecer a extensão, a executoriedade e a conclusividade de seus julgados, reiterando-se ainda a excepcionalidade ínsita à decretação de inconstitucionalidade das leis ou atos, diante da autonomia legislativa e administrativa vigentes no país (ABREU, 2017, p. 42-43).

Não obstante, com o Golpe Militar de 1964 e o início de novo período ditatorial em solo brasileiro, outro não foi o caminho quanto a desarticulação institucional da *judicial review*. A ordem jurídica nacional perpassou, naquele momento, por profundas modificações, articuladas, acima de tudo, pelos Atos Institucionais, alcunhando aquilo que se testemunhou como dois poderes constituintes paralelos:

um, tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e autointitulado revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda n.º 1 a Constituição de 1969, ou seja, a Constituição da Junta Militar, de 17 de outubro de 1969 (BONAVIDES, 2017, p. 375).

A Emenda Constitucional n.º 16 de 1965, editada após o Golpe, mas referente à Constituição de 1946, é que dá o grande salto qualitativo referente a sedimentação do modelo concentrado de constitucionalidade no ordenamento nacional, prevendo a ação de representação de inconstitucionalidade, uma ação direta e genérica, marcando o início do sistema misto de controle.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, ao contrário do que levaria a crer, consagraram o modelo misto de controle, embora pudesse ser notado o evidente enfraquecimento do sistema de

freios e contrapesos, bem como a manutenção meramente formal de uma ordem constitucional (BEDÊ JUNIOR, 2013, p. 164/165).

Adiante, a Emenda nº 07 de 1977 trouxe outras inovações para o sistema processual de controle, como a *representação para fins de lei ou ato normativo federal ou estadual*, de legitimidade ativa do Procurador Geral da República, e a competência do Supremo Tribunal Federal para deferir pedido cautelar nas ações de representação de inconstitucionalidade.

É com o período da redemocratização, após o fim do regime ditatorial e com consolidação da Constituição Federal de 1988, que todo este cenário inicia um processo de vertiginosa transmutação e virada paradigmática, de modo que a ela momento histórico será destinado tópico específico para a sua apreciação, conforme a seguir se faz.

O JUDICIAL REVIEW NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A Constituição Federal de 1988 representou o momento jurídico em que foram fincadas as bases para o desenvolvimento do Estado Democrático Constitucional. Neste cenário, a *judicial review*, tal como anteriormente concebida, sofre inúmeras transformações e aprimoramentos.

Manteve-se o controle dúplice de constitucionalidade e a unicidade da jurisdição. Tal fato implica em dizer que o controle de constitucionalidade das leis no Brasil se materializa sempre por intermédio dos órgãos jurisdicionais, isto é, não há jurisdição administrativa ou *política* para verificação da compatibilidade constitucional das normas, como no sistema francês, a título de exemplo. É por influência norte-americana, (ZANETI JUNIOR, 2014, *passim*), portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro incorpora o sistema inglês de unidade de jurisdição.

Neste ínterim, tendo como substrato a eficácia imediata dos direitos fundamentais aos direitos individualizados ou coletivamente considerados, bem como a “cláusula aberta do controle judicial” (ZANETI JUNIOR, 2016, p. 53), estando os tribunais vinculados ao *direito* e não exclusivamente

às leis (vide artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988), é que se operacionaliza o controle difuso e concreto de constitucionalidade, exercido de forma incidental em um processo subjetivo.

De outra monta, ao lado deste modelo, há a adoção do sistema austríaco de controle concentrado, de competência privativa do órgão de cúpula em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental.

O que se destaca no modelo híbrido sob o qual se debruça este trabalho é (1) a considerável ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura das ações de controle pela via principal, como acima delineado; (2) a manutenção da representação de inconstitucionalidade, agora como mecanismo de controle direto no âmbito dos Estados-membros; (3) a previsão de instrumentos para controle das inconstitucionalidades por omissão (a saber, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção); (4) a necessidade de atuação do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República enquanto reforço a presunção de constitucionalidade das leis; (5) da possibilidade do Senado em editar resolução suspensiva da norma declarada inconstitucional pelo STF no exercício do controle difuso; (6) e, finalmente, a introdução do mecanismo de repercussão geral para os recursos extraordinários

Neste particular, em relação ao último ponto, é necessário que se afirme a feição verdadeiramente constitucional conferida à repercussão geral do recurso extraordinário, cujo objetivo central foi o de conferir à Corte a possibilidade de *filtrar* os processos em que realmente exerceria o seu primordial papel conferido pela Carta Constitucional.

Relevância similar é igualmente verificada com a criação das súmulas vinculantes, a partir da reforma constitucional do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Neste ponto, mister sedimentar que a sua consolidação abriu espaço para a incorporação ao direito pátrio da regra de vinculação do *stare decisis*.

O fato é que, com a aproximação cada vez maior dos dois modelos de constitucionalidade, cada vez mais se tornou evidente o arranjo específico do modelo brasileiro de jurisdição constitucional.

No ponto, a Lei nº 9.868, editada em 1999, que trata especificamente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, isto é, ações de verificação em abstrato na norma jurídica, evidencia sobremaneira todo o processo que se intenta destacar.

Isto porque, em seu artigo 9º, § 1º, há autorização expressa para que, havendo necessidade de esclarecimento da matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações constantes nos autos, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar peritos para emitir parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Tal circunstância denota a inescusável e nítida tendência do Tribunal em admitir também análise do contexto fático subjacente à decisão em sede do controle abstrato. É certo que tradicionalmente o Supremo Tribunal Federal não admitiu a análise de *factos* nas ações diretas de constitucionalidade das normas, visto que, no modelo brasileiro, a questão da constitucionalidade pela via principal se dava de forma abstrata, isto é, da norma em *tese*.

Contudo, a partir da edição do mencionado dispositivo legal, tornou-se inescusável reconhecer que, embora se trate de controle abstrato da norma, o Tribunal Constitucional decide com base em *conceitos jurídicos indeterminados* que, por assim o serem, precisam de fatos e informações *concretas* para serem construídos.

Para Hans Kelsen, o Tribunal Constitucional não poderia proferir julgamento em sede controle de constitucionalidade com base em conceitos indeterminados, sob pena de infringir a competência especialmente designada a si pela Carta Maior:

Na verdade, Kelsen não negava a importância da análise fática para a concretização de princípios constitucionais abertos, apenas considerava que neste âmbito se coloca, em boa medida, a dimensão criativa da concretização da Constituição (atuação como 'legislador positivo'),

de maneira que o Tribunal Constitucional deveria deixar esse espaço livre para o exercício da discricionariedade do legislador. [„,] Tal circunstância explica a razão pela qual Kelsen acreditava que, embora a interpretação judicial tenha uma dimensão criativa, especificamente o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional consiste em atividade essencialmente vinculada à Constituição – e assim legítima à luz da separação entre os Poderes –, enquanto o uso de princípios abertos como parâmetros o transformaria em ‘legislador positivo’, atuando de maneira eminentemente criativa, o que implicaria usurpação de função legislativa (BRANDÃO, 2014, p. 193).

A edição do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) sedimenta a nítida aproximação das vias principal e incidental de controle de constitucionalidade. Mais do que isto, impõe a superação do “paradoxo metodológico” (DINAMARCO, 2003, p. 176), observado no constitucionalismo processual nacional, em razão da atual coordenação e hibridação das tradições jurídicas de *civil law* e *common law*.

Explica-se. No plano constitucional, o processo se constituía e desenvolvia sob influência da tradição jurídica americana, conforme sua formação inicial, sendo conjugado, paralelamente, a artifícios da tradição da *civil law*. Ao passo, no plano infraconstitucional, correspondia aos paradigmas relacionados à tradição romano-germânica, predominantemente presente na Europa continental.

O CPC/15, ao expressamente ser internalizado pela Constituição de 1988 logo em seu artigo 1º, põe fim ao mencionado paradoxo, ao determinar a necessidade de ser epistemologicamente reajustado ao influxo constitucional, de modo a ser *ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na ordem constitucional*.

Dito isto, a coordenação e convivência do duplíciplo modelo de controle de constitucionalidade são revigoradas na dogmática processual, de modo que se pode destacar os seguintes exemplos, que denotam a não hierarquização entre os referidos mecanismos, vez que comumente se atribui ao controle concentrado maior relevância e prevalência na análise da constitucionalidade da norma.

No que tange à fase de execução, tanto no artigo 525, §§ 12 ao 15 (aplicável à impugnação em geral), quanto no artigo 535, §§ 5º ao 8º (Dirigido à impugnação manejada pela Fazenda Pública), que têm a mesma redação, consideram inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade *concentrado* ou *difuso*.

Em atenção à necessidade de estabilidade do sistema, consignou-se, ainda, que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser “modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica” (artigo 927, §3º, CPC/15), novamente não havendo qualquer restrição a um ou outro modelo de controle.

No ponto, “ao examinar um único recurso extraordinário, o STF se verá obrigado a analisar a necessidade ou não de modulação, utilizando-se os mesmos critérios válidos para o controle concentrado” (SICA in CABRAL et al, 2015, p. 833).

Mesmo no tocante aos incisos I a V, do artigo 927, a versarem sobre os precedentes normativos formalmente vinculantes, há que se mencionar que não há distinção processual no tocante à vinculação do precedente emanado a partir do controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, eis que não há hierarquia entre os incisos com fulcro na topologia interna do artigo.

Tampouco poderia se falar que o controle difuso não teria sido contemplado enquanto potencial formador do precedente. Isto porque, conforme se observa da redação dada ao inciso V, os tribunais encontram-se igualmente vinculados aos precedentes advindos das decisões/orientações do plenário ou do órgão especial ao qual estão submetidos, de modo que se denota plenamente possível que esta decisão e precedente sejam alcançados via controle incidental e difuso no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Na mesma esteira, é possível se mencionar a técnica referente ao julgamento de casos repetitivos, seja por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, seja por meio dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Inicialmente porque ambas as técnicas, que partem de processos concretamente formulados (por intermédio de recursos especiais ou extraordinários), isto é, subjetivos, dão ensejos a fixação de teses que vincularão a todos que optarem por fazer parte do grupo, cujos processos versam sobre a questão de direito objeto do incidente já instaurado ou recurso representativo da controvérsia.

