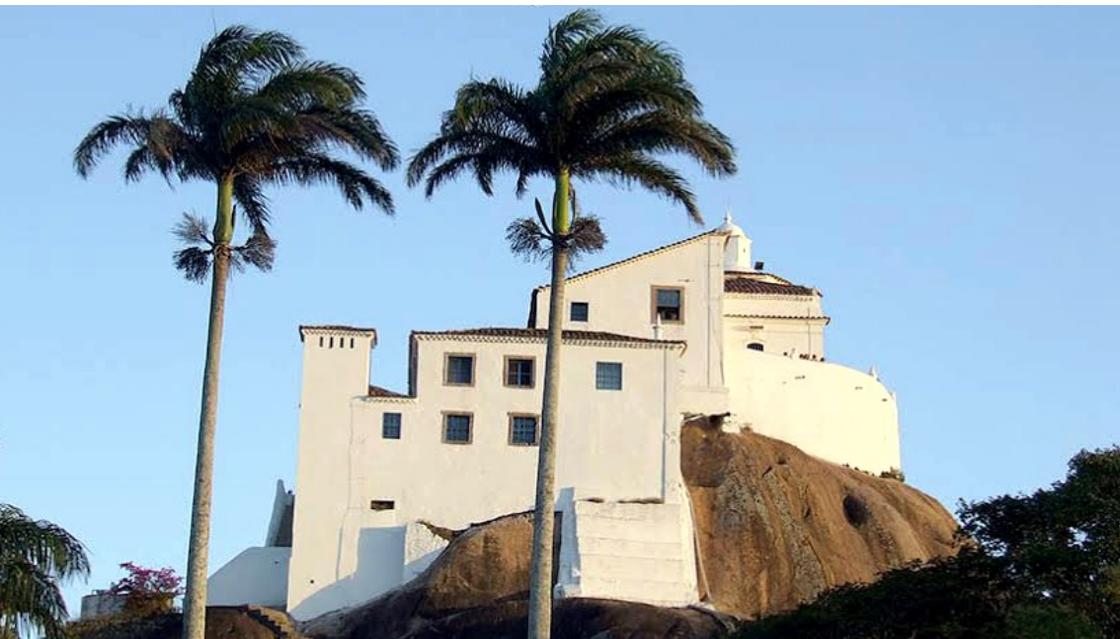


HEITOR SICA
ANTONIO CABRAL
FEDERICO SEDLACEK
HERMES ZANETI JR.
(ORGANIZADORES)



MILFONTES

TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO



VOLUME I

TEMAS DE
DIREITO PROCESSUAL
CONTEMPORÂNEO

VOLUME I

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

TEMAS DE
DIREITO PROCESSUAL
CONTEMPORÂNEO

III CONGRESSO BRASIL-ARGENTINA
DE DIREITO PROCESSUAL

VOLUME I



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 I) / Heitor Sica, Antonio Cabral, Federico Sedlacek e Hermes Zaneti Jr. (organizadores)
Serra: Editora Milfontes, 2019.
782 p. : 20 cm.: il.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-94353-85-6

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

- 11 *Heitor Sica, Antonio do Passo Cabral, Federico Sedlacek e
Hermes Zaneti Junior.*

PRECEDENTES JUDICIAIS

- 18 EL VALOR DEL PRECEDENTE JUDICIAL
Jorge Emilio Durand

- 38 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO PROCESSUAL:
VIESES ALGORÍTMICOS E OS RISCOS DE ATRIBUIÇÃO DE
FUNÇÃO DECISÓRIA ÀS MÁQUINAS
Dierle José Coelho Nunes e Ana Luiza Pinto Coelho Marques

- 71 PRECEDENTES Y SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHO HUMANOS
Federico D. Sedlacek

- 88 SISTEMA DE PRECEDENTES OU MEROS FILTROS
REDUTORES DE DEMANDAS REPETITIVAS? ANGÚSTIAS
E DESCONFIANÇAS
Marcelo Abelha Rodrigues

FUNÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PROCESSO PENAL

- 121 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

Pedro Ivo de Sousa

- 142 OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS E AS REPERCUSSÕES NA EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL

Douglas Fisher

- 179 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y ENCARCELAMIENTO CAUTELAR

María Cecilia Pérez

TUTELAS ESPECIAIS E DIFERENCIADAS

- 216 A ABRANGÊNCIA OBJETIVA E SUBJETIVA DA MEDIAÇÃO

Leonardo Carneiro da Cunha e Trícia Navarro Xavier Cabral

- 243 A DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: PRETENSÕES VEICULÁVEIS, SOCIEDADES ALCANÇADAS E LEGITIMIDADE

Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves

- 272 A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO ELEITA EM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A POSSIBILIDADE DE SUA REALIZAÇÃO PELO JUIZ ANTE ÀS DIFICULDADES ESTRUTURAIS E TÉCNICAS DO FORO

Adriana Pereira Campos e Tainá da Silva Moreira

- 304 LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA PARA PERSONAS FÍSICAS NO COMERCIANTES COMO UN MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA
Caren Daiana Kalafatich
- 329 NATUREZA DAS NORMAS SOBRE PROVA: SUAS REPERCUSSÕES NA EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO E NO ESPAÇO
Paula Sarno Braga
- 379 O *AMICUS CURIAE* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
Antonio do Passo Cabral
- 409 O PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL NO CPC/2015 E OS PRINCÍPIOS ALI/UNIDROIT DO PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL: UMA ANÁLISE DE CONSONÂNCIA DA HARMONIZAÇÃO PROCESSUAL
Valesca Raizer Borges Moschen e Luiza Nogueira Barbosa
- 445 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL E O DIREITO À BOA JURISDIÇÃO
Marco Antonio dos Santos Rodrigues e José Roberto Sotero de Mello Porto
- 476 TUTELA DOS DIREITOS PATRIMONIAIS MEDIANTE TUTELA DE EVIDÊNCIA
Augusto Passamani Bufulin e Diego Crevelin de Sousa
- 524 TUTELA ANTICIPADA: COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA BRASILEÑO Y EL ARGENTINO
Jorge A. Rojas

558 UN “NUEVO MOLDE” PARA EL AMPARO
Jorge A. Rojas

585 ¿UNA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA O LA
CONMEMORACIÓN DEL DESAMPARO?
Jorge A. Rojas

PROCESSOS ESTRUTURAIIS

605 A PREVISÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO ART. 139,
IV, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO
Marco Félix Jobim

635 ACESSO À JUSTIÇA: PROMESSA OU REALIDADE? UMA
ANÁLISE DO LITÍGIO SOBRE CRECHE E PRÉ-ESCOLA NO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Susana Henriques da Costa

669 ACERCA DEL CONTROL DE RAZONABILIDAD APLICADO
A LA JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS
María Carlota Ucín

695 CUESTIONES PROCESALES Y PROBLEMAS DEL REMEDIO
ESTRUCTURAL DEL CASO “MENDOZA”
Francisco Verbic

709 PROCESSOS ESTRUTURAIIS E FORMALISMO-VALORATIVO
Claudio Madureira e Hermes Zaneti Júnior

APRESENTAÇÃO

Apresentar este livro é uma forma de agradecer. Uma oportunidade de dar retorno ao público acadêmico daquilo que já há três edições vem sendo a integração entre Brasil e Argentina em matéria processual. Ideia surgida e gestada primeiro nos encontros de alguns dos coordenadores deste trabalho e autores de ensaios neste livro, em congressos e eventos internacionais, em países europeus, nos quais se constatou, por obviedade, a necessidade da construção de laços mais fortes entre vizinhos.

Os encontros Brasil-Argentina se iniciaram com o primeiro evento ocorrido em São Paulo, na Faculdade de Direito da USP (2012), o segundo encontro na Cidade de Paraná, Província de Entre Ríos (2014) e o terceiro encontro em Vitória, no ano de 2018. A frutífera experiência comparada tem influenciado ambos países, inclusive no que diz respeito às reformas legislativas. O recente Anteprojeto de novo Código de Processo Civil e Comercial da Nação Argentina, com participação de dois professores argentinos que estiveram em Vitória, Eduardo Oteiza, à época presidente do Instituto Iberoamericano de Direito Processual (IIDP) e, atualmente presidente da International Association of Procedural Law (IAPL), Professor Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de La Plata e Jorge A. Rojas, Presidente da Associação Argentina de Direito Processual (AADP), Professor Titular de Direito Processual Civil e Comercial da Faculdade de Direito da U.B.A, traduz muito dos diálogos de recíprocas influências que têm sido gestados entre Brasil e Argentina.

Agradecimento especial deve ser realizado aos apoiadores do evento e o fazemos em nome do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), que acolheu o evento e o tornou possível, pelo esforço incontinentemente

dos servidores e dos estudantes do mestrado que não mediram esforços para receber nossos visitantes, aos professores da graduação em direito e do PPGDir da UFES e a coordenadora do programa, Profa. Dra. Adriana Pereira Campos.¹

Este volume de *Temas de Direito Processual Contemporâneo* reúne os ensaios dos professores e pesquisadores do Brasil e da Argentina que participaram do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual, realizado nos dias 12 a 14 de abril de 2018, em Vitória, Espírito Santo. A apresentação deste texto, portanto, tem por objetivo, além de agradecer, contextualizar o leitor no significado conjunto da produção acadêmica que agora reunimos.

Este livro é, ao mesmo tempo, um testemunho da qualidade do *Temas de Direito Processual Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina*, da solidez do intercâmbio acadêmico que está sendo gestado entre ambos países e da alegria do encontro entre pesquisadores de uma área comum. Sua publicação conta com a realização e o apoio da Rede Internacional de Pesquisa em Justiça Civil e Processo Contemporâneo (ProcNet), da qual muitos dos autores fazem parte como membros ativos e fundadores.²

A estrutura do livro se organiza, portanto, no mesmo formato do *III Congresso Brasil-Argentina*. Dividido em quatro grandes partes, correspondendo a alguns dos principais desafios do processo civil e penal contemporâneo no Brasil e na Argentina: Precedentes Judiciais,

¹ Uma lista, ainda que incompleta, destes que foram a estrutura de sustentação do III Congresso Brasil-Argentina: Larissa Almeida; Jose Angel Cornielles; Ricardo Chamon Ribeiro II; Rafaella Schmitt; Daniela Bermudes Lino; Brigida Roldi Passamani; Paulo Rogério Sato; Gabriela Azeredo Gusella; Guilherme Valle; Barbara Altoó Puppín; Michelle Cavalcanti Ivair; Paula Soares Campeão; Richard Barroso; Valquiria Messias; Nauani Schades Benevides; Carolina Biazatti; Pedro Tavares; Adrielle Nascimento; Fernando Nascimento; Roberto Sartório e Daine Ornellas, a eles e aos muitos outros que participaram deste esforço conjunto, nosso muito obrigado.

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

Função da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Processo Penal, Tutelas Especiais e Diferenciadas e Processos Estruturais.

A primeira parte conta com os capítulos de Jorge Emilio Durand (Argentina), Dierle José Coelho Nunes e Ana Luiza Pinto Coelho Marques (Brasil), Federico Sedlacek (Argentina), Marcelo Abelha Rodrigues (Brasil), cada texto debatendo a questão atual dos precedentes judiciais sobre as mais diversas matizes e perspectivas. A discussão sobre o valor dos precedentes, os riscos de se atribuir a função decisória às máquinas na virada atual para a inteligência artificial, o sistema interamericano de direitos humanos, as angústias e as desconfiças do modelo de precedentes utilizado como mero redutor demandas, são os temas debatidos e aprofundados nos ensaios aqui recolhidos.

Na segunda parte, temos textos sobre a função da Corte Interamericana de Direitos Humanos no processo penal. Pedro Ivo de Sousa (Brasil), Douglas Fischer (Brasil), María Cecilia Pérez (Argentina) enfrentaram temas ligados à atuação do Ministério Público na proteção do Direito Fundamental à Segurança Pública, as obrigações processuais penais positivas e as repercussões na efetividade do processo penal no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em especial quanto ao encarceramento cautelar.

O livro, na terceira parte, está voltado às tutelas especiais e diferenciadas. A abordagem é feita em uma perspectiva ampla por: Leonardo Carneiro da Cunha e Trícia Navarro Xavier Cabral (Brasil), Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves (Brasil), Adriana Pereira Campos e Tainá da Silva Moreira (Brasil), Caren Daiana Kalafatich (Argentina), Paula Sarno Braga (Brasil), Antonio do Passo Cabral (Brasil), Valesca Raizer Borges Moschen e Luiza Nogueira Barbosa (Brasil), Marco Antonio dos Santos Rodrigues e José Roberto Sotero de Mello Porto (Brasil), Augusto Passamani Bufulin e Diego Crevelin de Sousa (Brasil) e Jorge A. Rojas (Argentina).