Em segunda análise, em razão do fato de que a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente ou da questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, devendo prosseguir para a fixação da tese, conforme artigos 976 e 998, parágrafo único, do mencionado dispositivo legal. Neste caso, a tese a ser fixada não se aplicará ao caso-piloto (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2016, p. 209-2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do percurso constitucional brasileiro, as constituições nacionais foram recebendo influxo e influência de diversas tradições jurídicas, em especial, do modelo norte-americano de *common law* e do modelo romano-germânico de *civil law*.

Não só na configuração da própria organização judiciária e nos processos e métodos interpretativos, as diferentes tradições desempenharam papel de extrema relevância no estabelecimento de esquemas de controle de constitucionalidade, que se aproximaram, no percurso delineado, em um arranjo tipicamente brasileiro.

Ao fim e ao cabo, o Código de Processo Civil consolida a tendência atual de tornar cada vez menor a distinção entre os modelos abstrato

e concreto de controle de constitucionalidade, de modo que a Corte Superior, progressivamente, busca se imbuir da sua mais relevante função jurídica e social, que é a análise das questões mais sensíveis à sociedade, seja por meio do controle propriamente considerado das normas jurídicas, ou mesmo por intermédio da fixação de teses em sede de casos repetitivos, resultando na formação dos respectivos precedentes.

A nova sistemática processual desenha contornos ainda mais amplos para a tendência de aproximação dos modelos, estreitando o vínculo entre as distintas tradições no ordenamento nacional.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Livia Dalla Bernardina. Os efeitos temporais das decisões do supremo tribunal federal no controle de constitucionalidade em matéria tributária: uma proposta de racionalização. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Estado do Espírito Santo. Disponível em: < http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_11247_L%CDVIA.pdf>.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. In: Revista do Senado, ano 50, número 197, jan/mar. 2013. Disponível em: Acesso em out./2016.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 44, p. 189-220, 2014.
- DIDIER JUNIOR., Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos? Espécies de processo coletivo no Direito Brasileiro: aproximações e distinções. Revista de Processo, v. 256, p. 209-216, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v.1.

- JEVEAUX, Geovany Cardoso. Direito constitucional: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. Teorias do Estado e da Constituição. 1ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed. Saraiva: São Paulo, 1999.
- _____. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei – “Unvereinbarkeitserklärung” – na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. Revista de informação legislativa, a. 29, nº 118. Brasília: Senado Federal, abr./jun./1993.
- _____. Curso de direito constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentários ao art. 525 do CPC/2015. In: CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo. Org. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 825-835.
- ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 927 do CPC/2015. In: CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo. Org. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1320-1332.
- _____. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____. Precedentes (treat like cases alike) e o novo código de processo civil; universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. Revista de Processo, São Paulo, v. 235/2014, p. 293-349, 2014.

PROBLEMAS DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO RITO SUMÁRIO EM JULGAMENTOS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Tiago Figueiredo Gonçalves¹

Gabriel Zoboli de Assis²

Vladimir Cunha Bezerra³

INTRODUÇÃO

A problemática deste trabalho gira em torno da aplicação do rito estabelecido pelo artigo 12, da Lei 9.868/1999, segundo o qual “*Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria [...], poderá, [...] submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.*” Tal procedimento é aplicado sem análise do pleito de urgência das ações. Surge, então, um problema: há ações tramitando no Supremo por anos, sem avaliação da cautelar pleiteada; e sem julgamento definitivo. A tais ações se aplicou esse rito

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1999), Mestre (2003) e Doutor (2008) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é Diretor da ESA/ES, Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário do Espírito Santo - UNESC, Professor Adjunto da Graduação e do Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Espírito Santo.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2013). Pós-graduado em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2015). Mestrando no Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Assessor de Nível Superior, no Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo.

³ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2006). Pós-graduado em direito público Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (2007). Mestrando no Programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

por se almejar uma solução definitiva e rápida, o que de fato não se verificou. A demora em se proferir uma decisão com exercício de cognição exauriente ou sumária acarreta insegurança jurídica. Processos com temas relevantes estão atravancados.

Ratifica-se, aqui, a relevância e a justificativa do ponto a ser desenvolvido. O Controle Concentrado de constitucionalidade é tema de importância muito robusta para a sociedade, sendo imprescindível perscrutar os problemas advindos do processamento de tal controle; sobretudo quando esse tipo de processo envolve demandas que necessitam de rápida resolução.

ENTENDENDO O PROBLEMA – DEMANDAS QUE ESTÃO PARADAS AGUARDANDO UM JULGAMENTO DEFINITIVO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já mencionado, neste breve trabalho verificar-se-á tema atinente a medidas cautelares em sede de controle de constitucionalidade; mais especificamente, a respeito da aplicação do rito estabelecido pelo artigo 12, da Lei 9.868/1999:

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

“Tem-se aqui um procedimento sumário para a ação direta de inconstitucionalidade”. (MENDES e BRANCO, 2018, p. 1326). Há de se enaltecer que tal rito é aplicável a todas as ações do controle concentrado de constitucionalidade (Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, Ações Declaratórias de Constitucionalidade, e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal aplicam o procedimento previsto no citado dispositivo legal, deixando de analisar o pleito de urgência contido nas ações. Surge, então, um problema: há ações com tramitação no Supremo Tribunal Federal por considerável interregno (chegando a anos), sem a avaliação da cautelar inicialmente pleiteada; e – tampouco – sem o julgamento definitivo, como seria o esperado, dada a aplicação do rito estabelecido na base legal acima mencionada.

A partir do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na rede mundial de computadores, constata-se que 68,84% (num total de 857 feitos) dos processos encaminhados para decisão liminar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade foram submetidos ao rito estabelecido pelo artigo 12, da Lei 9.868/1999. Esse número chega a 100% nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (num total de 5 feitos). O percentual das Ações Declaratórias de Constitucionalidade submetidas ao rito sumário é de 23,81% (também num total de 5 feitos). No que tange às Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, o percentual é de 42,86% (para um total de 27 feitos). A última atualização desses dados é de 08/06/2018, e seu quantitativo inclui apenas processos em trâmite a partir de 2000.

Esse fato, ocorrendo no controle concentrado, gera considerável insegurança jurídica. Temas de aguda relevância experimentam ou experimentaram a demora judicial em sua resolução, o que é indesejado para todos os jurisdicionados.

Cite-se como exemplo a ADI nº 4.116/SP. Nessa ação, impugnava-se Lei Estadual que inverte as fases do procedimento licitatório, determinando a abertura dos envelopes com as propostas antes do exame dos documentos relativos à habilitação dos concorrentes.

A ação em tela fora protocolizada em 31/07/2008. No dia 26/08/2008, foi publicado no processo despacho em que se ordenava a submissão do processo ao rito previsto no artigo 12, da Lei 9.868/1999.

Não obstante a evocação desse rito se dar com o desiderato de celeridade na resolução (definitiva) do busílis, a decisão que pôs termo ao processo somente veio em 20/07/2012. Com o pormenor de que tal

decisão encerrou o feito por problema processual⁴, não chegando, a Corte, a analisar a juridicidade dos dispositivos impugnados. Essas informações sobre a tramitação do processo foram extraídas do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, na rede mundial de computadores.

Então, durante quatro anos a comunidade jurídica (sobretudo os que operam o cotidianamente na Administração Pública) aguardou para um desfecho propriamente jurídico para o caso. O conúbio da falta de apreciação liminar por parte do Supremo Tribunal Federal, com a demora processual apresenta grave problema a todos, dada a importância do Supremo como guardião da Constituição Federal; mister em que ganha relevo a atuação do Tribunal no Controle Concentrado de Constitucionalidade.

Na ADI nº 3.757, do Paraná, questionou-se uma Lei estadual que permite, dentre outros pontos, o acesso de entidades estudantis a planilhas de elaboração de custos das instituições educacionais. O despacho que subsumiu a situação ao rito do artigo 12, da Lei 9.868/1999 data de 11/07/2007. O julgamento da ação, julgando procedentes os pedidos veiculados, deu-se em fevereiro de 2015.

Na ADI 2946-1, questiona-se a higidez do artigo 27, da Lei 8.987/1995, que prevê a caducidade da concessão quando ocorrer a “transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente”. Esse processo está sem uma manifestação material (tanto em nível de cognição exauriente como em nível de cognição sumária) por parte do Supremo desde 30/07/2003.

Essas ações, que se tomaram exemplificativamente, foram designadas para ter as respectivas tramitações regidas pelas balizas do artigo 12 justamente porque demandavam uma solução definitiva e rápida. Nos casos, não houve soluções; sequer rápidas e definitivas. A demora em se proferir uma decisão judicial com exercício de cognição,

⁴ Conforme consta da decisão do Ministro Gilmar Mendes: “De fato, consta dos autos somente o estatuto social da CEBRASSE, sem maiores demonstrações do alegado caráter nacional da entidade. Ante o exposto, nego seguimento à presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Int.. Brasília, 20 de julho de 2012.”

seja exauriente ou mesmo sumária, acarreta a perpetuação da insegurança jurídica, conforme acima já se pontuou.

Abstraída a circunstância de esses serem julgados ou não, o fato é que a submissão ao rito em tela impediu com que se produzisse um juízo cognitivo sumário em sede de tutela de urgência e não blindou as ações contra os efeitos da demora processual.

Leis que tratam sobre remuneração de servidores; rotulagem de produtos transgênicos; questões tributárias; pontos afetos a planos de saúde; enfim. Há um amplo repertório de temas de aguda importância que estão ou estiveram atravancados por conta do problema ora abordado.

APONTAMENTOS SOBRE O RITO SUMÁRIO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE REFERENCIAL TEÓRICO PARA A ABORDAGEM DO PROBLEMA

Pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, assim como pelas outras ações do controle concentrado de inconstitucionalidade, o legitimado pretende a anulação de determinados textos normativos, por estarem em desconformidade com a Constituição, de modo que tal medida visa a assegurar a coesão do sistema do direito positivo (SILVA, 217, p. 144).

A possibilidade de pedido cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade é constitucionalmente prevista, no artigo 102, inciso I, alínea *p*, da Constituição Federal.

Não obstante o pleito cautelar, em tese, deva se tratar de medida excepcional – dada a presunção de validade dos atos estatais – observa-se que, devido ao congestionamento da pauta Corte Suprema, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada admite maior peso (BARROSO, 2016, p. 230).

Já se falou que a *ratio essendi* do artigo 12 da Lei 9.868/1999 é propiciar um julgamento mais célere das ações do controle concentrado de constitucionalidade. A propósito, por tal graça é que Luis Roberto Barroso

afirma que o dispositivo em voga abriga um julgamento sumaríssimo das ações sobre as quais ora se discute.

Um dos desafios enfrentados pelos processualistas tem sido “a busca de meios capazes de neutralizar os efeitos perversos do tempo sobre os direitos, mediante a oferta de meios aptos a proporcionar a tempestividade da tutela jurisdicional” (DINAMARCO e LOPES, 2018, p. 56).

É nesse ensejo que se prevê o julgamento sumário das ações do controle concentrado. Barbosa Sobrinho traz trecho da exposição dada, no projeto que resultou na Lei em apreço, segundo o qual o julgamento sumário, “além de permitir uma decisão definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo, permite que o Tribunal delibere, de forma igualmente definitiva, sobre a legitimidade de medidas provisórias, antes mesmo que se convertam em lei” (BARBOSA SOBRINHO, 2000, p. 37).

Ora, se esse é o objetivo da Lei, não parece que se o está cumprindo, uma vez que a demora vem a acometer as (importantíssimas) ações submetidas a tal rito. A *solução definitiva da controvérsia constitucional em curto espaço de tempo*, nos dizeres da exposição de motivos, não parece ter passado das palavras aos fatos.

Ou seja, aplica-se – na Corte Constitucional – um rito de caráter abreviado, porque determinado processo carrega tema de muita importância para ser avaliado em tutela liminar. É como se uma demanda, de tão relevante, não pudesse ser apreciada em nível de sumariedade cognitiva; devendo, desde logo, aplicar-se-lhe uma sumariedade formal, para que já se tenha a cognição exauriente que o tema demanda. Essa fórmula, prevista pelo legislador ao tecer o artigo 12, da Lei 9.868/1999, dista muito da realidade, à medida em que, pela circunstância de a uma demanda incidir o rito sumário, não se aprecia a respectiva liminar, e se demora na consecução do julgamento definitivo.

A DEMORA DO JULGAMENTO DAS AÇÕES E A FALTA DE APRECIÇÃO DAS LIMINARES COMO AFRONTA À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, À EFICIÊNCIA, E À SEGURANÇA JURÍDICA

Humberto Theodoro Júnior, ao comentar o artigo 15, do Código de Processo Civil, leciona que cabe ao Código o *“papel de fonte de preenchimento de todas as lacunas dos outros diplomas processuais”* (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 99).

Não há dúvidas de que o diploma processual civil se aplica aos julgamentos dos processos do controle objetivo de constitucionalidade. Nesse sentido, as normas fundamentais do processo civil (previstas nos artigos iniciais do Código) devem ser observadas nos julgamentos das ações sob comento neste trabalho. Há de se levar em conta que as normas fundamentais tratadas pelo legislador do Código de Processo Civil *“são os eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”* (MARINONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2016, p. 165).

As normas fundamentais positivadas pelo Código de Processo Civil açambarcam na legislação processual a inspiração constitucional. Não há de se olvidar que a Constituição Federal é a base fundamental, tendo função de *direção jurídica*, conforme leciona Nery, dotando *“os direitos fundamentais de força vinculante para todo o ordenamento jurídico”* (NERY, 2016, p. 51).

Há de se enaltecer, num primeiro momento, que a demora dos julgamentos, conforme acima se referenciou, afeta a duração razoável do processo, prevista constitucionalmente (artigo 5º, inciso LXXVIII) e no Código de Processo Civil (artigo 4º). A demora na solução das contendas que se indicou alhures vai de encontro ao que concebeu o legislador quando *“trouxe, para dentro do Código, a interpretação constitucional de que o acesso à justiça compreende, também, a saída da justiça em tempo razoável”* (ABELHA, 2016, p. 60).

Humberto Ávila, ao discorrer sobre a calculabilidade do Direito, afirma que esta é o estado no qual o cidadão tem a capacidade de *“medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a*

atos, próprios e alheios, ou a fatos e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada” (ÁVILA, 2016, p. 628).

Ávila lista uma série de fatores limitadores aos Poderes para que a calculabilidade possa ocorrer. Dentre elas, é necessário que não decorra um interregno muito longo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada, o que o autor referido trata como a segurança jurídica pela razoável duração do processo (ÁVILA, 2016, p. 643).

Em outras palavras, o problema veiculado neste trabalho também abala a segurança jurídica.

Mas, para além do não atendimento à razoável duração do processo (e segurança jurídica), há de se indicar, ainda, que a circunstância de não se avaliar a liminar nas ações do controle concentrado de constitucionalidade, a pretexto de um julgamento definitivo que demora a ocorrer, também afeta a eficiência, prevista no artigo 8º, do diploma processual civil em voga, no sentido de que a eficiência se caracteriza por *“demandar que a atuação do Poder Judiciário seja pautada pela busca do resultado prático das demandas”* (NASSER, 2016, p. 35)

Didier afirma que um processo para ser devido, há de ser eficiente, sendo o princípio da eficiência um dos corolários do devido processo legal (DIDIER, 2017, p. 113).

É interessante notar que incide, na observância da eficiência que há de ser atendida no processo, a vertente a ser observada pela Administração Pública, consoante mandamento insculpido no artigo 37, da Constituição Federal, razão pela qual Câmara afirma que *“sua incidência no sistema processual decorre do art. 37, da CRFB”* (CÂMARA, 2017, p. 16).

É de se considerar que quando um legitimado vai ao Supremo Tribunal Federal aspirando a um julgamento liminar ele o faz por conta de – obviamente – algo relevante e urgente. O relator do respectivo processo, contudo, pode, em havendo pedido liminar, aplicar o rito abreviado. Veja-se que o autor não clama pela aplicação do rito do artigo 12, da Lei 9.868/1999. Quem o determina é o relator.

Ademais, sumariedade formal e sumariedade cognitiva não se excluem. Ora, nada impede que a Corte, mesmo aplicando o rito

estabelecido pelo artigo 12, avalie o pleito liminar posto pelo autor da demanda. Nada impede, portanto, que o autor de uma ação, em verificando a adoção do rito sumário, peticione à Corte, para que, não obstante a realização do procedimento abreviado, avalie o pleito liminar, em sede de concessão – ou não – de medida cautelar.

Ao que parece, tal medida salvaguardaria melhor os direitos colocados em jogo quando um dos legitimados para o patrocínio das demandas do controle concentrado de constitucionalidade for ao Supremo pleiteando o juízo de constitucionalidade de um ato, bem como sua avaliação liminar.

Não é demais ressaltar, conforme afirma Pedro Luiz do Nascimento Filho, que as Cortes judiciais, ao proferirem decisões estão desempenhando importante papel no jogo democrático, muito além de dar soluções aos conflitos do caso concreto; de modo que tal tarefa ganha contornos mais robustos nos Tribunais constitucionais, pois, “*são elas que dão a palavra definitiva acerca da interpretação das Constituições*” (NASCIMENTO FILHO, 2009, 177).

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. Manual de direito processual civil. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 2016.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. Comentários à Lei n. 9.868/99 – processo do controle concentrado de constitucionalidade, São Paulo, Saraiva, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3º ed., São Paulo, Atlas, 2017.

- DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora Juspodivm, Volume 1, 19ª ed. 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018.
- NASCIMENTO FILHO, Pedroo Luiz. Medidas Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade. In: COUTINHO, Diogo R., e VOJVODIC, Adriana M. (Organizadores) Jurisprudência constitucional: como decide o STF?. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 176-196.
- NASSER, Paulo Magalhães. In: CÂMARA, Hélder Moroni (coordenador). Código de processo civil: comentado. São Paulo, Almedina, 2016, pp. 21-52.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- SILVA, Yuri de Oliveira Dantas. Anulação e controle das normas jurídicas: uma análise a partir da ação direta de inconstitucionalidade. (livro oriundo de dissertação de mestrado apresentado ao PPDGIR/UFES). Campo Grande, Contemplar, 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I. 58ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DA HERMENÊUTICA E ANALÍTICA ADEQUADA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Camila Farias Martins¹

Isabela Tonon da Costa Dondone²

INTRODUÇÃO

Os princípios jurídicos vêm ganhando destaque no cenário jurídico brasileiro, principalmente com a Constituição Federal de 1988. Geovany Jevaux³ traz em seu livro que, para Robert Alexy:

[...] os princípios são por ele chamados de mandados de otimização, e mandados (proibição e permissão) são parte da deontologia, ou seja, tudo que é obrigatório. Desde logo se vê, portanto, que os princípios não são tratados desde o início como uma categoria axiológica ou antropológica, mas sim deontológica (JEVAUX, 2015, p. 118).

Com isso, entende-se que as normas visam um fim, no sentido de promover um conteúdo pretendido. É possível aproximar os princípios a valores, porém, não podem ser confundidos, pois enquanto os princípios jurídicos estão no plano deontológico, à luz da teoria de Robert Alexy, vinculando condutas necessárias para o estabelecimento de um estado de coisas, os valores estão no plano axiológico, atribuindo apenas qualidades a um objeto.

¹ Graduanda em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0633311728858142>. Email: camilafariasmartins@gmail.com.

² Graduanda em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7390956730691966>. Email: belatonon@gmail.com.

³ JEVAUX, Geovany. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1ª edição. São Paulo: Gz Editora, 2015.

No que tange a interpretação do juiz e seu dever de motivação, é possível inferir uma contribuição significativa da Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 93, inciso IX, no qual Marioni, Mitidiero e Sarlet⁴ pontuam tal dever como característica indissolúvel ao Estado Constitucional, no qual sem a devida fundamentação a decisão perde aspectos cruciais, tais como a “justificação da norma para o caso concreto e a capacidade de orientação para as condutas sociais” (MARIONI; MITIDIERO; SARLET, 2016, p. 785-786).⁵

Desse modo, esse artigo tem por objetivo exaurir algumas questões acerca do princípio da fundamentação da hermenêutica e analítica adequada das decisões judiciais à luz da Constituição Federal de 1988, artigo 93, inciso IX e do Novo Código de Processo Civil de 2015, artigos 11 e 489, mostrando também alusão ao antigo Código de Processo Civil de 1973 e seus pontos superados ou não acerca desse princípio.