Os autores discutiram o problema da diferenciação entre o rito ordinário, novas metodologias para o rito comum e as novas tutelas, as soluções e os problemas, no direito processual brasileiro e argentino. Dentre os temas se destacam: a) a chamada justiça multiportas e a abrangência objetiva e subjetiva da mediação, a possibilidade de negócios processuais que disciplinem a condução das audiências de mediação e conciliação; b) a tutela das sociedades empresárias e os remédios processuais e a legitimidade nos casos de dissolução parcial dessas sociedades, os processos de insolvência para pessoas físicas não comerciantes como mecanismo de acesso à justiça; c) o *amicus curiae* como nova modalidade de intervenção no Código de Processo Civil de 2015; d) o princípio da eficiência processual e o direito à boa jurisdição; e) o processo civil internacional e as normas do ELI/UNIDROIT para harmonização processual do direito europeu; f) a natureza das normas sobre prova e seus reflexos na aplicação da lei no tempo e no espaço; g) as tutelas provisórias, antecipadas, cautelares e de evidência, com especial destaque para o confronto da experiência Argentina e Brasileira; h) a análise do amparo e das tutelas diferenciadas na Argentina.

A quarta e última parte trata dos processos estruturais. Marco Félix Jobim (Brasil), Susana Henriques da Costa (Brasil), María Carlota Ucín (Argentina), Francisco Verbic (Argentina) e Cláudio Penedo Madureira e Hermes Zaneti Junior (Brasil) se debruçam sobre as novas questões que surgem a partir da investigação científica dos processos estruturais. O tema tem ganhado grande expressão no Brasil nos últimos anos e é profundamente debatido e estudado na Argentina já há algum tempo. Trata-se de uma nova forma de litigação civil que está surgindo para atuar em casos complexos em que seja necessária uma solução judicial/consensual para mudança em uma instituição, política pública ou prática para o futuro, saneando a situação de desconformidade com o ordenamento jurídico que resulta em ilicitude estrutural. Problemas

ligados à execução das medidas estruturantes (art. 139, IV, CPC/2015), análise de casos complexos e multifacetados, como o caso das creches e pré-escolas no município de São Paulo e o caso “Mendoza” na Argentina, a aplicação do princípio da razoabilidade no controle judicial das políticas públicas e a relação entre o formalismo-valorativo, como fase metodológica do processo, bem como, a finalidade dos processos estruturais em um ambiente de consensualidade e cooperação objetiva, são analisados, descritos e criticados em profundidade e a partir de uma multiplicidade de ângulos.

Importa ressaltar que as seções deste primeiro volume, completadas pelo segundo volume já disponível na internet, são o resultado das atividades do Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à UFES e cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq.³ Atualmente, o FPCC/UFES possui financiamento de pesquisa para o estudo do Caso Desastre do Rio Doce concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa e à Inovação do Estado do Espírito Santo (FAPES).

Brasil e Argentina estão aqui irmanados. Esperamos que este trabalho provoque o interesse e os debates sobre precedentes, o sistema interamericano de justiça penal e os direitos humanos, as tutelas diferenciadas e os processos estruturais e permita avançar ainda mais nas relações binacionais entre estes dois grandes países e seus pesquisadores.

Entendemos que o direito da América Latina ganha muito com o debate franco, a troca de experiências e a comparação. Acreditamos no avanço da ciência como uma forma de harmonização e paz entre os povos, considerando que iniciativas como esta permitem preencher o mandamento constitucional que determina como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a cooperação entre

³ Cf. http://laprocon.ufes.br/sites/laprocon.ufes.br/files/field/anexo/temas_de_direito_processual_contemporaneo.pdf.

os povos para o progresso da humanidade e a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Heitor Sica⁴

Antonio do Passo Cabral⁵

Federico Sedlacek⁶

Hermes Zaneti Junior⁷

Organizadores

⁴ Grupo de Pesquisa Fundamentos Constitucionais e Teóricos do novo Código de Processo Civil: temos um novo sistema processual civil? – USP – Brasil.

⁵ Grupo de Pesquisa Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo – UERJ – Brasil.

⁶ Universidad Nacional del Litoral – Argentina.

⁷ Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo – UFES, Grupo de Pesquisa financiado pela Fundação de Amparo à Inovação e Pesquisa do Estado do Espírito Santo (FAPES) – Projeto Desastre do Rio Doce – Brasil. Cf. <http://laprocon.ufes.br/fpcc>.

PRECEDENTES
JUDICIAIS

EL VALOR DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Jorge Emilio Durand

INTRODUCCIÓN

Una de las notas características del Estado de Derecho Legal en relación a las fuentes del derecho lo constituía la existencia de una jerarquía entre las mismas, en cuanto la primera y decisiva era la ley, mientras que las restantes cumplían un papel secundario o dependían en última instancia de la posición que aquella les confiriera.

Uno de los cambios fundamentales que se produjeron con la aparición del Estado de Derecho Constitucional fue la desaparición de la jerarquía de las fuentes, pues hoy el jurista en su labor argumentativa puede hacer prevalecer cualquiera de ellas, dependiendo en definitiva del caso a resolver.

Aarnio adopta este concepto argumentativo de las fuentes del derecho, en tanto las define como “toda razón que -de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria de la interpretación.”¹ Este concepto no se refiere a las causas de la actividad interpretativa, sino a las *razones* que son utilizadas para *justificar* cierta interpretación.

Ahora bien, cabe preguntarnos cuáles son esas fuentes a las que han acudido los juristas para obtener una respuesta a los conflictos jurídicos que deben resolver. Ellas son las leyes, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia. Siguiendo en este punto a Aftalión,² la palabra

¹ AARNIO Aulis, LO RACIONAL COMO RAZONABLE, p. 123.

² AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José, La jurisprudencia como fuente del Derecho,

jurisprudencia se emplea en dos acepciones: la primera es equivalente a ciencia o conocimiento del Derecho (*iuris prudentia*); la segunda, que hoy puede considerarse prevalente y que es la que nos interesa en este estudio se refiere, en términos generales, al sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado.

Más allá que en la jurisprudencia se crea una norma individual para el caso resuelto por la misma, lo más importante para el derecho y los juristas es el *precedente* que posibilita aquella, pero que al mismo tiempo se constituye en una eventual solución para los otros casos análogos futuros.³

La teoría del precedente judicial nace de la necesidad de otorgar estabilidad y coherencia al ordenamiento jurídico, objetivo que naturalmente debe ser concretado por los jueces al momento de emitir sus decisiones judiciales. Este objetivo no podrá lograrse hasta tanto se erradique del discurso jurídico la idea de que los precedentes son simplemente razones de segundo orden y que los mismos se ubican en un plano inferior a la ley, pues en ciertas ocasiones donde existen conflictos normativos, el intérprete podrá hacer prevalecer la fuerza vinculante de un precedente a los fines obtener la solución que se reputa como la adecuada al caso.

Ahora bien, calificada doctrina brasileña entiende que los precedentes no son equivalentes a decisiones judiciales. Ellos son *razones generalizables* que pueden ser identificadas a partir de decisiones judiciales. El precedente se forma a partir de la decisión judicial.⁴ Entonces, si los precedentes judiciales no pueden identificarse con los pronunciamientos judiciales (o jurisprudencia), debemos hacernos una serie de cuestionamientos básicos, a saber: ¿Qué es un precedente

Publicado en: LA LEY81, 769 - DPyC 2017 (agosto), 11/08/2017, 281. Cita Online: AR/DOC/7031/2010.

³ VIGO Rodolfo, DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL publicado en Suplemento "La Ley"- Constitucional, Bs.As., 11- 2-2010.

⁴ MITIDIERO, Daniel, "Fundamentación y precedente", Revista de Proceso, 2012, p. 70.

judicial?, ¿Cuál es su estructura típica?, ¿Cuál es su valor en los distintos sistemas jurídicos?

A partir de tales premisas, el presente trabajo de investigación tendrá como objetivos fundamentales, por un lado, delinear el concepto del precedente judicial, identificando sus elementos estructurales (componente analítico), y, por otra parte, determinar su fuerza vinculante (componente normativo), comentando luego lo que sucede en los países de Argentina, Brasil y Estados Unidos, entre otras cuestiones.

CONCEPTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

En el más amplio sentido de la palabra, un precedente puede referirse a cualquier decisión judicial que tenga algún tipo de relevancia para la jurisdicción posterior. McCormick lo define como “decisiones anteriores que funcionan como modelos para decisiones futuras”. Puede, por ejemplo, servir como un argumento, entre varias razones, para obtener un cierto resultado en el caso en cuestión. Sin embargo, en el sentido estricto de la palabra, sólo las decisiones de las cortes supremas del país pueden en verdad ser llamadas precedentes.⁵

El carácter de precedente de una decisión judicial reside en que los cuerpos jurisdiccionales están sujetos a la norma formulada en el fallo de un caso cuando toman una decisión en un caso posterior similar. Así, pues, la fuerza de tal efecto fáctico vinculante depende de la probabilidad de que los tribunales, en su propia discrecionalidad judicial, adhieran de hecho a la decisión.⁶

⁵ AARNIO Aulis, *LO RACIONAL COMO RAZONABLE*, p. 126. “Cuando una decisión es considerada como precedente, se la juzga como tal desde el punto de vista de alguna decisión posterior. La decisión anterior “precede” siempre a la posterior. Tomo aquí un ejemplo del sistema del Common Law. Dentro de este sistema, se considera que no es posible que el cuerpo judicial tenga autoridad para decidir si su propia decisión habrá de tener el status de precedente. Esto lo decidirá la jurisprudencia posterior.”

⁶ AARNIO Aulis, *ob. cit.*

CONVENIENCIA DE ADOPTAR LA TEORÍA LOS PRECEDENTES. SEGURIDAD JURÍDICA Y PREVISIBILIDAD

La conveniencia de respetar los precedentes radica en la seguridad jurídica que genera en la sociedad el hecho de atenerse a reglas claras que delimiten las respuestas que se presenten como válidas para solucionar un conflicto determinado.

La decisión judicial abre espacio para promover la unidad del derecho a través del trabajo desplegado por los jueces y tribunales. Para que la unidad del derecho sea promovida y para que el sistema jurídico se mantenga o se desenvuelva con observancia a la *seguridad jurídica, igualdad y coherencia*, es necesario que la doctrina organice un discurso jurídico a partir de una decisión judicial capaz de asegurar la identificación y aplicación de los precedentes judiciales.⁷

La Constitución brasilera se refiere a la seguridad como valor fundamental, al lado de los derechos a la vida, libertad, igualdad y propiedad. Aunque no se hable de un derecho fundamental a la seguridad jurídica, la Constitución federal posee innumerables dispositivos que la tutelan como el principio de legalidad, inviolabilidad del derecho adquirido, de la cosa juzgada y del acto jurídico perfecto, principio de legalidad y anterioridad en materia penal e irretroactividad de la ley penal desfavorable.

La constitución argentina tampoco habla de un derecho fundamental a la seguridad jurídica, pero contiene un capítulo de principios y garantías que coadyuvan para lograr la plena vigencia de este valor.

Ahora bien, para que la seguridad jurídica no se pierda en una extrema generalidad, conviene discriminar dos elementos imprescindibles a su caracterización. Para que el ciudadano pueda esperar un comportamiento es necesario que haya *univocidad* en la

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, "Precedentes obligatorios." 2ª ed. San Pablo: Ed. RT, 2011.

calificación de las situaciones jurídicas. Massimo Corsale afirma que un ordenamiento jurídico absolutamente destituido de capacidad de permitir previsiones y calificaciones jurídicas unívocas, y de generar, así, un sentido de inseguridad en los ciudadanos, no puede sobrevivir mientras no pueda ser calificado de jurídico.⁸

Además de eso hay que garantizarle *previsibilidad* en relación a las consecuencias de sus acciones. El ciudadano debe saber, en la medida de lo posible, no solo los efectos que sus acciones podrán producir, sino también, cómo los terceros podrán reaccionar delante de ellas.⁹ Ello significa en términos generales que las personas puedan planificar sus acciones de acuerdo a un marco legal establecido con anterioridad.

Entonces, la previsibilidad se encuentra íntimamente ligada al conocimiento de las normas en base a las cuales se juzgará determinada conducta. A su vez, ello se vincula con la necesidad de un acabado conocimiento del derecho o la pretensión de que todas las normas jurídicas se concentren en un código, lo que naturalmente es imposible.