HERMENÊUTICA E ANALÍTICA: CONCEITOS FUNDAMENTAIS

O movimento filosófico contemporâneo chamado de giro linguístico⁶ trouxe ao mundo científico uma nova perspectiva acerca do conhecimento: a linguagem representa o elemento que constitui o conhecimento bem como o sentido do mundo. Nesse contexto, é possível conferir que ao Direito também recai tal giro linguístico e, portanto, os textos normativos, que são transmitidos em linguagem, devem ser conduzidos pela linguagem própria do fenômeno jurídico. Contudo, é necessário observar que os objetos jurídicos não são dotados de um único significado, tampouco devem ser interpretados de maneira absolutamente livre. Para isso, dois

⁴ MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Carlos Frederico Bastos, em sua tese de Mestrado “*O controle da decisão judicial no processo civil: a contribuição da hermenêutica e da analítica para um modelo de fundamentação adequado ao paradigma da linguagem*”, explica que o giro linguístico é responsável pela mudança da Filosofia da Consciência para a Filosofia da Linguagem, no qual a linguagem passa a ser a figura central do pensar, rejeitando a possibilidade do conhecimento no sujeito ou na essência dos objetos.

campos tem muita importância para o estudo interpretativo e a linguagem: a hermenêutica e a analítica.

Hermenêutica pode ser conceituada como “arte ou técnica de interpretar corretamente um texto (LUCAS, 2017, p. 14)”⁷. Nela há um duplo sentido do significado: o primeiro é a logos hermenêutica ou pré-compreensão, que consiste num conhecimento anterior à linguagem, adquirido do contexto histórico ao qual o intérprete está sujeito. Já o segundo significado é a logos analítico, que é caracterizada pela compreensão que se externaliza pela interpretação, ou seja, é produto da linguagem. Já a analítica é a abordagem que busca estudar e explicar todos os termos, conceitos e estruturas do direito, de forma a analisar os elementos separadamente ou juntamente a todo o ordenamento.

A crítica comumente feita pelos adeptos da hermenêutica a analítica está no excesso de procedimentalismo, pela maior atenção a forma do que ao conteúdo em si. Já os analíticos acreditam que os hermeneutas não são tão claros, o que descaracteriza a cientificidade do estudo. Contudo, faz-se necessário aqui dizer que os teóricos que defendem cada um dos pontos entendem a importância da outra teoria. Ademais, há pontos em comum dos dois estudos: as duas correntes são interdependentes e circulares, pois, além de derivarem do giro linguístico, elas também trabalham sob aspectos diferentes da linguagem, que podem se complementar. Por fim, o novo Código de Processo Civil trouxe ao direito processual o retorno da hermenêutica e analítica por meio de artigos como o 489, que aborda sobre a interpretação e aplicação do direito, fazendo clara alusão à teoria de Robert Alexy⁸.

⁷ LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. *Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017.

⁸ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Revised ed. edition. Inglaterra:Oxford University Press, 2010.

A SUPERAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O papel do Juiz no ordenamento jurídico é, em última análise, buscar a resposta para a questão proposta pelas partes no processo. Esse tema é central para um grande número de controvérsias quanto a segurança da apreciação subjetiva, o que impulsiona o desenvolvimento do campo da Hermenêutica no sentido de efetivar a imparcialidade do julgador, e assim, minar possíveis abusos de direito.

Nesse sentido, de forma mais detalhada, cabe a visão de Francesco Carnelutti (CARNELUTTI, 1950, p. 210-211), para quem a dúvida é o ponto nevrálgico do ato decisório. Segundo este autor, analogicamente ao símbolo da Balança, em equilíbrio quando “vazia”, os dois pratos nela pendentes representam os dois extremos da dúvida. A resolução da questão posta se dá pela escolha, entre um “sim” e um “não”. No contexto resolutivo do mérito, a balança sempre penderá para um dos lados, e neste ato de inclinar-se, segundo o jurista italiano, reside a idéia de razão.

O convencimento do juiz tenderia para um dos litigantes, em função dos argumentos fáticos e jurídicos contemplados nos autos do processo. Ao ser proferida, a decisão motivada, firmaria o uso da razão pelo juiz em um ato judicial que segundo critérios fáticos e jurídicos, beneficiará ou prejudicará o sujeito do processo. O jurista distingue a “razão ética”; baseada no subjetivismo do “bom” ou “mal”, aquela que possui caráter ético como proveniente de uma “valoração concreta”, derivada do direito natural (sistema de “leis naturais de direito” da “razão jurídica”; que por sua vez, não deixa de ser um juízo de “bem” ou mal”, porém, seria um juízo de acordo com o que “a lei estatui como bem ou mal”. A lei, portanto, concretiza-se como critério racional de definição de atos reprováveis ou não.

Contudo, o Código de Processo de 1973, Lei Nº 5.869, cristalizou o sistema de livre convencimento em seu artigo 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

O sistema normativo pátrio ao utilizar tal princípio, libertava o magistrado do formalismo da lei, retirava a adstrição ao laudo pericial produzido nos autos, permitindo ao julgador analisar o caso concreto levando em conta sua livre convicção pessoal, o que, na prática, perpetuava o Poder Discricionário do Juiz, travestido de livre convencimento, evidenciando o problema do protagonismo judicial, característico de fases superadas do Direito Processual, onde o Magistrado ocupava o topo de uma relação angular e desigual em relação às partes.

O Estado Democrático Constitucional fundamentado na Constituição da República Federal do Brasil, vigente desde 1988, estabelece na redação atual de seu artigo 93, IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade[...]”. Trazendo a obrigatoriedade da fundamentação para o plano dos direitos do cidadão brasileiro, tanto no âmbito administrativo (inciso X, do mesmo dispositivo), quanto no judicial.

No entanto, como critica Lenio Luiz Streck⁹,

de nada adiantará exigir do Juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação, se ele tiver a liberdade de invocar a “jurisprudência do Supremo”, que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes. Dá-se com uma mão e tira-se com outra (STRECK, 2015, p. 34).

O livre convencimento motivado consistia em remanescente “modelo solíptista *stricto sensu*, corolário do paradigma epistemológico da filosofia da consciência” (STRECK, 2015, p. 34)¹⁰, e seria novamente adotado no NCPC, como aponta a redação original do artigo 378: “o Juiz apreciará livremente a prova constante dos autos, independentemente do sujeito a que tiver promovido, e indicará a decisão as razões da formação de seu convencimento.”. Tal concepção era tratada ainda pelos artigos 401 e 490, igualmente expurgados do Projeto.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil(CPC) e as inovações hermenêuticas*. IN: Revista de Informação Legislativa. Ano 52. Número 206. Abril/Junho de 2015.

¹⁰ *Ibidem*.

Por força deste novo contexto jurídico político, o Novo Código de Processo Civil adota o policentrismo e a coparticipação no processo, instaurando abordagem estrutural que pode ser lida como uma planificação do sistema antes protagonizado pelo Juiz. Nesse novo modelo, institui-se como valor-fonte o Princípio do Contraditório, no qual as partes assumem relevância essencial no processo. O artigo 7 do CPC 2015 aduz que:

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Retira-se deste substrato linguístico que o Juiz não somente é destinatário do Contraditório, como também possui o *dever* de zelar pela sua observância. Os artigos 9 e 10, estabelecem ainda, o *direito de influência* das partes, cuja inobservância desqualifica a fundamentação de qualquer decisão judicial (art. 489, § 1º, IV). O CPC 2015 reafirma direitos fundamentais galgados no artigo 5º, como o inciso LV da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são *assegurados o contraditório e ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”. O contraditório e suas determinações, sobretudo o dever de fundamentação do Juiz e direito de influência dos sujeitos do processo, integra o hall das garantias fundamentais, individuais e coletivas, inerentes a todos e todas, democraticamente.

A suplantação do livre convencimento motivado, portanto, é considerada uma conquista hermenêutica, que exercita o controle da legalidade do ato decisório, e permite verificar no caso concreto a imparcialidade do Juiz, caracterizada pela decisão neutra, objetiva e fundamentada de forma coerente completa e clara, em respeito ao devido procedimento legal (art. 5º, LIV, CF/1988).

A PROPORCIONALIDADE NA DECISÃO JUDICIAL, OS ARTIGOS 11 E 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB UM BREVE APANHADO HISTÓRICO COM ELUCIDAÇÕES NA TEORIA DE ALEXY

Por se tratar de um tema cuja análise deve se dar de forma criteriosa, fez-se necessário a divisão do mesmo nos tópicos a seguir.

O artigo 11 como exemplo da teoria da evolução da legislação brasileira

O requisito primordial da decisão jurídica acertada é explanado pelo artigo 11 do Código de Processo Civil de 2015, que diz: “Todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos e *fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”.

Tal artigo se encontra na parte geral no capítulo I do Livro I do Código de Processo Civil que versa sobre as normas fundamentais do Processo Civil, cuja aplicabilidade se estende aos demais ramos do processo. É possível observar que este artigo corresponde ao dispositivo infraconstitucional que faz valer o que está disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 93 inciso IX¹¹ que dita como norma regra fundamental¹² a necessidade da fundamentação da decisão judicial independente de sua natureza. A presença desse dispositivo legal como caminho para atingir o que está determinado constitucionalmente demonstra a seguinte situação: Como a recodificação do CPC trouxe um fim ao paradoxo metodológico vivido pela legislação brasileira desde a promulgação da CFRB/88.

É possível observar, ao olharmos para o ordenamento jurídico brasileiro, a relação hierárquica presente entre as normas infraconstitucionais e própria Constituição, quando aquela é positivada para que esta se valha efetivamente. Tal relação de correspondência é

¹¹ Art 93 IX CFRB/88: “todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”

¹² Uma norma constitucional definida como “norma regra fundamental” advém da teoria alexyana sobre princípios e regras que será explorada mais adiante.

importante para se explicar o porquê da recodificação do CPC ter trazido um fim ao paradoxo metodológico existente entre o CPC/73 e a CFRB/88, mas primeiramente, o que foi tal paradoxo?

Bom, a situação vivenciada pela legislação brasileira a partir de 88 no tocante a garantia dos direitos dos cidadãos era considerada, no mínimo, incongruente, uma vez que a nova constituição, apelidada de cidadã, trouxe como premissa básica a democratização dos direitos fundamentais, dentre eles o acesso efetivo e em tempo razoável à justiça mediante processo justo, porém contava com um código de processo de viés extremamente formalista que não assegurava as novas determinações constitucionais. Com isso, se fez necessária a recodificação desse dispositivo, para que se implementasse normas as quais estivessem devidamente alinhadas às disposições constitucionais, o que foi observado na relação entre os artigos acima citados.

Observa-se, portanto, que se a Constituição versa sobre os direitos fundamentais e o código de processo civil é uma das legislações utilizadas como instrumento para garantir tais direitos, logo, quando Carta Magna estatui (como anteriormente citado) que o processo cuja decisão não for fundamentada será considerado *nulo* infere-se que o direito à decisão devidamente fundamentada é enquadrado como um direito fundamental, e portanto sobre esse direito discorrerá uma norma cuja nomeação se dará “norma de direito fundamental” conceito elaborado por Robert Alexy em sua obra “teoria dos direitos fundamentais”

Breve apontamento sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy com enfoque na teoria dos princípios

Inicialmente Alexy define que os direitos fundamentais, conforme dispostos na Constituição, tratam-se, na verdade, de normas de direito fundamental e por isso usufruem de todos os problemas relativos ao conceito de norma. Dessa forma, entender o conceito de norma na perspectiva alexyana torna-se imprescindível. Assim, o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, um conceito primário

sendo a norma o significado do enunciado, por isso, os critérios para se identificar uma norma devem ser observados no plano da norma per si, e não nos enunciados. Portanto, entende-se o que “normas de direitos fundamentais” são, portanto, os significados dos enunciados normativos dos direitos fundamentais expressos constitucionalmente.

Ademais, de acordo com a lógica alexyana as normas são divididas em dois tipos a depender da sua estrutura, sendo essas divisões denominadas: regras e princípios. A distinção entre elas pode ser iniciada delineando inicialmente o caráter de cada uma.

Regra

Tem-se por norma regra aquela cuja aplicabilidade é tudo ou nada, ou seja, as normas desse tipo são sempre satisfeitas ou insatisfeitas. Possuem um caráter mais específico com carga autoritária maior executada através fortes mandados deônticos. As regras quando contraditórias colidem, e a solução encontrada ocorre através da subsunção, ou seja para esse tipo de impasse há duas saídas: é invalidar uma delas ou inserir uma cláusula de exceção. Caso opte pela segunda solução, a regra perde seu caráter definitivo mas ainda não se equipara ao caráter prima facie dos princípios.

Princípios

São definidos por Alexy como mandamentos de otimização, ou seja buscam satisfazer os direitos prima facie na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Por serem mais genéricos, e buscarem graus de satisfação não possuem comandos deônticos fortes, o que possibilita a *ponderação* por meio do sopesamento em caso de colisão entre princípios, onde não se invalidará um princípio em virtude de outro, somente medirá mediante sopesamento qual a intensidade dos princípios conflitantes e qual naquele cenário se sobrepõe em grau e razoabilidade.

O diálogo existente entre a máxima da proporcionalidade e os requisitos necessários à ponderação fundamentada

Alexy formula a máxima da proporcionalidade a fim de estabelecer um método para que a ponderação seja aplicada de forma científica através de um procedimento, que se dá através da observância das três submáximas: Adequação, necessidade e proporcionalidade sentido estrito, a fim de evitar a discricionariedade do juiz pois a ponderação quando não devidamente regrada pode tornar-se uma espécie de “Katchanga jurídica” fazendo com que o juiz escolha um princípio X ao invés do Y não pela sua maior eficiência no caso concreto, mas por outras razões que não podem ser consideradas critérios válidos de fundamentação decisional.

[...] No fundo a idéia de sopesamento, balanceamento/ponderação/proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas, justamente para desobrigar o julgador a fundamentar. É como se a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja. O princípio da proporcionalidade é a *katchanga real* (LIMA, 2008, p. 1).

“Adequação significa que as medidas tomadas estão aptas para atingir o fim desejado. Necessidade significa verificar se a medida tomada é a menos gravosa para alcançar os fins desejados, e a proporcionalidade em sentido estrito é a análise se as vantagens superam as desvantagens”¹³. Elas desenvolvem-se em sequência, ou seja, caso o caso concreto se resolva já nos moldes da adequação não será necessária a observância dos critérios de necessidade.

A máxima da proporcionalidade é nomeada como máxima por Alexy uma vez que possui caráter de regra e é entendida como caminho para a solução de colisão entre princípios, logo não poderia ser entendido como um. No entanto, grande parte dos juristas brasileiros chamam-na de *princípio da proporcionalidade* o que se transforma numa leitura divergente

¹³ KÖHN, Edgar. *A Solução da colisão de princípios e conflito de regras*. Portal do e-governo, 2012.

da teoria alexyana na doutrina brasileira onde a proporcionalidade recebe duplo caráter, sendo tratada como norma procedimental e princípio fazendo com que haja uma ampliação da proposta clássica, que seria errônea ao se tomar como norte a ótica de Alexy

O artigo 489, CPC/2015 análise da proporcionalidade na decisão fundamentada

O artigo 11 do CPC/2015 alinha-se ao artigo 93, IX da CFRB/88 sendo exemplo do fim posto ao paradoxo metodológico existente entre a Carta Magna e o CPC/73, como fora dito anteriormente. Porém, este artigo encontra-se na “Parte geral” do código, sendo uma norma geral que necessita de um dispositivo legal específico que dite como deverá ser realizada essa garantia através do estabelecimento de critérios. Tal dispositivo é encontrado no Livro I Capítulo XIII na Seção II da parte especial, sendo o artigo 489 pertinente aos elementos essenciais da sentença.

O §1º deste artigo foi uma grande avanço quando comparado ao CPC/73 pois obriga o juiz a fundamentar e justificar sua decisão abandonando prática de postular as situações previstas nos incisos de I a VI sem ter que explicar o porquê demonstrar como o fez. Já o §2º relembra o que foi descrito no tópico 4.2 deste trabalho, uma vez que se trata da necessidade da justificação da ponderação feita pelo juiz caso a decisão seja advinda de uma colisão de normas. As normas jurídicas são divididas em regras e princípios.

No conflito entre regras, existem os critérios tradicionais de solução de conflito: hierarquia; cronologia; especialidade. O art. 489 § 2º do NCPC ao prever expressamente a técnica da ponderação para a solução de colisão de normas, deve ser aplicado a essa espécie de conflitos de princípio, quando juiz no caso concreto não revoga um deles para aplicar o outro, mas que mantendo seu convívio prioriza um em detrimento de outro, como os princípios não possuem precedência absoluta, o princípio

escolhido em determinado caso divergirá do princípio escolhido em outro caso, ainda que semelhante.

Dito isso, é possível concluir que tais dispositivos demonstram a presença da constitucionalização do processo no cenário brasileiro, possibilitando a existência de decisões justas, tempestivas e efetivas.

Questionamentos pertinentes

A recodificação e implantação do CPC/2015 contou com a positivação os requisitos de fundamentação das decisões dispostos no art. 489 os quais foram essenciais para a democratização do processo e para a efetivação do princípio do contraditório, dentre eles a proporcionalidade, que gera dúvidas na aplicação ao caso concreto. Uma vez que na visão contemporânea formalista-valorativa sobre o processo entende-se que o código por mais bem elaborado que seja ainda não daria conta de todas as possíveis problemáticas na garantia dos direitos fundamentais, sejam eles concretos ou atribuídos. Daí a necessidade da hermenêutica como a ciência da interpretação e a judicialização dos precedentes como formas alternativas de solução dos denominados *hard cases*.

Outro ponto forte dentre as questões que suscitam dúvidas denota da seguinte proposição: O juiz pode chegar a qualquer conclusão pro caso concreto desde que aplique as regras do art 489 cpc/2015? É preciso que seja tomado um certo cuidado na resposta dessa questão, porque o novo CPC demonstra em seu art. 11 o alinhamento dessa legislação infraconstitucional com o Art. 93, IX da CFRB/88, garantindo a nulidade do processo caso ocorra a ausência de fundamentação da decisão judicial, dispondo de critérios no art. 489, §1º que definem em quais situações a decisão não será considerada fundamentada, estabelecendo uma série de requisitos a serem cumpridos, bem como as situações dispostas nos parágrafos segundo e terceiro deste mesmo artigo. No entanto, ainda que seja observada obediência à todos esses critérios, observar-se-á necessariamente se a decisão está alinhada aos critérios substanciais

envolvidos no caso concreto a fim de que além de fundamentada a decisão seja justa.

FUNÇÕES ENDOPROCESSUAL E EXTRAPROCESSUAL DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIFERENÇAS

A motivação das decisões judiciais perpassam por um processo de justificação, que deve ser devidamente realizado e estruturado segundo a hermenêutica e analítica realizando assim, um controle intersubjetivo de todos os sujeitos envolvidos diretamente no processo, tanto quanto externamente. A isso nomeia-se função endoprocessual e extraprocessual da motivação das decisões judiciais.

A função endoprocessual é aquela que atinge réu, autor e juiz e possui papel crucial no âmbito técnico da decisão judicial. Nas palavras de Michelle Taruffo¹⁴:

[...] surge una exigencia general de la motivación como instrumento interpretativo de la sentencia, en tanto que se plantea la necesidad de determinar con exactitud el contenido del pronunciamiento (TARUFFO, 2006, p. 338).

As partes possuem o interesse em controlar a fundamentação da decisão, a fim de que, não somente ocorra a impugnação da decisão, mas para também o controle da legalidade da decisão, ou seja, a observação de que os efeitos da decisão do magistrado sejam coerentes com o que foi pleiteado pelas partes. Além disso, os juízes também precisam desse controle endoprocessual, principalmente os de impugnação, ao analisar a sentença de primeira instância, observando assim, se toda a fundamentação da decisão foi adequada tanto pelo que foi pleiteado na lide, quanto pelo recurso normativo utilizado.

¹⁴ TARUFFO, Michelle. *La motivación de la sentencia civil*. Trad.: Lorenzo Córdova Vianello. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006. p. 338.