En este punto se debe hacer un distingo según cual fuera el sistema jurídico al cual pertenecen las normas. Así, el *common law* que ciertamente confiere una mayor seguridad jurídica que el *civil law*, no relaciona la previsibilidad con el conocimiento de las leyes, pero sí con la previsibilidad de las decisiones del Poder Judicial. El abogado del *common law* tiene la posibilidad de aconsejar al justiciable porque puede valerse de los precedentes, al contrario de aquel que actúa en el *civil law* quien se encuentra obligado a advertir a su cliente que determinada ley puede -conforme al juez sorteado para analizar el caso- ser interpretada a su favor o no.¹⁰

Pero lo cierto es que tanto las decisiones que afirman derechos independientemente de la ley cuanto las decisiones que interpretan la

⁸ CORSALE, "Certeza del diritto", cit. nota n. 2, p. 40.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ob. cit.

ley, sea en el *common law* o en el *civil law*, deben generar previsibilidad a los judiciales, siendo completamente absurdo suponer que la decisión judicial que se vale de la ley puede variar libremente de sentido sin generar inseguridad.

En este plano, la previsibilidad de las decisiones, vista como legalismo, constituye un valor moral imprescindible para que el hombre, de forma libre y autónoma, pueda desarrollarse y, por lo tanto, estar en un Estado de Derecho, o sea, en un Estado que asegure la estabilidad del significado del Derecho.¹¹

ACTIVISMO JUDICIAL

En los últimos años puede observarse la existencia de una nota común en los pronunciamientos y decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: su tendencia a potenciar su poder como órgano supremo de un Departamento de Gobierno del Estado en miras a consolidar la operatividad de la norma suprema. Esta característica, calificada por diversos actores como activismo judicial del Tribunal, se consolida en la adopción de particulares decisiones nomogenéticas, utilizando la terminología adoptada por Néstor Pedro Sagüés, “en el sentido que resultan productoras de normas, infiriéndolas a éstas de la misma constitución.” Se advierte una línea jurisprudencial concreta orientada hacia dotar de mayor eficiencia al accionar de la Corte, y al control de constitucionalidad en general, en una serie de casos que revisten trascendencia institucional, sobre todo por su impacto en la ingeniería de la jurisdicción constitucional.¹²

¹¹ MACCORMICK, Neil, “The ethics of legalism”, *Ratio Juris* 2, 1989, p. 184-193 y ss.

¹² SAGÜÉS, María Sofía. “LA JURISDICCION NOMOGENETICA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ARGENTINA.” Artículo publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, tomo 8, en prensa. El presente artículo tiene su base en la

De este modo, la Corte asume deliberadamente un rol protagónico en la producción de normas o precedentes judiciales que por su propio peso adquieren fuerza vinculante para todos los casos similares que se presenten ante los órganos jurisdiccionales inferiores.

ARGUMENTACIÓN POR PRECEDENTES

Además de la importancia del precedente y el protagonismo de la Corte en su producción, debo precisar cuál es su fundamento iusfilosófico. En este sentido, Rodolfo Vigo nos enseña que los autores “neoconstitucionalistas” que avalan el derecho del Estado de Derecho Constitucional, también reivindican el saber jurídico como saber *práctico*. Alexy desarrolla su teoría del *caso especial*, según el cual el razonamiento jurídico es un caso de especial del razonamiento práctico general. Es que los principios, valores o derechos humanos que ocupan el lugar central de su teoría, son contenido moral y forma jurídica; por ende, el saber jurídico incluye esa dimensión moral que compromete al jurista a buscar la mejor respuesta jurídica al caso o para denunciar las lagunas o antinomias y proponer el triunfo de la Constitución.¹³

Alexy parte de la *pretensión de corrección* de quienes formulan y actúan en el derecho, creándolo, interpretándolo, aplicándolo o ejecutándolo (paradigmáticamente el legislador y el juez). El segundo paso es que esa pretensión incluye una *pretensión de fundamentabilidad*, y aquí se cuenta con la “teoría del discurso práctico general” -antes mencionada- que posibilita por medio de un procedimiento de *argumentación práctica racional* alcanzar respuestas o normas correctas.

ponencia presentada por la autora en el XVIII Encuentro Argentino de profesores de Derecho Constitucional, titulada “El Activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de desconstitucionalización.”

¹³ VIGO, Rodolfo L. “Razonamiento y argumentación Judicial”, Capítulo II, p. 44.

Pero para asegurar la razonabilidad de una decisión jurídica no basta la obediencia a reglas y formas del discurso práctico: es necesario también observar las reglas y formas de la argumentación jurídica.

Alexy propone las siguientes reglas para argumentar por precedentes: “Cuando se pudiera dictar un precedente a favor o contra una decisión, se debe hacer. [...] Cualquier persona que quiera escapar de un precedente asume una carga de argumentación”.

Es claro que el *principio de inercia* (tomado de Perelman) antes descripto constituye una valiosa regla de argumentación que se encuentra conectada con el propio deber de motivación de las decisiones judiciales.

Para ilustrar esta cuestión en nuestro derecho baste con invocar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en la causa “Cerámica San Lorenzo”, quien sostuvo en cuanto a la carga de argumentación que:

[...] carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.¹⁴

Dicho de otro modo, si al momento de decidir, los jueces y tribunales inferiores de la Nación deciden apartarse de los criterios que establece la CSJN, les impone la carga de precisar aquellos argumentos que justifican tal apartamiento.

En sustancia, al constituir el derecho un saber de tipo práctico, el discurso del jurista tendrá por objetivo principal justificar a través de la argumentación jurídica -vinculada a la ley, el precedente, etc.- la aplicación de aquellas normas o reglas que permitan obtener en el caso la respuesta adecuada.

¹⁴ Fallos 307:1094.

ELEMENTOS ESTRUCTURALES. RATIO DECIDENDI Y EL OBITER DICTA

Dos son los elementos estructurales del precedente, esto es, el conjunto de normas con arreglo a las cuales los fallos anteriores pueden ser vinculantes para el proceso decisorio posterior.

El primer elemento identifica la parte de la sentencia capaz de obligar. La distinción central aquí es entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta*: la *ratio decidendi* tiene la aptitud de vincular el proceso de decisión de un tribunal posterior (dependiendo de las posiciones relativas de los tribunales en la jerarquía), mientras que el *obiter dicta* no obliga, aunque tiene cierta “autoridad persuasiva”.¹⁵

La *ratio decidendi* puede ser definida como la proposición o proposiciones de Derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos.¹⁶ En una posición superadora, Mc Cormik sostiene que “es en las razones que los jueces dan, para justificar sus decisiones, en que deben ser buscados los precedentes.” Mientras que para Bernal Pulido “Es en la motivación o fundamentación de las sentencias judiciales que las reglas judiciales deben ser encontradas.”

Se entiende que un precedente tiene fuerza sólo respecto de la “regla” que un caso anuncia, y no respecto de un “obiter dictum” que el juez haya incluido en su decisión. Se sostiene que lo que diferencia una regla de un obiter es que la primera se refiere a una discusión pertinente en el caso, por estar relacionada directamente con los hechos que se discuten en él. Un obiter, en cambio, incluye afirmaciones que no eran esenciales para resolverlo.¹⁷

¹⁵ CROSS y HARRIS (1990) Cap. III, quienes explican algunos de estos matices.

¹⁶ Cf. la definición en BELL (2000) n. 7, p. 28-29: “(un) precedente es una declaración sobre un punto de Derecho establecida en una sentencia judicial como la justificación del resultado que se alcanza en ese caso”. Véase además: CROSS y HARRIS (1990) Cap. II.

¹⁷ GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan F. “Sin Precedentes”. La ley On Line: 0003/014480.

Sin embargo, hay autores que, en el marco del *common law*, no legitiman la dicotomía rígida entre *ratio* y *dictum*, entre parte absolutamente vinculante y la parte no vinculante de un precedente judicial, pues entienden que ambas se encuentran dotadas de igual valor, es decir, apenas persuasivo. Es claro que esta afirmación debe ser relativizada, dado que cada vez más se reconoce el efecto vinculante de la jurisprudencia de las cortes constitucionales en sistemas del *civil law*. En el derecho brasileño, por ejemplo, ese reconocimiento tiene status constitucional.

Taruffo argumenta que las tradicionales distinciones entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, y entre eficacia vinculante y eficacia persuasiva del precedente, son probablemente simplistas y reductivas, siendo poco fructífera en aquellos sistemas en que el precedente tenga por definición una eficacia solo persuasiva. Es por ello que Thomas da Rosa de Bustamante prefiere, en vez de contraponer los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dictum*, hablar indistintamente de *rationes decidendi* y dejar para un momento posterior la decisión acerca de la fuerza o de la eficacia de cada *ratio* invocada en el discurso jurídico.¹⁸

Ahora bien, nos preguntamos cómo pueden extraerse las *rationes decidendi* de un pronunciamiento judicial. La reconstrucción de la *ratio decidendi* debe ser una indagación de las premisas normativas tomadas como etapas en la justificación de una decisión judicial. En primer lugar, se debe efectuar una enumeración de esas premisas normativas bajo la forma de silogismos.

Esto se puede observar en un ejemplo muy simple: “Los países integrantes del Mercosur *deben* eliminar las barreras arancelarias a los habitantes de los países signatarios.” “Argentina es integrante del Mercosur.” Por lo tanto, “Argentina *debe* eliminar barreras arancelarias a los habitantes de los países signatarios.” Claro está que dicha

¹⁸ THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE, “Teoría del Precedente Judicial. La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales.” Legales Ediciones, Año 2016, p. 283.

reconstrucción no es sencilla pues, normalmente, la proposición se compone no de un silogismo, sino de un conjunto de silogismos.

Asimismo, las reglas que justifican una decisión deben ser enunciadas en términos generales, (universales), constituyéndose en parámetros para la solución de casos futuros. Moral Soriano sostiene que la decisión tiene que estar justificada en una razón que haya sido utilizada para justificar casos semejantes y, especialmente, que vaya a ser utilizada en casos futuros similares. Una razón tal debe ser enunciada en términos universales: considerar un enunciado como una razón *justificante* es concebirla como *universable*.

Si utilizáramos la sistematización de Alexy, podemos representar el nivel interno (analítico) de la justificación jurídica de la siguiente manera:

- (1) $T_x \rightarrow OR_x$
- (2) T_a
- (3) $T_a \rightarrow T_x$
- (4) OR_a

Los elementos son: (1) la premisa mayor, que es una norma enunciada en términos universales: (2) los hechos conectados a la premisa mayor; (3) la premisa que expresa la identidad semántica entre los hechos del caso (T_a) y los hechos descriptos en la norma (T_x); y finalmente, (4) la decisión jurídica.

Pero el uso argumentativo de los precedentes comprende tanto la justificación *interna* de las decisiones, donde se indaga la consistencia lógica-deductiva de las premisas que la componen, como la justificación *externa*, la que tiende a la fundamentación de las premisas utilizadas.

Alexy reconoce 6 grupos de reglas o formas de justificación externa: 1) reglas de la interpretación (la ley); 2) de la argumentación dogmática (la dogmática); 3) del uso de los precedentes (los precedentes); 4) de la argumentación práctica general (la razón); 5) de la argumentación empírica (la empirie); y 6) de las formas especiales

de argumentos jurídicos (tales como la analogía, argumento *a contrario*, el argumento *a fortiori* y el argumento *ad absurdum*).

FUERZA VINCULANTE. VARIANTES

a) La fuerza obligatoria de un precedente puede ser *legal (de jure)* o *fáctica (de facto)*. La primera significa que la observancia del precedente está legalmente sancionada. Por otra parte, la fuerza obligatoria fáctica de un precedente tiene sólo el carácter de una directriz.

b) Puede decirse que un precedente es *horizontalmente* vinculante si vincula (de jure o de facto) la jurisprudencia posterior del mismo cuerpo jurisdiccional, por ejemplo, la de la Corte Suprema. En otras palabras, el tribunal ha de decidir si reafirma sus propias decisiones. La fuerza vinculante *vertical* de un precedente se refiere al efecto que las decisiones dadas por un tribunal superior tienen en la jurisdicción de los tribunales inferiores. En este caso, el tribunal debe considerar si aplica o no un precedente fijado por un tribunal superior.

Como explica Taruffo, desde la óptica de la *dimensión institucional* del precedente, este factor aparece como un reflejo de la propia organización jerárquica del Poder Judicial en los diversos ordenamientos. Como regla, sostiene que el mayor nivel de autoridad es conferido a las decisiones de las cortes de más elevado nivel jerárquico: hay un grado de subordinación de las cortes inferiores a las superiores que crece conforme disminuye el nivel jerárquico. Es en ese sentido que se puede hablar de una dimensión vertical del precedente.

A los fines de no exceder el propósito del presente trabajo, baste con establecer como regla general que los precedentes de las cortes -cuando hay una relación jerárquica entre los órganos jurisdiccionales en cuestión- valen como fuentes obligatorias pero en sentido *frágil*, en tanto se trata de una obligación pasible de cancelación, apartamiento o

superación definitiva (*overruling*), con base en razones no consideradas por el precedente judicial. En otras palabras, la desviación de un precedente está siempre permitida cuando hay razones materiales para hacerlo. En este último caso, el principio de *inercia* exige que el alejamiento del precedente encuentre una adecuada justificación racional.