Os motivos até então aqui explicados pelo controle endoprocessual não justificam o dever geral de fundamentação, principalmente do Supremo Tribunal Federal. Michelle Taruffo também evidencia tais problemas ao inferir que:

De hecho, como se ha visto, dicha perspectiva no sólo no nos permite demostrar la necesidad de la obligación generalizada de motivación, sino que pone en evidencia algunas exigencias ante las cuales la propia obligación puede parecer superflua (TARUFFO, 2006, p. 345).

Ou seja, a função endoprocessual isolada pode parecer superficial em um âmbito mais amplo juridicamente. Para isso, o controle extraprocessual se adequa neste âmbito e sendo assim, pode ser conceituado como o controle externo e há três motivos que podem justificar tal controle. O primeiro é aquele que diz respeito à observação dos direitos e garantias das partes e se eles foram atendidos com a decisão.

Já o segundo motivo é a observação de que se a fundamentação utilizada é coerente com o ordenamento vigente no território brasileiro, de modo que o aspecto objetivo do julgado, que também deve ser observado na função endoprocessual, se adequa em um âmbito mais amplo do que somente com as partes. No que tange o terceiro motivo, é possível conceituá-lo como aquele concernente a observação da fundamentação da decisão com fim de verificar sua adequação à jurisprudência. Tal observação, além de garantir uma coesão das decisões de todas as instâncias do poder judiciário, também confere uma certa segurança jurídica, princípio processual extremamente relevante para o atual Código de Processo Civil.

Para além desses três motivos, José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, 1988, p. 90) observa que a função extraprocessual deve ser entendida como um controle de toda a sociedade, para que assim a tutela de direitos e garantias seja adequada. Por fim, essas duas funções, no geral, são tidas como ideais para o Estado Democrático contemporâneo, no

qual ganharam força no mundo pós-Segunda Guerra Mundial. Humberto Santarosa de Oliveira¹⁵ aduz que:

[...]o retorno ao Estado Democrático de Direito e as necessidades de conferir aos cidadãos meios aptos a defendê-los contra os poderes estatais, revelam uma nova gama de direitos e garantias insculpidos nas Constituições pós-bélicas, tudo com vias de afastar definitivamente o ranço dos totalitarismos de outrora (OLIVEIRA, 2012, p. 146).

CONCLUSÃO

A partir de todos os tópicos expostos neste artigo, é possível observar que a fundamentação e análise adequada da decisão judicial é um princípio crucial para a manutenção do Estado Democrático, ao passo que o código regulador configurado pela nova legislação tem como diretriz fundamental a democratização do processo, que mais uma vez demonstra o alinhamento com as diretrizes da Constituição brasileira atualmente vigente.

Assim, a reiteração da hermenêutica e analítica no estudo da fundamentação da decisão judicial tem um importante papel no entendimento de que o processo, como processo da linguagem jurídica, deve ser analisado de forma minuciosa, de tal modo que, todo seu arco processual seja coerente, protegendo os direitos adequada, tempestiva e efetivamente, tanto das partes como da sociedade civil.

Dessa forma, é notória a correspondência do código com o momento contemporâneo do processo brasileiro, que se encontra na fase formal-valorativa na qual há o entendimento que o código *per si* não basta, havendo a necessidade da utilização dos institutos da hermenêutica na solução dos casos.

Entre outras mudanças do Código que marcaram significadamente esse princípio, é necessário observar também a retirada do termo livre convencimento motivado, mostrando assim, o poder de influência das partes

¹⁵ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais*. Revista Ética e Filosofia Política – N° 15 – Volume 2 – Dezembro de 2012.

no processo nessa nova fase do processualismo brasileiro, além da própria produção do artigo 489 do referido Código, que abrange de forma ampla vários critérios que devem ser trabalhados em uma decisão, mas não os únicos.

Por fim, a implementação de dispositivos que obriguem não só as partes, mas também o juiz a satisfazer critérios para que o fim atingido seja deliberado e interpretado sob um olhar além da técnica do código, ou seja que leve em conta toda a conjuntura em que se insere a sociedade, é uma das características que marcam essa nova fase do processo brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Revised ed. edition. Inglaterra:Oxford University Press, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Volume 1. Buenos Aires: EJE, 1950.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Inglaterra: Clarendon Press, 1985.
- JEVEAUX, Geovany. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1ª edição. São Paulo: Gz Editora, 2015.
- KÖHN, Edgar. *A Solução da colisão de princípios e conflito de regras*. Portal do e-governo, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/solucao-da-colisao-de-principios-e-conflito-de-regras>>. Acesso em 18 nov 2017.
- LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. *Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em 16/11/2017.

- LIMA, George Marmelsstein. Alexy à brasileira ou Teoria da Katchanga. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexya-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 18 nov 2017.
- MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição, Revista e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MORAIS, Dalton Santos. A proporcionalidade no processo civil brasileiro à luz da teoria do direito de Robert Alexy e o dever de fundamentação das decisões judiciais. Dissertação de mestrado. Disponível em biblioteca central ufes número de chamada: T/UFES 340 C411d.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, Temas de Direito Processual – 2ª série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. Revista Ética e Filosofia Política – Nº 15 – Volume 2 – Dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_oliveira_8.pdf>. Acesso em: 18/11/2017.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O controle da decisão judicial no processo civil: A contribuição da hermenêutica e da analítica para um modelo de fundamentação adequado ao paradigma da linguagem. 2017. 218 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil(CPC) e as inovações hermenêuticas. IN: Revista de Informação Legislativa. Ano 52. Número 206. Abril/Junho de 2015, pgs 33-50.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TARUFFO, Michelle. La motivación de la sentencia civil. Trad.: Lorenzo Córdova Vianello. México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

UMA ANÁLISE SOBRE O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO

Ricardo Ribeiro dos Santos¹

INTRODUÇÃO

O estudo acerca da recorribilidade das decisões interlocutórias ganha um capítulo importante com a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Como se sabe, saímos de uma recorribilidade ampla – conferida pelos revogado artigo 522 do CPC/1973 – para uma recorribilidade casuística e restrita, com autorização para o agravo de instrumento nas hipóteses versadas pelo art. 1.015 c/c art. 1.015, parágrafo único, sendo as demais recorríveis em sede de preliminar de apelação (art. 1.009, §1, CPC).

Já tivemos a oportunidade de enfrentar detalhadamente o motivo pelo qual consideramos o rol estabelecido pelo art. 1.015 taxativo (SANTOS, 2016, p. 188/195). A partir dessa premissa, a pergunta que naturalmente surge é a possibilidade de impugnar imediatamente decisões que estão fora dessa enumeração e, afinal, qual seria o meio de impugnação cabível, nesse caso.

Com esse objetivo, não obstante se reconheça que muito tem se dito sobre a possibilidade de interpretação extensiva de algumas hipóteses do artigo 1.015, o presente ensaio se destina a discutir o mandado de segurança contra ato judicial como meio cabível diante de decisões interlocutórias que gerem situações que possam causar dano irreparável ou de difícil reparação à parte.

¹ Mestrando em Direito Processual UFES. Advogado. E-mail: ricardo.ribeiro7@yahoo.com.br.

Para tanto, identificaremos de que forma a doutrina e a jurisprudência tem se posicionado sobre a impetração do *writ*, e após, discutiremos alguns dos requisitos, em nosso sentir, necessários para que a via mandamental seja utilizada.

O MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS: A POSIÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA.

A impetração de mandado de segurança das decisões interlocutórias não é de longe uma novidade.

José Frederico Marques, na vigência do CPC/1939, não hesitou em defender a via mandamental como alternativa ao rol taxativo do artigo 842, e por conseguinte, as falhas deixadas pelo legislador em não conseguir contemplar todas as hipóteses capazes de causar danos irreparáveis à parte (1969, p. 291).

Nesse mesmo sentido, a doutrina atual não tem se omitido em enfrentar a questão.

Humberto Theodoro Jr. dispõe que diante da ausência de recurso capaz de atacar, de imediato, a ilegalidade ou o abuso de poder praticado em decisão interlocutória, parece irrecusável o enquadramento das decisões não agraváveis ao permissivo especial do mandado de segurança (art. 5, II, Lei 12.016/09), “haja vista que não será admissível, dentro do processo justo e efetivo, garantido pela ordem constitucional, deixar desamparado o titular de direito líquido e certo” (2016, p. 1.051).

Do mesmo modo, admitindo a via mandamental, José Miguel Garcia Medina justifica que “a riqueza de situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador” (2015, p. 1398-1399).

Notariano Jr e Gilberto Gomes Bruschi, afirmam que “sempre que a decisão for suscetível de causar a parte lesão grave e de difícil reparação e

não estiver no rol exaustivo das hipóteses de agravo de instrumento, será cabível o mandado de segurança.” (2015, p. 125).

Cassio Scarpinella Bueno, em posição mais conservadora, num primeiro momento, deseja aguardar para verificar se, de fato, o rol prevaiente no art. 1.015, corresponde ou não às necessidades do dia a dia do foro, e somente a partir disso, emitir uma posição acerca da admissão do *writ* (2017, p. 729). Todavia, deixa claro que, se a posição tomada pelos tribunais for de admissão irrestrita à via mandamental, merecerá a indagação, inclusive, sobre a inconstitucionalidade da restrição à recorribilidade das interlocutórias estabelecida pelo legislador (2017, p. 729).

Quanto a recepção da medida mandamental pela jurisprudência, verifica-se que a admissão do mandado de segurança das decisões interlocutórias não agraváveis, como era de se esperar, tem dividido vários tribunais do país.

Se de um lado, há julgados que aceitam a utilização do *writ* como via adequada para evitar prejuízos irreparáveis à parte². Por outro, não é uma surpresa que parte da jurisprudência fosse, num primeiro momento, rechaçar a utilização do mandado de segurança contra as decisões interlocutórias não agraváveis³.

² TJ/SP, Relator(a): Marcelo L Theodósio; Comarca: São Sebastião; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/11/2016; Data de registro: 09/11/2016; TJ/SP, Relator(a): José Carlos Ferreira Alves; Comarca: Limeira; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 18/10/2016; Data de registro: 11/11/2016; TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.16.070586-9/000, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/03/2017, publicação da súmula em 21/03/2017; TJ/RS, Mandado de Segurança Nº 70070700984, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 30/03/2017; TJES, Classe: Mandado de Segurança, 100160045751, Relator: ÁLVARO MANOEL ROSINDO BOURGUIGNON - Relator Substituto : DELIO JOSE ROCHA SOBRINHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 18/04/2017, Data da Publicação no Diário: 27/04/2017.