OBLIGATORIEDAD HORIZONTAL DEL STARE DECISIS. LAS EXPERIENCIAS EN ESTADOS UNIDOS, ARGENTINA Y BRASIL

Habíamos adelantado en el apartado anterior que el precedente reconoce dos dimensiones: la fuerza vinculante horizontal y la vertical. En los países del *common law*, el precedente horizontal implica el deber de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias anteriores dictadas en casos similares por magistrados de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada, incluidos ellos mismos. Esas sentencias precedentes son, justamente, lo que aquí llamamos “precedente horizontal”. El *stare decisis* vertical entraña verdaderamente una regla jurídica: un mandato obligatorio, con la consiguiente consecuencia de que si el inferior se aparta del precedente del superior, su sentencia será revocada.¹⁹

En este sentido, el precedente vertical significa una regla, el *stare decisis* horizontal, en cambio, es “habitualmente la política judicial sabia”²⁰, como afirmaba célebremente Justice Brandeis en la Corte Suprema de los Estados Unidos. “Habitualmente”, pero -como surge de esa misma palabra- no siempre; ya que, como también escribió Brandeis, no se trata de “un mandato universal inexorable”²¹ También sostuvo en su voto que “La regla del *stare decisis* (horizontal)

¹⁹ LEGARRE, Santiago. La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisi*. Cita Online: AP/DOC/2364/2013.

²⁰ “Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.”, 285 US 393, 406, 1932, disidencia de Brandeis, J

²¹ “Burnet”, p. 405.

no es inflexible, aun cuando tienda a la consistencia y uniformidad de decisión. Si la regla (del *stare decisis* horizontal) va o no a ser seguida por la Corte Suprema es una cuestión enteramente sujeta a la discreción del propio tribunal, cuando es llamado a considerar otra vez una cuestión decidida anteriormente.”

En Argentina no encontramos una regla donde nos diga que el *stare decisis* (horizontal) resulta obligatorio o vinculante. No obstante, sí encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina algunas manifestaciones aisladas de seguimiento de precedentes que, si bien no expresan el acatamiento de una norma de obligatoriedad horizontal, aportan, de todos modos, elementos de juicio importantes.²²

Una primera manifestación de seguimiento se expresa en el hecho de que ya “a poco de su establecimiento en el año 1863, (la Corte) adoptó la costumbre de citar en sus sentencias otras propias anteriores”.²³

Esta costumbre prosiguió hasta el día de hoy, en que podemos concluir que la Corte Suprema argentina, antes de fallar, busca sus propios antecedentes sobre la materia acerca de la cual versa un caso determinado y, cuando corresponde, los cita aprobatoriamente.²⁴

En segundo lugar, existen casos en los que la Corte Suprema decide por remisión a lo ya resuelto en fallos análogos.²⁵ A veces, al hacerlo, muestra cómo los hechos en el caso anterior son parecidos a los del caso presente. De todos modos, el hecho de que en algunas oportunidades el tribunal remita a sus precedentes para resolver

²² LEGARRE, Santiago ob cit.

²³ GARAY, Alberto F, “La doctrina...”, cit., p. 19.

²⁴ Es así que en el caso “Barreto” sostuvo: “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica”. Fallos 329:759, 765, consid. 4, 2006.

²⁵ GARAY, Alberto F, “La doctrina...”. cit., ps. 215/224. El autor recuerda, entre otros, el caso “Baretta”, en el cual la Corte remitió a un caso resuelto por el propio tribunal dos años antes, señalando que “no podría [...] apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio”. Fallos 183:409, 413, 1939.

tampoco indica de por sí la existencia de una convención constitucional de obligatoriedad horizontal. Aunque algo distinto podría ocurrir, eventualmente, si la señalada práctica se generalizara.

En tercer lugar, la Corte Suprema Argentina se aparta de su propia jurisprudencia cuando lo considera oportuno. En ocasiones, se alega tan sólo una nueva composición del tribunal; en otras, se realiza un esfuerzo por justificar el cambio jurisprudencial, con base en distinto tipo de razones. Para ejemplificar esta situación debo invocar lo resuelto por la CSJN en un caso reciente y que tuvo gran trascendencia, conocido como “Fontevicchia”, donde se ha adoptado una novedosa postura respecto al valor de los pronunciamientos de organismos jurisdiccionales internacionales cuando estos “modifican” decisiones adoptadas en la justicia nacional.

Vale recordar que en el caso comentado la Corte IDH había dejado sin efecto la condena civil impuesta a los periodistas Fontevicchia y D’Amico, al considerar que violó el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes. Aquí la CSJN reconoce el valor jurídico que poseen las sentencias de la Corte IDH, pero ella misma se arroga una nueva competencia: determinar cuándo ese tribunal actúa dentro de las competencias del art. 63 de la Convención Americana. Lo resuelto por el máximo tribunal argentino marca aparentemente una tendencia que se perfila en la nueva composición de la Corte Nacional (Rosatti y Rosenkratz): (i) la imposición del derecho público nacional sobre el derecho interno y (ii) un claro freno a la tendencia “aperturista” del derecho internacional de los derechos humanos por el que venía transitando la vieja composición del tribunal.

En opinión de Thomas da Rosa de Bustamante, el derecho brasileño presenta una legislación tan compleja sobre el precedente judicial que abarca prácticamente todas las intensidades o grados de eficacia imaginables para el *case law*, es decir, desde el precedente vinculante en sentido fuerte a lo meramente persuasivo. Sostiene este

autor que incluso después de la unificación de su propia jurisprudencia, la corte no está estrictamente vinculada a sus juicios anteriores. Sin embargo, los precedentes horizontales suficientemente estabilizados crean una carga de argumentación para cualquier juez que quiera apartarse de ellos.²⁶

Debo destacar que el Nuevo Código de Proceso Civil de Brasil vigente desde el año 2015, ha incorporado a los precedentes normativos “formalmente vinculantes”, pero también ha determinado cuales son aquellas situaciones jurídicas que “materialmente” pueden constituir precedentes.

En este sentido, Hermes Zaneti Jr. sostiene que los precedentes normativos formalmente vinculantes son un giro en el modelo teórico brasileño. Gradualmente, por sucesivas reformas, la cultura nacional se fue ajustando al precedente-norma, al lado de la ley-norma. El Código afirma que los precedentes serán obligatorios para todos los jueces y tribunales (artículo 927, CPC). Destaca que la novedad es la introducción de un rol formal de decisiones y orientaciones de tribunales que se consideran con vinculación formal obligatoria. Al lado de la introducción formal, el Código prevé una serie de requisitos materiales para considerar vinculante un precedente. El primero de todos está vinculado a circunstancias concretas decididas en el caso y la solución jurídica que se aplica a ellas. Es preciso que la decisión que fundamenta la aplicación del precedente relacione los fundamentos determinantes (*ratio decidendi* o *holding*) del *caso-precedente* con las circunstancias fácticas y la solución jurídica que se dará al *caso-actual* (artículo 489, § 1º, V, CPC).²⁷

En cuanto a la fuerza vinculante del precedente y su desviación, sostiene este autor que la lógica de los precedentes impone estabilidad

²⁶ THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE, “Teoría del Precedente Judicial. La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales.” Legales Ediciones, Año 2016.

²⁷ ZANETI JR, Hermes, “El Nuevo Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 y los Conflictos Jurídicos: El Derecho Procesal como un camino para la paz social.”

(*stare decisis doctrine*), no obstante, la superación es posible y está prevista expresamente en el Código en diversos pasajes (artículo 489, § 1º, 986, CPC) que también prevé la modulación de los efectos de esta superación, cuando sea conveniente a la seguridad jurídica (*prospective overruling*).

Advierte que los precedentes son normas generales y concretas, su principal característica es el resultado de una interpretación operativa que añade algo nuevo y reconstruye el ordenamiento jurídico a partir de las circunstancias fácticas del caso, por esta razón normas concretas (artículo 926, § 2º, CPC). No toda decisión es un precedente. La norma concreta es general porque es universalizable, aplicable a todos los casos similares que sean juzgados en el futuro por el mismo tribunal, sus órganos fraccionarios, los tribunales y jueces vinculados jerárquicamente (vinculación vertical). El CPC resolvió normativamente algunas cuestiones importantes del debate teórico sobre precedentes, construyendo normas que tienen una amplia relevancia práctica en la formación, aplicación y superación de los precedentes, estableciendo obligaciones para los propios tribunales de seguir sus precedentes, manteniéndolos estables, coherentes e íntegros (art. 926, CPC, vinculación horizontal, *horizontal stare decisis*).

Por su parte, Daniel Mitidiero reconoce que existe en el derecho brasileño un fuerte efecto vinculante de los precedentes. A pesar de que el nuevo código procesal civil ha introducido legislativamente el concepto de precedente, advierte que su autoridad obviamente no se deriva del texto. En realidad, la autoridad del precedente se deriva del hecho de encarnar el significado que es adscrito al derecho por el Supremo Tribunal Federal y el Superior Tribunal de Justicia. Es decir: la autoridad del precedente es la propia autoridad del derecho interpretado y la autoridad de quien lo interpreta.²⁸

²⁸ MITIDIERO, Daniel "Precedentes - Da Persuasão à vinculação", Ed. Thomson Reuters. "Revista Dos Tribunais", 2016.

CONCLUSIONES

El estado de derecho constitucional se caracteriza por el uso argumentativo de las fuentes del derecho, y entre ellas cumple un rol fundamental los precedentes judiciales.

El uso argumentativo de los precedentes comprende dos niveles de justificación de las decisiones: en la justificación *interna* de las decisiones se indaga la consistencia lógica-deductiva de las premisas que la componen, mientras que en la justificación *externa* tiende a la fundamentación de las premisas utilizadas.

La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina no reconoce la existencia del principio del precedente horizontal. Hay, más allá de ciertas manifestaciones de seguimiento de la jurisprudencia, una diferencia significativa entre la práctica de la Corte nacional y el *stare decisis* horizontal del common law.

No obstante, se observa que la Corte Suprema Argentina asume deliberadamente un rol protagónico en la producción de normas o precedentes judiciales que por su propio peso adquieren fuerza vinculante para todos los casos similares que se presenten ante los órganos jurisdiccionales inferiores.

En términos generales, el derecho brasileño ha adoptado la teoría del precedente judicial en sus diversas variantes (horizontal y vertical), estableciendo la obligatoriedad para todos los jueces y tribunales del país; sin perjuicio de ello, el precedente es susceptible de superación o modificación, surgiendo en este caso la carga de argumentar de manera adecuada y específica.

A la luz de todo lo expuesto, considero que es posible y conveniente para la seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones judiciales, la creación de una teoría general de los precedentes y su posterior adopción legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José, La jurisprudencia como fuente del Derecho, Publicado en: LA LEY81, 769 - DPyC 2017 (agosto), 11/08/2017, 281. Cita Online: AR/DOC/7031/2010.
- CROSS y HARRIS (1990) Cap. III, quienes explican algunos de estos matices.
- GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan F. “Sin Precedentes”. La ley On Line: 0003/014480.
- LEGARRE, Santiago. La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisi. Cita Online: AP/DOC/2364/2013
- MACCORMICK, Neil, “The ethics of legalism”, Ratio Juris 2, 1989, p. 184-193 y ss.
- MARINONI, Luiz Guilherme, “Precedentes obrigatorios”. 2ª ed. San Pablo: Ed. RT, 2011.
- MITIDIERO, Daniel “Precedentes - Da Persuasão à vinculação”, Ed. Thomson Reuters. “Revista Dos Tribunais”, 2016.
- MITIDIERO, Daniel, “Fundamentación y precedente”, Revista de Proceso, 2012, p. 70.
- SAGÜÉS, María Sofía. “La jurisdicción nomogenética en la reciente jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación argentina.” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, tomo 8, en prensa.
- THOMASDAROSA DE BUSTAMANTE, “Teoría del Precedente Judicial. La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales.” Legales Ediciones, Año 2016, p. 283.
- THOMASDAROSA DE BUSTAMANTE, “Teoría del Precedente Judicial. La Justificación y la Aplicación de Reglas Jurisprudenciales.” Legales Ediciones, 2016.

VIGO, Rodolfo L. DEL ESTADO DE DERECHO LEGAL AL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Suplemento “La Ley”-Constitucional, Bs.As., 11- 2-2010.

VIGO, Rodolfo L. “Razonamiento y argumentación Judicial”, Capítulo II, p. 44.

ZANETI JR, Hermes, “El Nuevo Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 y los Conflictos Jurídicos: El Derecho Procesal como un camino para la paz social”, 2017.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO PROCESSUAL: VIESES ALGORÍTMICOS E OS RISCOS DE ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO DECISÓRIA ÀS MÁQUINAS

Dierle José Coelho Nunes¹

Ana Luiza Pinto Coelho Marques²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O uso de sistemas de inteligência artificial (IA) é crescente nos mais diversos ramos, em razão do aumento da eficiência e da precisão dos serviços por eles proporcionado. No Direito, vislumbra-se também este fenômeno, com a utilização das soluções das *lawtechs*, por exemplo, para otimização de serviços, principalmente no que concerne à litigância de massa.

Nos Estados Unidos, sistemas de inteligência artificial, como o Ross e o Watson, são utilizados por escritórios advocatícios para realizar pesquisas jurídicas, analisar documentos, redigir contratos e prever resultados³. As vantagens do uso de tal tecnologia, que

¹ Doutor em direito processual (PUC-MG/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em direito processual (PUC-MG). Professor permanente do PPGD da PUC-MG. Professor adjunto na PUC-MG e na UFMG. Secretário Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro fundador do ABDPC. Membro da *International Association of Procedural Law*, Instituto Panamericano de Derecho Procesal e Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Diretor executivo do Instituto de Direito Processual –IDPro. Membro da Comissão de Juristas que assessorou no Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Diretor do Instituto de Direito e Inteligência Artificial (IDEIA). Advogado. E-mail: dierle@cron.adv.br.

² Advogada na CRON Advocacia. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

³ A utilização de algoritmos para a previsão de resultados colabora para análise da viabilidade

proporciona maior rapidez, precisão e qualidade na realização de trabalhos maçantes e repetitivos, tem feito com que cada vez mais escritórios invistam em sua utilização.

De acordo com uma pesquisa realizada pela CBRE, cerca de 48% dos escritórios advocatícios de Londres já utilizam sistemas de inteligência artificial e 41% pretendem implantá-los. Segundo a pesquisa, a IA é utilizada, principalmente, para gerar e revisar documentos e para a *eletronic discovery*⁴, mas também tem aplicação relevante na realização de pesquisas jurídicas e na *due diligence* - investigação prévia de companhias antes da realização de negócios.⁵

Alguns países buscam, também, a automatização do Judiciário. A Estônia, por exemplo, está trabalhando no desenvolvimento de um “juiz robô” para o julgamento de causas de pequeno valor. A previsão é que, já ao final de 2019, este sistema comece a ser implementado, com enfoque na resolução de lides vinculadas à discussões contratuais⁶.

da demanda e elaboração de estratégias. Em um estudo realizado nos Estados Unidos, desenvolveu-se um algoritmo para prever as decisões da Suprema Corte, o qual obteve um índice de acerto de 70,2% em relação à resolução do caso e de 71,9% quanto aos votos dos juízes. A propósito, ver: Katz DM, Bommarito MJ II, Blackman J (2017) A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. PLoS ONE 12(4): e0174698. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698>>. Data de acesso: 09.05.2018.

⁴ “Electronic discovery (e-discovery) describes any process where electronic data is sought, secured, located, explored and retrieved with intended use as evidence in a civil or criminal case.”. Disponível em: <<https://www.techopedia.com/definition/2399/electronic-discovery-e-discovery>> Data de acesso: 02.05.2018.

⁵ Segundo a pesquisa: “Nearly half (48%) of London law firms are already utilising Artificial Intelligence (AI) and a further 41% have imminent plans to do so, according to a survey of over 100 law firms from CBRE, the world’s leading real estate advisor. Of the firms already employing AI, 63% of firms are using it for legal document generation and review, and the same proportion for e-discovery. Due diligence (47%) and research (42%) were also common applications, along with compliance and administrative legal support (each 32%).” Disponível em: <<http://news.cbre.co.uk/london-law-firms-embrace-artificial-intelligence/>> Acesso em: 02.05.2018.

⁶ NIILER, Eric. Can AI be a fair judge in court? Estonia thinks so. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>>. Acesso em: 30.03.2019.

O mesmo fenômeno se verifica no Brasil, apesar de ainda ser constatado em menor escala. A plataforma Watson, por exemplo, foi implantada em um escritório advocatício de Recife para a automatização de serviços repetitivos, aumentando a média de acertos, em relação ao preenchimento de dados, de 75% para 95%⁷. Sistemas de inteligência artificial também são utilizados por escritórios para a análise de tendência de juízes ao julgar determinados temas, possibilitando uma maior especificidade à defesa⁸. A Advocacia Geral da União (AGU) iniciou a implantação de seu Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens) em 2014, o qual tem por objetivo “facilitar o trabalho do procurador, tornando mais rápida e simplificada a produção de peças, automatizando e eliminando a necessidade de registro manual da produção jurídica”⁹. Trata-se de ferramenta que auxilia, inclusive, na tomada de decisão, sugerindo teses jurídicas cabíveis em cada caso concreto.

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, também há iniciativas neste mesmo sentido. O TJMG, por exemplo, está desenvolvendo um sistema para indexação automática de processos, a fim de identificar com maior facilidade a existência de demandas repetitivas¹⁰. Do mesmo modo, o TST, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), está elaborando um software que realizará a triagem automática de processos, bem como processamento de julgados envolvendo a questão jurídica para a sugestão de proposta de voto¹¹.

⁷ A propósito: “Inteligência artificial da IBM está ajudando escritório de advocacia brasileiro”. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/inteligencia-artificial-da-ibm-esta-ajudando-escritorio-de-advocacia-brasileiro-106622/>> Data de acesso: 07.05.2018.

⁸ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/5259801/escritorios-ja-usam-robos-que-ajudam-na-escolha-de-estrategias-nos-tribunais>> Data de acesso: 07.05.2018.

⁹ Sobre o tema, ver: “Advocacia-Geral aposta em inteligência artificial e automação de processos para agilizar trabalhos jurídicos”. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/230719>. Data de acesso: 07.05.2018.

¹⁰ Trata-se da ferramenta Ágil, que analisará, de maneira constante, o banco de dados do Tribunal, informando os juízes acerca de distorções na distribuição. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/gestao-de-precedentes-e-tema-de-encontro-no-tjmg.htm#.WvMAfogy00>>. Data de acesso: 09.05.2018.

¹¹ RACANICCI, Jamile. Judiciário desenvolve tecnologia de voto assistido por máquinas.

Recentemente, em maio de 2018, o Supremo Tribunal Federal anunciou o desenvolvimento de um programa de IA, batizado de Victor, também em parceria com a UnB, com implementação iniciada em agosto de 2018¹². O objetivo inicial da ferramenta será o de ler os recursos extraordinários interpostos, identificando vinculações aos temas de repercussão geral, com o objetivo de aumentar a velocidade de tramitação.¹³

Atento ao processo de automatização e de utilização crescente de mecanismos de IA no Direito, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) implantou centro de inteligência artificial em fevereiro de 2019¹⁴, buscando a construção de soluções de apoio às decisões e pesquisa de processos semelhantes já julgados, para que se otimize o trabalho do Judiciário, acelerando-se a tramitação das ações.

Todos estes processos estão intimamente relacionados ao desenvolvimento dos aludidos sistemas de inteligência artificial, em que máquinas são programadas para executar funções que originalmente demandariam raciocínio e empenho humano.

Como se pontuou recentemente em relatório francês:¹⁵

Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/judiciario-desenvolve-tecnologia-de-voto-assistido-por-maquinas-08012018>>. Data de acesso: 09.05.2018.

¹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>>. Acesso em: 01.10.2018

¹³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 06.06.2018.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Laboratório de Inovação concentra soluções tecnológicas voltadas ao PJe. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88493-laboratorio-de-inovacao-concentra-solucoes-tecnologicas-voltadas-ao-pje>>. Acesso em: 30.03.2019.

¹⁵ VILLANI, Cédric. Donner uns sens à li'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>

Definir inteligência artificial não é fácil. O campo é tão vasto que não pode ficar restrito a uma área específica de pesquisa; é um programa multidisciplinar. Se sua ambição era imitar os processos cognitivos do ser humano, seus objetivos atuais são desenvolver autômatos que resolvam alguns problemas muito melhor que os humanos, por todos os meios disponíveis. Assim, a IA chega à encruzilhada de várias disciplinas: ciência da computação, matemática (lógica, otimização, análise, probabilidades, álgebra linear), ciência cognitiva sem mencionar o conhecimento especializado dos campos aos quais queremos aplicá-la. E os algoritmos que o sustentam baseiam-se em abordagens igualmente variadas: análise semântica, representação simbólica, aprendizagem estatística ou exploratória, redes neurais e assim por diante. O recente boom da inteligência artificial se deve a avanços significativos no aprendizado de máquinas. As técnicas de aprendizado são uma revolução das abordagens históricas da IA: em vez de programar as regras (geralmente muito mais complexas do que se poderia imaginar) que governam uma tarefa, agora é possível deixar a máquina descobrir eles mesmos.

Atualmente, a tecnologia e a inteligência artificial deixaram de ser exclusividade das grandes indústrias para se tornarem produtos disponíveis à maior parte da população, às vezes até sem custos diretos de aquisição, como no caso das redes sociais - Facebook e Instagram -, e é cada vez maior o uso de ferramentas digitais de automatização para a execução de tarefas que até então necessitavam de um agente humano.

A inteligência artificial funciona a partir de sistemas de dados programados para dar respostas conforme a base de dados disponível. Esses sistemas recebem o nome de algoritmos. Conforme Romulo Soares Valentini:¹⁶

¹⁶ VALENTINI, Romulo Soares. Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. Tese. (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, p. 42,43.

Inicialmente, é necessário estabelecer o mecanismo de entrada de dados (input). Um algoritmo deve ter um ou mais meios para recepção dos dados a serem analisados. Em uma máquina computacional, a informação deve ser passada para o computador em meio digital (bits). Do mesmo modo, é necessário ter um mecanismo para a saída ou retorno dos dados trabalhados (output). Um algoritmo deve ter um ou mais meios para retorno dos dados, os quais devem estar relacionados de modo específico com o input. Por exemplo, um algoritmo de uma calculadora que receba as informações para somar 2+2 (input) irá retornar como resultado o número 4 (output). O output decorre do input, sendo papel do algoritmo fornecer o retorno dos dados corretos a partir dos dados de entrada. Uma vez que o algoritmo não faz nenhum juízo de valor para além de sua programação, é necessário que a relação de “correção” entre o input e o output seja definida de modo preciso e sem ambiguidade. Por isso, os algoritmos precisam ter cada passo de suas operações cuidadosamente definido. Assim, cada passo da tarefa computacional deve seguir um roteiro de tarefas pré-determinado e o programa (computação dos dados) deve terminar depois que o roteiro seja cumprido. O algoritmo tem que ser finito, ou seja, entregar algum retorno (output) após cumpridos todos os passos estabelecidos. Para cumprir a tarefa adequadamente, cada operação que o algoritmo tiver que realizar deve ser simples o suficiente para que possa ser realizada de modo exato e em um tempo razoável (finito) por um ser humano usando papel e caneta. Conclui-se, desse modo, que um o algoritmo é um plano de ação pré-definido a ser seguido pelo computador, de maneira que a realização contínua de pequenas tarefas simples possibilitará a realização da tarefa solicitada sem novo dispêndio de trabalho humano.

No campo jurídico a implementação de tecnologias disruptivas vem se tornando cada vez mais recorrente. Susskind informa que:¹⁷

Individualmente, esses sistemas existentes e emergentes desafiarão e mudarão o modo como determinados serviços jurídicos são fornecidos. Coletivamente, eles vão transformar todo o panorama

¹⁷ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow Lawyers: an introduction to your future*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 32 et seq.

legal. Quando me refiro à ruptura, geralmente falo da destruição causada pelo lado da oferta do mercado jurídico, isto é, pelos escritórios de advocacia e outros prestadores de serviços jurídicos. Para o consumidor de serviços jurídicos, essa interrupção costuma ser uma notícia muito boa. A perturbação de uma pessoa pode ser a salvação de outra pessoa. As tecnologias legais disruptivas são: automação documental, conexão constante via Internet, mercados legais eletrônicos (medidores online de reputação, comparativos de preços e leilões de serviços), ensino online, consultoria legal online, plataformas jurídicas abertas, comunidades online colaborativas fechadas, automatização de trabalhos repetitivos e de projetos, conhecimento jurídico incorporado, resolução online de conflitos (Online Dispute Resolutions – ODR), análise automatizada de documentos, previsão de resultados de processos e respostas automáticas a dúvidas legais em linguagem natural.

Verifica-se, portanto, que os sistemas de IA trazem diversos benefícios à prática do Direito, especialmente como já apontado em relação à automatização de atividades repetitivas, proporcionando maior agilidade e precisão em sua realização. Trata-se de mecanismo essencial, principalmente no quadro de litigância em massa e acúmulo de processos no Poder Judiciário que verificamos em nosso país.

Contudo, todo esse movimento irrefreável aludido, ao qual se nomina de *virada tecnológica no direito*, vem se impondo sem que os juristas se preocupem adequadamente com o mesmo ou com geração apenas de um encantamento com os ganhos de eficiência e produtividade nas atividades a serem realizadas, em especial por suas virtudes serem apresentadas (“vendidas”) por fornecedores de produtos e serviços (*Legal Techs*) que evitam divulgar os riscos no uso dessas tecnologias para a correção e legitimidade.