³ TJ/SP, Relator(a): Marcos Pimentel Tamassia; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 19/07/2016; Data de registro: 20/07/2016; (TJ-SP, Relator(a): Carlos Violante; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/07/2016; Data de registro: 01/07/2016). TJ-RS, Mandado de Segurança Nº 70070100342, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 01/07/2016).

Nega-se o cabimento do *mandamus*, como sucedâneo recursal, sob os mesmos fundamentos apresentados antes da vigência do CPC/2015: a) *A vigência súmula 267 do STF*⁴ b) *a existência de recurso com efeito suspensivo da decisão (art. 5, II, Lei 12.016/09); c) a necessidade de teratologia/excepcionalidade da decisão.*

Sobre a posição defensiva a jurisprudência, existe uma série de razões históricas, passando pelas fases que o mandado de segurança passou, que demonstram não ser de direito os fundamentos levantados (JORGE, 2015, p. 282/286), abordados mais à frente no enfrentamento dos requisitos necessários ao mandado de segurança das decisões interlocutórias não agraváveis de instrumento.

OS REQUISITOS DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO AGRAVÁVEIS DE INSTRUMENTO

A ilegalidade que viola direito líquido e certo

A Constituição Federal prevê que o mandado de segurança será concedido nas hipóteses de ato ilegal ou praticado com abuso de poder (art. 5.º, LXIX, da CF/1988).

A partir do mandamento constitucional, a dimensão do que seja a ilegalidade ou abuso de poder é ponto central da teoria do mandado de segurança contra ato judicial. Ressalta-se, aliás, que a ausência de disciplina teórica para a utilização do mandado de segurança contra ato judicial sempre se deu porque nunca havia se enfrentado, verdadeiramente, o conceito de legalidade e de abuso de poder corrigível pelo *mandamus* (PASSOS, 1984, p. 51).

⁴ Enunciado da súmula 267 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

Assim, sem nunca ter encarado o principal problema relativo ao tema, não haveria motivos, na visão de Calmon de Passos, de se admitir uma teoria geral do mandado de segurança contra ato judicial diferente de uma teoria geral do mandado de segurança para atos administrativos, na medida em que ambas provinham de mesma fonte legislativa (PASSOS, 1984, p. 51). Ainda assim, existia o reconhecimento de que do confronto entre o ato administrativo e a ilegalidade e o ato judicial e a ilegalidade, poderia ser encontrado além de pontos comuns, peculiaridades de cada um deles⁵.

Não obstante, nos parece mais adequada a doutrina de Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge, que ao discorrerem acerca da utilização da via mandamental no processo eleitoral, sistema em que vigora o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, sustentam uma teoria própria do mandado de segurança contra ato judicial. Em especial, quanto ao aspecto da “ilegalidade” e do “abuso de poder” (2014, p. 85/87).

Isso porque, na concepção dos autores, os conceitos de “ilegalidade” e “abuso de poder” descritos na Constituição Federal se adequam perfeitamente ao direito administrativo. O mesmo não pode ser dito, no entanto, quando o ato acatado possui a natureza jurisdicional (RODRIGUES; JORGE, 2014, p. 85/87).

É que nesses casos, a intenção do jurisdicionado com via mandamental será inevitavelmente reformar ou anular uma decisão judicial proferida em seu desfavor. Assim, sendo o mandado de segurança utilizado de maneira inequívoca como um meio de impugnação de uma decisão judicial, deve-se aplicar aos requisitos para a concessão da segurança os institutos próprios e inerentes a natureza de ato impugnado (RODRIGUES; JORGE, 2014, p. 85/87).

Desta feita, o ato será ilegal na medida em que se identifica a presença dos vícios admitidos pela teoria geral dos recursos para autorizar

5 “[...] De específico, mesmo, só o problema do ato administrativo e sua ilegalidade e do ato jurisdicional e sua ilegalidade, para que, desse confronto, ou se retirem normas comuns, ou se defina o que seja peculiar de cada qual deles.” Ibid. p. 51.

a revisão/anulação de uma decisão judicial, quais sejam: os *errores in iudicando* e os *errores in procedendo* (RODRIGUES; JORGE, 2014, p. 85/87).

Por fim, quanto à liquidez e a certeza do direito exigida para a impetração do mandado de segurança contra a decisão interlocutória, adota-se o entendimento desse requisito ser representado pela apresentação de prova pré-constituída do direito alegado. Isto é, independente da complexidade da matéria recorrida, que não haja a necessidade de dilação probatória para a demonstração de violação ao direito (BUENO, 2009, p. 15-17; MOUTA, 2017, p. 48). Assim, em termos semelhantes ao próprio Agravo de Instrumento (art. 1.017, CPC), há a necessidade da apresentação dos documentos necessários para se justificar e demonstrar a alegação de *error in procedendo* ou *error in iudicando* da decisão impugnada.

Não coberta pela coisa julgada

O art. 5, III, da Lei 12.016/09, é claro ao dispor que não caberá mandado de segurança de decisão transitada em julgado. No âmbito das decisões interlocutórias, por serem, em regra, decisões proferidas no curso do processo, sem encerrar uma fase ou todo o processo, a restrição pouco se aplica.

A exceção, porém, fica por conta das decisões interlocutórias que julgam parcialmente o processo com a resolução do mérito (art. 356, CPC) ou sem a resolução do mérito (art. 354, parágrafo único, CPC/2015),

Nesse sentido, sem maiores dificuldades, em seguimento à súmula 268 do STF⁶, não há como negar que a intenção do dispositivo, coerentemente, é inibir a substituição da ação autônoma e de interpretação restritiva típica para a desconstituição da coisa julgada: a ação rescisória.

⁶ Enunciado da Súmula 268 do STF: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.”.

Que cause dano irreparável ou de difícil reparação

Embora o conceito de ilegalidade baseada nos vícios de julgamento (*in judicando*) e de atividade (*in procedendo*) e a ausência de coisa julgada sejam adequados à teoria do mandado de segurança contra ato judicial, é preciso que se discuta a necessidade da presença de outro elemento fundamental: o dano irreparável ou de difícil reparação.

Esse seria um “conceito vago” ou “juridicamente indeterminado”, impossível de se conceituar. A técnica, por sua vez, seria até mesmo desejável, na medida em que se o ato de conceituar, de um lado, confere segurança jurídica, de outro, limita o alcance da expressão (WAMBIER, 2006, p. 429, o que não é a intenção).

Essa indeterminação, porém, não veda que se estabeleça determinadas características que aproximam a decisão desse conceito. Assim, em que pese também se tenha reconhecido que haveria uma marcada tendência, na jurisprudência, de se considerar o writ cabível de conceder a segurança *quanto mais concreta, fática e palpavelmente (no plano real) fosse de difícil reparação o prejuízo causado pela eficácia da decisão (efetiva produção de efeitos), impugnada*” (ALVIM, 1994, p. 69).

Não obstante a dificuldade de conceituação, é preciso dizer que vigência do CPC/1973 a noção de dano irreparável e de difícil também esteve estendida aos chamados “danos processuais”, aqueles que se relacionam com unicamente o processo, e não repercutem de maneira direta na esfera do direito material da parte (LUCON, 2006, p. 163/164). Nesse sentido, para José Miguel Garcia Medina, a expressão “perigo de lesão grave ou incerta reparação” deveria ser entendida em sentido amplo, abarcando tanto os casos que se possibilitava a lesão ou ameaça de lesão a direito *material* da parte, como também aqueles que o regime de retenção contrariasse o princípio da economia processuais, o que ocasionaria, assim, dano *processual* (2002, p. 354). Nesse mesmo sentido, Heitor Vitor de Mendonça Sica (2006, p. 212).

Com base nessa concepção, o próprio STJ mitigava a disposição do art. 542, §3, CPC/1973, a fim de permitir a subida imediata de recursos

especiais e extraordinários contra acórdãos que versavam sobre decisões interlocutórias proferidas no processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução e que, pela regra, deveriam ficar retido nos autos.

Já em análise aos sistemas em se adota o princípio da irrecorribilidade das interlocutórias, como o eleitoral, Flavio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues reforçavam o sentido relativo do “dano irreparável ou de difícil reparação”, não restritos à repercussão financeira no patrimônio pessoal da parte.

Nesse caso, a mera impossibilidade pelo sistema de se interpor um recurso ordinário imediato de uma decisão ilegal, já configuraria dano suficiente para a impetração do *writ*, na medida em que representaria “obstáculo ao exercício do direito de ação e de defesa dos litigantes, tal como expressamente garante o texto constitucional” (RODRIGUES; JORGE, 2014, p. 95).

Assim, ainda que se reconheça que os sistemas que adotam o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (eleitoral, trabalhista) são distintos do que vigora no código de processo civil de 2015, na medida em que esse último, há o agravo de instrumento, nos parece que também aqui, na interpretação do mandado de segurança contra as decisões não agraváveis, o sentido relativo do dano irreparável, em parte, também deve prevalecer observado alguns requisitos.

Não apenas porque os recursos são elementos indispensáveis ao direito de ação e defesa dos litigantes (JORGE, 2015, p. 257), mas, sobretudo, em razão de que muitas as decisões não contempladas pelo rol do art. 1.015, caso não recorridas de imediato, podem representar uma violação frontal a outros princípios constitucionais.

Destaca-se, no trabalho, dois deles: o princípio da inafastabilidade (art. 5, XXXV, CF) e o perigo de consumação dos danos provenientes de uma decisão interlocutória; o princípio do juiz natural (art. 5, LII, CF) relacionadas as decisões que versam sobre competência.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF) frente às interlocutórias não agraváveis e o interesse recursal

O primeiro princípio que se relaciona com as decisões interlocutórias não agraváveis é o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF).

Quando o legislador constitucional dispõe que “*a lei não excluirá de apreciação pelo judiciário lesão ou ameaça a direito*”, certamente contempla, indistintamente, todas as decisões judiciais que causam danos à parte, sejam elas decisões finais ou decisões interlocutórias.