Esse breve ensaio visa a partir do processualismo constitucional democrático problematizar um dos riscos no emprego das IAs na prolação de pronunciamentos judiciais e propõe a necessidade de se analisar o conteúdo da cláusula do devido processo constitucional

como garantidora da transparência algorítmica, ou seja, com a necessária possibilidade de oferta de clareza no iter que gerou a “resposta” (output). No entanto, momentaneamente se defende a impossibilidade de delegação da atividade decisória para algoritmos de inteligência artificial em face da opacidade decisória e da ausência de controle acerca de seus peculiares vieses decisórios.

Ademais, em que pese as vantagens indicadas, entende-se que os mecanismos de IA no âmbito do Direito devem manter (no atual momento da tecnologia) apenas funções consultivas, organizacionais e de análise da litigiosidade, porquanto o deslocamento da função decisória para as máquinas é perigoso e dificilmente atenderão aos imperativos de *accountability* típicos do devido processo e de necessidade de um controle participativo da formação decisória, principalmente tendo em vista a falta de transparência dos algoritmos que norteiam a inteligência artificial.

Desta forma, neste trabalho, busca-se averiguar alguns riscos trazidos pela utilização da IA com função decisória no âmbito do Direito, a partir da análise doutrinária e de sistemas já implantados.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS VIESES ALGORÍTMICOS

Inicialmente, importante consignar que os mecanismos de inteligência artificial dependem de modelos, os quais consistem em representações abstratas de um determinado processo, sendo, em sua própria natureza, simplificações de nosso mundo real e complexo. Ao criar um modelo, os programadores devem selecionar as informações que serão fornecidas ao sistema de IA e que serão utilizadas para prever soluções e/ou resultados futuros¹⁸. Essas escolhas, portanto, fazem

¹⁸ Sobre os modelos e as escolhas dos programadores, vale mencionar os ensinamentos de Cathy O’neil ao abordar as chamadas Weapons of Math Destruction (“armas de destruição

com que sempre haja pontos cegos nos algoritmos, os quais refletem os objetivos, prioridades e concepções de seu criador, de modo que os modelos são, a todo tempo, permeados pela subjetividade do sujeito que os desenvolve.

Esses *blindspots* podem ser irrelevantes para os resultados pretendidos pelos modelos. Por outro lado, podem ser ignoradas informações importantes para correta análise da situação, influenciando negativamente nas respostas dadas pelo sistema. Como alerta Cathy O’Neil:

Algumas vezes esses pontos cegos não importam. Quando perguntamos ao Google Maps por direções, ele modela o mundo como uma série de estradas, túneis e pontes. Ele ignora os prédios, porque não são relevantes para sua tarefa. [...] outros (pontos cegos) são muito mais problemáticos. O modelo aplicado nas escolas de Washington, retornando para aquele exemplo, avalia os professores em grande parte com base nas notas de estudantes nos testes, mas ignora o quanto os professores engajam os estudantes, trabalham com habilidades específicas, lidam com a gestão da sala de aula ou ajudam seus alunos com problemas pessoais e familiares. O modelo é muito simples, sacrificando sua exatidão e diferentes percepções em prol da eficiência. No entanto, do ponto de vista dos administradores ele fornece uma ferramenta efetiva para investigar centenas de professores aparentemente com um baixo desempenho, mesmo que se corra o risco de interpretar incorretamente alguns deles.¹⁹

matemáticas”): “To create a model, then, we make choices about what’s important enough to include, simplifying the world into a toy version that can be easily understood and from which we can infer important facts and actions. We expect it to handle only one job and accept that it will occasionally act like a clueless machine, one with enormous blind spots. [...] A model’s blind spots reflect the judgments and priorities of its creators. While the choices in Google Maps and avionics software appear cut and dried, others are far more problematic. [...] It’s overly simple, sacrificing accuracy and insight for efficiency.” O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishers, 2016, p. 27.

¹⁹ Tradução livre. No original: “Sometimes these blind spots don’t matter. When we ask Google Maps for directions, it models the world as a series of roads, tunnels, and bridges. It ignores the buildings, because they aren’t relevant to the task. [...] others are far more problematic. The value-added model in Washington, D.C., schools, to return to that example,

Ainda, há que se ter em vista que, atualmente, os sistemas de inteligência artificial se utilizam de modelos de *machine learning* (aprendizado de máquina), pelo qual as máquinas podem chegar a resultados sem que sejam explicitamente programadas para tanto. Explica-se: tradicionalmente, os computadores contam com algoritmos que lhe fornecem um conjunto de instruções para gerar um resultado determinado. Todavia, por meio do aprendizado de máquina, cria-se um algoritmo que aprenda a solucionar o problema a partir de dados fornecidos. Deste modo, a máquina analisa as informações dos dados que lhe são apresentados, seguindo as instruções estabelecidas pelo algoritmo, para encontrar padrões e, então, conseguir prever resultados.

Assim sendo, constata-se que a qualidade dos dados fornecidos aos sistemas de inteligência artificial também impactará os resultados, pois os dados são coletados da sociedade que é permeada por desigualdades, exclusões e discriminações. Conforme estudo realizado por pesquisadores da Universidade de Oxford, “o aprendizado de máquina pode confirmar padrões discriminatórios - se eles forem encontrados no banco de dados, então, por conseguinte, um sistema de classificação exato irá reproduzi-los. Deste modo, decisões enviesadas são apresentadas como resultado de um ‘algoritmo objetivo’”²⁰.

Além do mais, existe o problema de erros contidos em dados massivos, tendo em vista sua baixa confiabilidade quando extraídos diretamente da Internet (além de conterem lacunas em função de

evaluates teachers largely on the basis of students’ test scores, while ignoring how much the teachers engage the students, work on specific skills, deal with classroom management, or help students with personal and family problems. It’s overly simple, sacrificing accuracy and insight for efficiency. Yet from the administrators’ perspective it provides an effective tool to ferret out hundreds of apparently underperforming teachers, even at the risk of misreading some of them” O’NEIL, Cathy. Op. cit., p. 28.

²⁰ Tradução livre. No original, “machine learning can reify existing patterns of discrimination - if they are found in the training dataset, then by design an accurate classifier will reproduce them. In this way, biased decisions are presented as the outcome of an ‘objective’ algorithm”. GOODMAN, B., & FLAXMAN, S. R. (2017). European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. AI Magazine, 38(3), p. 50-57.

interrupções e perdas)²¹. Assim sendo, importante considerar que nem sempre o volume dos dados inseridos nos sistemas de IA refletirá em uma melhor decisão, visto que sua qualidade é fator ainda mais relevante.

Nota-se, assim, que, na própria constituição dos sistemas de IA faz-se diversas escolhas que refletem também as opiniões e prioridades dos criadores, as quais influenciam diretamente as respostas do sistema. Não se pode ignorar, portanto, a impossibilidade de isenção completa, até mesmo ao se falar de inteligência artificial e de sistemas que, muitas vezes, são tratados como universais e “desenviesados”, porquanto o ponto de partida é sempre uma atividade humana de seleção de informações e dados, os quais refletem, também, o contexto social de quem os produziu. E tal preocupação se liga diretamente ao estudo dos vieses cognitivos (*cognitive biases*).

Como se descreveu em outra sede,

vieses de cognição são fenômenos da (ir)racionalidade humana, estudados pelos psicólogos cognitivos e comportamentais, e representam os desvios cognitivos decorrentes de equívocos em simplificações (heurísticas) realizadas pela mente humana diante de questões que necessitariam de um raciocínio complexo para serem respondidas. Tais simplificações (heurísticas do pensamento) são um atalho cognitivo de que se vale a mente para facilitar uma série de atividades do dia-a-dia, inclusive no tocante à tomada de decisão. Nesse sentido, é possível afirmar que as heurísticas sejam mesmo automatismos inconscientes (sistema 1: rápido e instintivo)

²¹ Sobre a questão dos problemas dos dados obtidos via internet: “Large data sets from Internet sources are often unreliable, prone to outages and losses, and these errors and gaps are magnified when multiple data sets are used together. Social scientists have a long history of asking critical questions about the collection of data and trying to account for any biases in their data (Cain & Finch, 1981; Clifford & Marcus, 1986). This requires understanding the properties and limits of a dataset, regardless of its size. A dataset may have many millions of pieces of data, but this does not mean it is random or representative. To make statistical claims about a dataset, we need to know where data is coming from; it is similarly important to know and account for the weaknesses in that data”. BOYD, Danah. CRAWFORD, Kate. Six Provocations for Big Data, A Decade in Internet Time: Symposium on the Dynamics of the Internet and Society, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926431>. Data de acesso: 01.08.2018.

decorrentes da base de experiências e conhecimentos acumulados ao longo da vida, que permitem que as pessoas amarrem seus sapatos, dirijam seus veículos, bebam um copo d'água ou realizem uma caminhada sem despende grande esforço mental em torno de tais atividades. Entretanto, há situações, sobretudo as que envolvem um raciocínio mais complexo (sistema 2: lento, deliberativo e oneroso), em que as heurísticas do pensamento (automatismos mentais) podem gerar distorções cognitivas (vieses), levando a resultados sub-ótimos. São inúmeros os vieses de cognição identificados e catalogados pela doutrina.²²

E em face dos vieses se apresentarem como uma característica intrínseca do pensar humano, pode-se concluir, de igual modo, que um algoritmo criado por seres humanos enviesados provavelmente padecerá do mesmo “mal”, não de forma proposital, mas em decorrência das informações fornecidas ao sistema. Desta forma, surgem os chamados vieses algorítmicos, que ocorrem quando as máquinas se comportam de modos que refletem os valores humanos implícitos envolvidos na programação.

Saliente-se que o fato de os algoritmos serem constituídos por informações selecionadas, por si só, não se constitui em um problema. Contudo, trata-se de um dado normalmente ignorado e que, quando aliado à falta de transparência dos algoritmos, bem como a sua possibilidade de crescimento exponencial, pode constituir um mecanismo perigoso de segregação ou erro, amparado pela pretensa imparcialidade da matemática²³.

Sobre a questão da opacidade dos algoritmos, cumpre destacar a opinião de Cathy O’Neil, matemática e autora do livro “Weapons of math destruction”, segundo a qual a ausência de transparência

²² NUNES, Dierle, LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. DESCONFIANDO DA (IM) PARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador, Jus Podivm, 2018. (no prelo)

²³ O’NEIL, Cathy. Op., cit., p. 28.

dos modelos torna seu funcionamento invisível para todos, salvo matemáticos e cientistas computacionais.

Nesse sentido, importante salientar que a opacidade dos algorítmicos decorre de diversos fatores, como (i) da ausência de interesse, por parte das grandes empresas, em divulgar os algoritmos por elas desenvolvidos, visando sua autopreservação e a manutenção de vantagens competitivas; (ii) do fato de a leitura dos códigos algorítmicos somente ser acessível aos especialistas; e (iii) a diferença intrínseca entre os procedimentos matemáticos do *machine learning* e a forma de interpretação semântica dos seres humanos²⁴.

Neste último caso, a opacidade dos algoritmos afeta até mesmo os seus programadores, tendo em vista que a lógica interna de tomada de decisões do algorítmico é alterada na medida em que ele “aprende” com os dados que lhe são fornecidos. Assim, os resultados obtidos, provenientes da relação entre o código algorítmico e os dados fornecidos no processo *machine learning*, muitas vezes são incompreensíveis para os próprios desenvolvedores do sistema de IA, em virtude da complexidade da lógica interna de tomada de decisão destes sistemas.

Considerando este panorama, tem-se que, mesmo quando equivocados, o veredito dos algoritmos se torna imune à discordâncias e reclamações, perpetuando por vezes as desigualdades e contribuindo, inclusive, para seu crescimento, por meio do *feedback loop*²⁵. Numa

²⁴ Como ensina Jenna Burrell: “Three distinct forms of opacity include: (1) opacity as intentional corporate or institutional self-protection and concealment and, along with it, the possibility for knowing deception; (2) opacity stemming from the current state of affairs where writing (and reading) code is a specialist skill and; (3) an opacity that stems from the mismatch between mathematical optimization in high-dimensionality characteristic of machine learning and the demands of humanscale reasoning and styles of semantic interpretation”. BURRELL, Jenna. How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, January–June 2016: 1–12

²⁵ Como bem explica a autora: “A key component of this suffering is the pernicious feedback loop. As we’ve seen, sentencing models that profile a person by his or her circumstances help to create the environment that justifies their assumptions. This destructive loop goes round and round, and in the process the model becomes more and more unfair.”. O’NEIL, Cathy. Op., cit., p. 14.

abordagem jurídica, coloca-se em pauta em que medida a ausência de *accountability* macula (ou não) o devido processo constitucional e a necessidade de fundamentação adequada das respostas oferecidas pelos algoritmos.

Um exemplo de um sistema de IA que produz resultados eminentemente discriminatórios é o COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), mecanismo utilizado nos EUA para avaliar o risco de reincidência dos acusados no país. Os dados obtidos são utilizados, em alguns estados, para a fixação da sentença do réu, sendo que, quanto maior o índice de reincidência, maior será o tempo de reclusão do detento.

Em uma pesquisa realizada pela ProPublica, averiguou-se, no entanto, que o algoritmo utilizado tende a classificar erroneamente acusados negros como prováveis reincidentes e, por outro lado, enquadrar, também de forma equivocada, acusados brancos como indivíduos com baixo risco de reincidência.²⁶ A empresa Northpointe, responsável pelo software, não disponibiliza ao público o algoritmo no qual se baseia o índice de reincidência do acusado, mas apenas as perguntas feitas ao indivíduo e utilizadas no cálculo²⁷, de modo que o réu não sabe por qual motivo possui um alto ou baixo indicador,

²⁶ Nesse sentido: “[...] the algorithm is more likely to misclassify a black defendant as higher risk than a white defendant. Black defendants who do not recidivate were nearly twice as likely to be classified by COMPAS as higher risk compared to their white counterparts (45 percent vs. 23 percent). However, black defendants who scored higher did recidivate slightly more often than white defendants (63 percent vs. 59 percent). The test tended to make the opposite mistake with whites, meaning that it was more likely to wrongly predict that white people would not commit additional crimes if released compared to black defendants. COMPAS under-classified white reoffenders as low risk 70.5 percent more often than black reoffenders (48 percent vs. 28 percent). The likelihood ratio for white defendants was slightly higher 2.23 than for black defendants 1.61.”. In: How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. Disponível em: <<https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>>. Data de acesso: 14.05.2018.

²⁷ As perguntas do formulário podem ser consultadas no site: <https://www.documentcloud.org/documents/270_2103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html>. Data de acesso: 14.05.2018.

tampouco de que forma suas respostas influenciam no resultado final. Vale salientar que não se pergunta a raça do acusado no questionário, porém são feitas perguntas que acabam por selecionar indivíduos pobres e, em sua maioria, negros, como prováveis reincidentes.

Neste ponto, verifica-se o risco da realização de analogias para a previsão de comportamentos quando faltam dados específicos sobre os resultados pretendidos. Certo que não se pode precisar cientificamente quais características e indicadores fazem com que um indivíduo seja mais ou menos propenso à reincidência. Assim, para que o algoritmo chegue a tal resultado, são utilizadas correlações entre dados, como a existência de parentes ou vizinhos condenados, o desempenho escolar, a convivência com usuários de drogas, dentre outros, e a probabilidade de reincidência, o que carece de confirmação científica e acarreta resultados discriminatórios.

A ausência de transparência do algoritmo também é especialmente crítica neste caso. Como defender-se de um “índice” sem saber o método de seu cálculo? Como submeter o “índice” ao controle do devido processo constitucional? Por mais que sejam divulgadas as perguntas realizadas, os acusados não sabem como suas respostas influenciam no resultado final (output). Desta forma, a defesa do acusado torna-se impossibilitada por dados matemáticos opacos e algorítmicamente enviados, mas camuflados, pela “segurança” da matemática, como supostamente imparciais, pessoais e justos.

Ademais, não se pode, ao menos desde Gadamer, acreditar na intuição positivista (científica) de que a verdade somente pode ser descoberta (ou desvelada) a partir de uma perspectiva controlada por uma experiência científica garantida por um método²⁸, que possa ser falseado, com a pretensão de se afirmar que a verdade seja uma construção universal (única e imutável) metodologicamente

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.

controlável. No campo do processo são incontáveis as hipóteses de que o procedimento judicial legitimou pelo método a barbárie, bastando lembrar as esterilizações em massa durante o nazismo ou recentemente ocorrida aqui no Brasil.²⁹

Também é possível verificar vieses algorítmicos no sistema de concessão de crédito europeu e norte americano, na medida em que diversas companhias utilizam modelos de IA para análise do risco do empréstimo. Muitos desses modelos utilizam até mesmo dados das redes sociais do solicitante para o cálculo do *credit score*, baseando-se, assim, nas conexões sociais do indivíduo. Desta forma, o resultado vincula-se diretamente ao grupo social no qual o solicitante está inserido³⁰. Corroborando tal fato, um relatório de 2007, apresentado pela *Federal Reserve* ao Congresso dos Estados Unidos, apontou que negros e hispânicos têm um *credit score* significativamente inferior ao de brancos e asiáticos³¹.

Outros exemplos de modelos enviesados podem ser citados: um sistema de reconhecimento facial criado pela Google identificou pessoas negras como gorilas³²; o sistema de busca de contatos do

²⁹ “Esse caso, ainda que possa ser considerado uma aberração jurídica, oferece uma amostra do impacto perverso que a profunda e persistente desigualdade causa sobre o reconhecimento das pessoas como sujeitos de direitos. Embora o princípio da dignidade determine que todos devam ser tratados com igual respeito e consideração, a miséria e a marginalização parecem tornar largas parcelas de nossa sociedade moralmente invisíveis no dia a dia, perdendo, na realidade, sua condição de sujeitos de direitos.” VIEIRA, Oscar Vieira. *Justiça, ainda que tardia*. Disponível em: <<https://goo.gl/2DrLRh>>. Data de acesso: 20.07.2018.

³⁰ The Guardian. The tyranny of algorithms is part of our lives: soon they could rate everything we do. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/mar/05/algorithms-rate-credit-scores-finance-data>>. Data de acesso: 06.06.2018.

³¹ A propósito: “Differences in credit scores among racial or ethnic groups and age cohorts are particularly notable because they are larger than for other populations. For example, the mean normalized TransRisk Score for Asians is 54.8; for non-Hispanic whites, 54.0; for Hispanics, 38.2; and for blacks, 25.6 [...]”. Disponível em: <<https://www.transunion.com/resources/transunion/doc/compliance-and-legislative-updates/CreditScoreRpt.pdf>>. Data de acesso: 06.06.2018.

³² The Guardian. Google says sorry for racist auto-tag in photo app. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2015/jul/01/google-sorry-racist-auto-tag-photo-app>>. Data de acesso: 06.06.2018.

aplicativo LinkedIn demonstrou uma preferência por nomes de pessoas do sexo masculino³³; Tay, mecanismo de IA lançado pela Microsoft para interagir com usuários do Twitter, passou a reproduzir mensagens xenofóbicas, racistas e antisemitas³⁴; o aplicativo de chat SimSimi, que utiliza inteligência artificial para conversar com os usuários, foi suspenso no Brasil por reproduzir ameaças, palavrões e conversas de teor sexual³⁵.

Percebe-se, portanto, que o *machine learning* (aprendizado de máquina) é uma atividade complexa e que exige cuidado por parte dos programadores. Hoje, já se sabe que não é a quantidade de informações enviadas para alimentar os sistemas de IA que importa, e sim a qualidade das mesmas, pois dados enviesados ensinarão a máquina a desempenhar suas funções também de forma enviesada, perpetuando, de forma automatizada, as desigualdades sociais, erros e outras mazelas de nossa sociedade.

E todo esse quadro, vem passando ao largo de muitas das iniciativas narradas no princípio do presente ensaio no campo do Direito ao se usar algoritmos de IA para “auxiliar” o trabalho de tribunais e de profissionais jurídicos em geral. Os imperativos de eficiência do neoliberalismo processual e o próprio desconhecimento da virada tecnológica no direito vem induzindo um encantamento com as potenciais simplificações de atividades jurídicas sem que se gere ao mesmo tempo a fixação de critérios de respeito a pressupostos jurídicos

³³ The Seattle Times. How LinkedIn’s search engine may reflect a gender bias. Disponível em: <<https://www.seattletimes.com/business/microsoft/how-linkedins-search-engine-may-reflect-a-bias>>. Data de acesso: 06.06.2018.

³⁴ O robô chegou a twittar que: “bush did 9/11 and Hitler would have done a better job than the monkey we have now. donald trump is the only hope we’ve got”. The Guardian. Tay, Microsoft’s AI chatbot, gets a crash course in racism from Twitter. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-crash-course-in-racism-from-twitter>>. Data de acesso: 06.06.2018.

³⁵ TechTudo. Simsimi é suspenso no Brasil; entenda caso do app de chat online. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/04/simsimi-e-suspenso-no-brasil-entenda-caso-do-app-de-chat-online.ghtml>>. Data de acesso: 06.06.2018.

essenciais, como aqueles inerentes ao devido processo constitucional, que possam controlar o uso inadequado dessas novas ferramentas na atuação jurídica.

Nesse sentido, é essencial que se tenha um elevado grau de transparência algorítmica, a fim de possibilitar que os afetados pelo modelo saibam o que determina o resultado alcançado pelo sistema de IA. Atento a esta questão, o Parlamento Europeu, em resolução de 16 de fevereiro de 2017, postulou o seguinte princípio ético para orientar a regulação da robótica:

12. Realça o princípio da transparência, nomeadamente o facto de que deve ser sempre possível fundamentar qualquer decisão tomada com recurso a inteligência artificial que possa ter um impacto substancial sobre a vida de uma ou mais pessoas; considera que deve ser sempre possível reduzir a computação realizada por sistemas de IA a uma forma compreensível para os seres humanos; considera que os robôs avançados deveriam ser dotados de uma «caixa preta» com dados sobre todas as operações realizadas pela máquina, incluindo os passos da lógica que conduziu à formulação das suas decisões.³⁶

Percebe-se, assim, que tornar os algoritmos acessíveis para a população em geral - e não apenas especialistas na questão - é essencial para o controle e fiscalização dos mesmos, tendo em vista a subjetividade que permeia o processo de tomada de decisão das máquinas e sua capacidade de afetar drasticamente os direitos dos indivíduos.

³⁶ Parlamento Europeu. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT>>. Data de acesso: 01.08.2018.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO: O PROBLEMA DE ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÃO DECISÓRIA ÀS MÁQUINAS

A questão dos vieses já vem sendo discutida no âmbito do Direito há algum tempo, especialmente em relação às decisões judiciais. Como já pontuado, os vieses cognitivos são característica inerente ao ser humano, vez que nosso cérebro possui recursos cognitivos limitados e, por isso, cria “atalhos” para a tomada de decisões, de modo a utilizá-los de maneira mais eficiente³⁷. Contudo, quando afetam a tomada de decisões por parte do juízes, tais vieses são extremamente danosos, pois fatores que não deveriam interferir no julgamento são levados em consideração, ainda que de forma inconsciente³⁸.

O viés de confirmação (*confirmation bias*) é um dos principais vieses cognitivos identificados pela doutrina com impacto no direito e caracteriza-se pela tendência de se buscar e interpretar informações que confirmem as concepções já previamente formadas pelo indivíduo. No processo de tomada de decisão, o impacto de tal viés é relevante, visto que o julgador tenderá a favorecer evidências que confirmem sua hipótese, descartando as que apontem para solução distinta³⁹.

³⁷ “Ao decidir, pessoas se valem de heurísticas, ou seja, de atalhos cognitivos a partir dos quais lidam com as limitações de tempo e com a incompletude dos dados disponíveis: certas informações são privilegiadas, certas lacunas são inconscientemente completadas, certas percepções desencadeiam reações emocionais intensas, certas projeções de significado são rejeitadas pelos incômodos que nos provocam. [...] Como nossa capacidade de processamento de informação é limitada, temos de selecionar com cuidado os objetos que receberão esse tipo de atenção, extremamente custosa em termos de tempo e energia. Necessitamos de heurísticas para viabilizar uma tomada de decisão eficiente, em que seja alcançado um nível de precisão aceitável (embora não ótimo) com um processamento cerebral que não comprometa demasiadamente a celeridade.” HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. Cadernos Adenauer 1, 2017, p. 18.

³⁸ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. Court Review - Volume 49, p. 114-118. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Data de acesso: 28.05.2018.

³⁹ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Op., cit., p. 114-115. NUNES, Dierle, LUD, Natanael; PEDRON,

Há, ainda, diversos outros vieses que influenciam nosso modo de pensar e decidir, como o viés social - pelo qual formamos impressões sobre as pessoas com base no grupo social em que se inserem -, o “efeito de ancoragem” (*anchoring effect*), que implica na dificuldade de se afastar de uma primeira impressão ou de um primeiro dado que nos é fornecido⁴⁰, o viés de conformidade, segundo o qual as pessoas de um grupo tendem a evitar o dissenso e aderir à opinião da maioria.