A partir desse mandamento, não obstante a dificuldade de se definir características de uma decisão com dano irreparável ou difícil reparação, é preciso reconhecer que há no sistema processual brasileiro certas decisões interlocutórias que, se não impugnadas imediatamente, fazem com que inexista um interesse recursal prospectivo (FERREIRA, 2017, p. 194).

Isto é, ainda que o sistema ofereça um recurso de posterior apreciação para atacar a decisão interlocutória proferida, a medida, nesses casos, se mostra intempestiva e se dará apenas quando o dano produzido pela decisão interlocutória já se consumou. Desse modo, diante da falha do sistema processual ao não prever recurso ordinário para essas decisões, torna-se necessário que outro meio de impugnação (mandado de segurança) seja imediatamente aceito para que a decisão processa ser reapreciada, sob pena de negativa de prestação jurisdicional pelo Estado.

Basta nos atermos a decisão que versa sobre segredo de justiça. Não abarcada pelo rol do art. 1.015 do CPC, qual seria razão de se impugná-la em sede de Apelação (art. 1.009, §3, CPC) já tendo todo o processo tramitado por anos sem qualquer restrição de acesso (SIQUEIRA, 2016, p. 11)? Não haveria sentido algum!

Vejamos que além de casos em que esse dano pode ser identificado de maneira abstrata (como o exemplo do segredo de justiça), o dia a dia do foro pode nos mostrar situações concretas, em que caso não impugnada a decisão naquele momento corre-se o risco de se operar os efeitos materiais que se deseja ou se quer evitar.

Imagina, por exemplo, o caso envolvendo um edifício em que há a controvérsia sobre as condições de estrutura, e por se convencer, de um laudo emitido por algum órgão público alguns meses antes o julgamento da ação, com base art. 464, §1, II, do CPC, o juízo nega a realização de uma perícia judicial, entretanto, não realiza de imediato o julgamento antecipado do mérito, indo concluso o processo para sentença. Nesse caso, a decisão merece ser revista imediatamente, a parte sucumbente não pode ficar à mercê pelo risco de um dano irreparável, que é o desmoronamento do próprio edifício.

Ora, se aquele momento é o único momento em que a questão deverá ser revista, sem que haja a consumação ou risco de consumação próprio dano, estamos diante do que mais se aproxima do dano irreparável, devendo, nesses casos, ser considerado presumido (*in re ipsa*).

O princípio do juiz natural (art. 5, LII, CF) frente às interlocutórias não agraváveis que versam sobre competência

O princípio constitucional do juiz natural (art. 5, LII, CF) também merece ser considerado quando relacionado às decisões não agraváveis.

Lembra-se, de início, das decisões judiciais que versam sobre a competência seja essa absoluta ou relativa. Nesse ponto, o legislador produziu sensível alteração nas consequências do reconhecimento do juízo incompetente, o que influenciará diretamente na necessidade de uma impugnação imediata dessa decisão.

Como se sabe, no CPC/1973, pela regra estabelecida pelo art. 113, §2, se a competência fosse absoluta, a consequência seria a anulação automática de todos os atos decisórios praticados por esse juízo incompetente, já no caso de competência relativa, haveria a conservação de todos os atos processuais sejam eles decisórios ou não.

No CPC/2015, a disposição foi alterada. Independentemente de ser a competência absoluta ou relativa, passa a ser regra a conservação de todos os atos processuais proferidos pelo juízo incompetente, conforme disposição do art. 64, §4, que por sua vez, prevê que: “*salvo decisão judicial*

em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente”.

Assim, adotou-se totalmente a chamada *translatio iudicij*, de maneira que o juízo destinatário e competente ao receber os autos possui duas opções: a) pode anular todos ou alguns dos atos decisórios; ou b) manter hígidos todos os atos proferidos por um juízo incompetente (CUNHA, 2016, 121/122). Pois bem.

O problema é que as decisões que versam sobre competência também não foram contempladas pelo rol do art. 1.015 do CPC, e a parte diante de uma decisão de indefira *equivocadamente* a alegação de incompetência terá de conviver com os atos processuais de um juízo incompetente até que a questão seja apreciada em sede de apelação ou contrarrazões de apelação no Tribunal (SIQUEIRA, 2016, p. 12/13).

Assim, somente diante do julgamento pelo órgão *ad quem*, após anos de trâmite processual, poderá se rever ou não a decisão que versa sobre competência. Se acatá-la, conforme já dito, os autos serão para o juízo competente, que poderá aproveitar ou não os atos proferidos pelo juízo incompetente. Esse conjunto de regras merece considerações importantes.

Em primeiro lugar, do ponto de vista da duração razoável do processo, se o juízo competente invalidar todos os atos processuais anteriormente proferidos pelo juízo que o antecedeu, restaria nítido um desperdício de cognição. Afinal, a questão poderia já ter sido solucionada definitivamente pelo juízo *‘ad quem’* ainda na fase postulatória, imediatamente após o momento em que a alegação de incompetência fora aceita ou rejeitada, pelo próprio mandado de segurança contra ato judicial.

De outro lado, se o juízo mantém hígidos todos os atos processuais e decisórios praticados anteriormente, a anulação pelo tribunal da decisão de incompetência se mostra totalmente sem relevância prática à cognição realizada nos autos, coloca-se em xeque, assim, a importância das regras de distribuição de competência estabelecida no título III do Código de Processo Civil (art. 42 ao art. 53).

Nesse último aspecto, é impossível não tratar da eventual violação ao princípio do juiz natural estabelecido pelo art. 5, LII, da Constituição Federal, no sentido de que “ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente”.

É importante dizer que embora a jurisdição seja una, o princípio do juiz natural se traduz em alguns conteúdos, como maior destaque: i) exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais; ii) o estabelecimento de critérios objetivos da fixação de competência; iii) a garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes); iv) a observância das determinações de procedimento referentes à divisão interna (NERY JR., 2015, 148).

A partir disso, Nelson Nery Jr. dispõe que: “antes de afirmadas e confirmadas a competência e a imparcialidade do juiz para julgar a causa, não pode o magistrado ingressar no exame de questões processuais ou de mérito, sob pena violar-se a garantia do juiz natural” (2015, .148). Por esse motivo, em nosso sentir, a confirmação da competência do juízo pelo tribunal deve se dá imediatamente após a decisão proferida pelo juízo ‘a quo’.

Evita-se, com isso, uma série de consequências que acabam por prejudicar o processo, quais sejam: a prevalência por anos decisões que violam flagrantemente as regras de competência estabelecidas pelo legislador (principalmente as competências absolutas); a contaminação do juízo competente por atos processuais praticados por juízos incompetentes; o risco da invalidação de atos de trâmite processual; prejuízos materiais à parte por litigar em território diferente daquele fixados anteriormente; prejuízo à própria cognição do próprio juízo quando o litígio se der em local que dificulte o maior acesso à produção da prova, como no caso das ações civis públicas.

Nesse sentido, por tratar diretamente do princípio do juiz natural, e pelos riscos abstratos já demonstrados, os casos que versam sobre competência sempre foram tratados como hipóteses em que a impugnação deve ser imediata (CUNHA, 2006, p. 307), também possuindo um dano de difícil reparação presumido (*in re ipsa*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem qualquer intenção de esgotar o assunto, procuramos analisar, brevemente, a via do mandado de segurança contra as decisões judiciais interlocutórias que estão fora do art. 1.015 do CPC. Para tanto, demonstramos a posição de parte da doutrina e da jurisprudência que admitem o *writ* para esses casos.

Após, estabelecemos os requisitos gerais considerados, em nosso sentir, como necessários para a admissão da via mandamental. Além da demonstração da ilegalidade (*error in procedendo e error in iudicando*) e da ausência de coisa julgada, destacamos, em especial, o dano irreparável ou de difícil reparação. Como um conceito jurídico indeterminado, procuramos trabalhar algumas características de decisões interlocutórias que contenham esse dano irreparável ou de difícil reparação. Com esse objetivo, realizamos uma análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF) relacionada ao interesse recursal, e ainda o princípio do juiz natural (art. 5, LII, CF) com as decisões que versam sobre competência.

Diante do que foi exposto, concluímos que o legislador não consegue contemplar todas as hipóteses que possa causar dano irreparável ou de difícil reparação às partes, não se pode fugir da essência das decisões interlocutórias, sendo uma consequência, inevitável, a admissão de sucedâneos recursais para determinadas situações de recorribilidade imediata não contempladas pelo legislador.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. Medida Cautelar, Mandado de Segurança e Ato Judicial, 3 ed., São Paulo, 1994.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Mandado de Segurança. 6ª. Ed, Salvador: Juspodivm, 2017.

- BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil- Volume único. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 729.
- _____. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Evoluções ou involuções do agravo. v. 9. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. Nelson Nery; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 289/315.
- FERREIRA, Willian Santos. Cabimento do Agravo de Instrumento e a ótica da prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade das decisões interlocutória. RePro vol. 263, Ano 42, Jan. 2017, p. 193-203.
- JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O novo regime do agravo (Lei nº 11.187/2005). In: Revista do Advogado nº 85, ano XXVI. São Paulo: AASP (Associação dos Advogados de São Paulo), Maio, 2006, p. 159/174.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. 3ª Ed, Rio de Janeiro: Editora, 1969, vol. IV.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. A Recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro – análise das principais modificações introduzidas pela Lei. 10.352/2001, e outras questões. v. 6. In: Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 333-384.
- NEREY JR., Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NOTARIANO JR. Antônio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Agravo contra as decisões interlocutórias de primeiro grau. 2. Ed, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Metodo, 2015.

- PASSOS, J.J Calmon. O Mandado de Segurança contra atos jurisdicionais: Tentativa de Sistematização nos cinquenta anos de sua existência. RePro v. 33, 1984, Jan-Mar.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim. Mandado de segurança contra ato judicial no processo eleitoral. In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral, v. 6, n. 10, p. 75–100, jan./jun., 2014.
- SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. O Agravo de Instrumento e a Recorribilidade das interlocutórias no CPC/15. In: Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015. Anne Lacerda Brito; Gustavo Lyrio Julião (cord.). Rio de Janeiro: LumenJuris, 2018, p. 181-199.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. O agravo e o “mito de prometeu”: considerações sobre a Lei 11.187/2005. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Volume 9. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 193/219.
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O mandado de segurança como meio adequado para a impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis no novo CPC. (Texto não Publicado), 2016;
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Vol. III, 50ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016.