Apesar de já existirem diversos estudos sobre os vieses cognitivos,⁴¹ há muitas dificuldades ao lidar com o tema, porquanto muitos dos julgadores ainda se consideram imparciais⁴² e não desenvolvem técnicas capazes de superar o enviesamento⁴³ - as técnicas

Flávio. DESCONFIANDO DA (IM)PARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. cit.

⁴⁰ STAFFORD, Tom. Biases in decision making. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/02/stafford-biases-in-decision-making-winter-2017.pdf>>. Data de acesso: 29.05.2018.

⁴¹ Cf. NUNES, Dierle, LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. DESCONFIANDO DA (IM) PARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. cit.

⁴² Sobre o tema: “One study found that 97% of US judges believe they are above the average in their ability to ‘avoid racial prejudice in decision making’, a statistically unlikely state of affairs which probably reflects judges overestimating their abilities with respect to those of their peers. Another study of white American judges found that they displayed the same automatic, ‘implicit’, negative associations with race as found in the general population.”. STAFFORD, Tom. Op., cit. No mesmo sentido, veja-se: “Several studies have suggested that ‘judges might be biased in favor of evidence that confirms their prior hypotheses and might disregard evidence that does not correspond with their previous assumptions.’ How can this be if judges are supposed to be impartial? Research suggests that it is because they still perceive themselves to be scrutinizing the evidence and, thus, impartial.” Nicholas J. Doyle, Confirmation Bias and the Due Process of Inter Partes Review, *IDEA: The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, vol. 57 (2016), p. 39. (29-70)

⁴³ Nesse sentido, importante destacar que a tomada de consciência da existência dos vieses e da impossibilidade de imparcialidade total é essencial para enfrentar o problema. A propósito: “Não estamos, contudo, condenados a repetir inconscientemente nossos vieses. Estudos contemporâneos apontam que essas respostas intuitivas e automáticas podem ser corrigidas, e os vieses, reduzidos, com o uso intensivo do raciocínio, mediante esforço e controle deliberado [...] compreender as nossas limitações cognitivas é fundamental para entender como os seres humanos tomam decisões e, com isso, interferir conscientemente nesses mecanismos [...]”. HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Op., cit., p. 20.

de “desenviesamento” ou *debiasing*.⁴⁴ O mesmo fenômeno pode ser verificado nas ferramentas de IA que, conforme previamente exposto, são consideradas por muitos como isentas.

Há, contudo, um agravante: as decisões tomadas por humano são impugnáveis, pois é possível delimitar os fatores que ensejaram determinada resposta e o próprio decisor deve ofertar o iter que o induziu a tal resposta (arts. 93, IX, CRFB/88 e 489, CPC). Por outro lado, os algoritmos utilizados nas ferramentas de inteligência artificial são obscuros para a maior parte da população - algumas vezes até para seus programadores⁴⁵ - o que os torna, de certa forma, inatacáveis. Em função disso, a atribuição de função decisória aos sistemas de inteligência artificial torna-se especialmente problemática no âmbito do Direito.

E pontue-se: mesmo a estruturação de bases de dados de julgados e precedentes, após a adoção de força normativa aos últimos, caso realizada de modo enviesado e acrítica pode induzir resultados nos usuários decisores equivocados com a perpetuação de erros ou mesmo diminuindo a possibilidade de diferenciação (*distinguishing*) de casos, algo impensável num sistema jurídico que pretende sofisticar o uso do direito jurisprudencial como o brasileiro pós CPC/2015.⁴⁶

Não se nega que a utilização de máquinas pode trazer diversos benefícios à prática jurídica. Conforme exposto no início deste trabalho,

⁴⁴ NUNES, Dierle, LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. DESCONFIANDO DA (IM) PARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. *cit*.

⁴⁵ É certo que os programadores conhecem o algoritmo no qual o modelo se baseia, contudo nem sempre conseguem decifrar o que levou a máquina a chegar a um determinado resultado. Exemplo disso foi o sistema de IA criado pelo facebook para negociação. Quando os robôs foram colocados para negociar entre si, desenvolveram uma linguagem própria, indecifrável para os programadores. A propósito, ver: The Telegraph. Facebook shuts down robots after they invent their own language. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/technology/2017/08/01/facebook-shuts-robots-invent-language>>. Data de acesso: 02.06.2018.

⁴⁶ Para uma análise crítica dos precedentes no Brasil: Cf. VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.

a implementação de sistemas de IA para realização de pesquisas, classificação e organização de informações, vinculação de casos à precedentes e elaboração de contratos tem se mostrado efetiva na prática por proporcionar maior celeridade e precisão. Todavia, atribuir-lhes a função de tomar decisões, atuando de forma equivalente a um juiz, pode significar a ampliação ainda maior de desigualdades que permeiam nosso sistema judiciário, respaldando-o, ademais, com um decisionismo tecnológico.

Isso porque, por mais enviesadas que sejam as decisões proferidas por juízes, sempre se tem um certo grau de acesso aos motivos (mesmo errados, subjetivos ou enviesados) que os levaram a adotar determinada posição, pois, ainda que decidam consciente ou inconscientemente por razões implícitas, suas decisões devem ser fundamentadas. Assim, em todos os casos, os afetados podem impugná-las e discuti-las.

Por sua vez, os resultados alcançados por sistemas de inteligência artificial, conforme abordado anteriormente, são indiscutíveis por aqueles que desconhecem o algoritmo e seu funcionamento, como é o caso de advogados, juízes e membros do Ministério Público. Atento a esta questão, o instituto de pesquisa AI Now, da Universidade de Nova York, fez a seguinte recomendação em seu relatório apresentado no ano de 2017:

Agências públicas centrais, como as responsáveis pela justiça criminal, saúde, educação e assistência social, não devem mais utilizar IA e sistemas algorítmicos incompreensíveis ('caixa preta'). Isso inclui a utilização de modelos pré-treinados sem revisão e validação, sistemas de IA autorizados por fornecedores externos e processos algorítmicos criados internamente em empresas privadas. O uso de tais sistemas por agências públicas fomenta sérias preocupações quanto ao devido processo e, no mínimo, deveria ser possível realizar audiências públicas, testes e revisões, bem como respeitar padrões de *accountability*.⁴⁷

⁴⁷ Tradução livre. No original, "1. Core public agencies, such as those responsible for criminal

Apesar de tais alertas, a Suprema Corte de Wisconsin discutiu, no caso *State v. Loomis*, a utilização do sistema COMPAS - algoritmo para análise de risco dos acusados -, tendo entendido que o uso de tais sistemas não violava o direito do acusado ao devido processo, apesar da metodologia utilizada para o cálculo do índice ser indecifrável para os juízes e para o réu⁴⁸.

Contudo, cediço que, no sistema processual brasileiro, tendo em vista a perspectiva do devido processo constitucional, a utilização de mecanismos ocultos para as partes do processo na tomada de decisões viola garantias processuais constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa⁴⁹, as quais somente podem ser efetivadas mediante o conhecimento dos pressupostos utilizados no julgamento.

justice, healthcare, welfare, and education (e.g “high stakes” domains) should no longer use “black box” AI and algorithmic systems. This includes the unreviewed or unvalidated use of pre-trained models, AI systems licensed from third party vendors, and algorithmic processes created in-house. The use of such systems by public agencies raises serious due process concerns, and at a minimum they should be available for public auditing, testing, and review, and subject to accountability standards”. Campolo, A. and M. Sanfilippo, M. Whittaker, K. Crawford, *AI NOW 2017 Report*, AI Now Institute, New York (2017). Disponível em: <https://ainowinstitute.org/AI_Now_2017_Report.pdf>. Data de acesso: 23.06.2018.

⁴⁸ Sobre o caso que originou o julgamento em questão, destaque-se que “In preparation for sentencing, a Wisconsin Department of Corrections officer produced a PSI that included a COMPAS risk assessment. [...] As the methodology behind COMPAS is a trade secret, only the estimates of recidivism risk are reported to the court. At Loomis’s sentencing hearing, the trial court referred to the COMPAS assessment in its sentencing determination and, based in part on this assessment, sentenced Loomis to six years of imprisonment and five years of extended supervision. Loomis filed a motion for post-conviction relief in the trial court, arguing that the court’s reliance on COMPAS violated his due process rights. Because COMPAS reports provide data relevant only to particular groups and because the methodology used to make the reports is a trade secret, Loomis asserted that the court’s use of the COMPAS assessment infringed on both his right to an individualized sentence and his right to be sentenced on accurate information.”. Harvard Law Review. *State v. Loomis: Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>>. Data de acesso: 23.06.2018.

⁴⁹ Sobre o contraditório como participação e garantia de influência das partes, ver: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, nº 168. P. 107-141, 2009, p. 109. E, também, NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório.

Desta forma, devemos nos atentar para a crescente implementação de sistemas de IA no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, principalmente porque há uma tendência de, gradualmente, delegar-se mais atividades para as máquinas, ante o quadro de litigância de massa e sobrecarga do Poder Judiciário.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao anunciar a implementação da ferramenta Victor, atestou que o sistema não irá se limitar a seu objetivo inicial, pois

[...] como toda tecnologia, seu crescimento pode se tornar exponencial e já foram colocadas em discussão diversas ideias para a ampliação de suas habilidades. O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal⁵⁰.

Verifica-se, portanto, que, com o rápido desenvolvimento das tecnologias, as ferramentas de inteligência artificial terão suas funções ampliadas. Contudo, a implementação de sistemas de IA, sem a devida reflexão sobre seus impactos e seu modo de funcionamento, apresenta grande riscos para o direito, do ponto de vista sistêmico, por tornar indiscutíveis - ou, ao menos, restringir drasticamente o âmbito de discussão - decisões enviesadas, com fundamento em argumentos puramente quantitativos, em especial, o aumento da rapidez proporcionado pelo uso de tais tecnologias.

Nesse sentido, importante considerar o alerta feito por Harry Surden, professor de Direito da Universidade do Colorado:

Sistemas tecnológicos que utilizam inteligência artificial são cada vez mais utilizados na aplicação do direito. Estes sistemas podem

Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 29, maio/jun. 2004.

⁵⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>> Data de acesso: 06.06.2018.

conter valores sutilmente embutidos no seu design tecnológico. Essa observação se torna particularmente importante no contexto do direito, tendo em vista a relevância das questões em jogo, incluindo a perda de liberdade, propriedade ou direitos. Sistemas tecnológicos legais que empregam inteligência artificial demandam cuidados e conhecimentos especiais em seu desenvolvimento, uma vez que o uso da inteligência artificial pode levantar problemas específicos em relação aos valores embutidos, os quais podem ser relevantes, mas difíceis de observar.⁵¹

De maneira similar, o Parlamento Europeu, em sua resolução de 14 de março de 2017, pontuou que:

[...] os dados e /ou os procedimentos de baixa qualidade em que se baseiam os processos de tomada de decisão e os instrumentos analíticos podem traduzir-se em algoritmos parciais, correlações ilegítimas, erros, numa subestimação das implicações jurídicas, sociais e éticas, no risco de utilização de dados para fins discriminatórios ou fraudulentos e na marginalização do papel dos seres humanos nestes processos, podendo resultar em processos imperfeitos de tomada de decisão, com um impacto nocivo nas vidas e nas oportunidades dos cidadãos, mormente nos grupos marginalizados, bem como em consequências negativas para as sociedades e as empresas.⁵²

⁵¹ Tradução livre. No original: “Technological systems that use artificial intelligence are increasingly being used in the application of law. Such systems can contain values subtly embedded in their technological design. This observation becomes particularly important in the context of law, given the significant issues at stake, including loss of liberty, property, or rights. Legal technological systems that employ artificial intelligence require special care and awareness in development, as the use of artificial intelligence can raise specific issues of embedded values that may be impactful but hard to observe”. SURDEN, Harry. Values Embedded in Legal Artificial Intelligence. U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 17-17. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2932333>>. Data de acesso: 01.08.2018.

⁵² Parlamento Europeu. Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de março de 2017, sobre as implicações dos grandes volumes de dados nos direitos fundamentais: privacidade, proteção de dados, não discriminação, segurança e aplicação da lei (2016/2225(INI)). Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0076+0+DOC+XML+V0//PT>>. Data de acesso: 31.07.2018.

Desta forma, a implementação destas ferramentas deve ser cuidadosa e permeada por um amplo debate sobre as melhores formas de se realizar o *machine learning*, de modo a reduzir, ao máximo possível, o enviesamento das máquinas. Também se torna necessária a implementação de mecanismos para assegurar a transparência algorítmica, essencial para que se possa compreender o processo de tomada de decisões dos sistemas de IA.

E principalmente, ao se constatar a virada tecnológica no direito torna-se imperativa a rediscussão do próprio conteúdo dos seus princípios fundamentais, a começar pelo devido processo constitucional, para que os mesmos possam agir contrafaticamente (de modo corretivo) de modo a controlar os poderes decisórios, agora tecnológicos, com redução de sua opacidade e gerando sua necessária transparência (*accountability*).

Assim como ocorre com os vieses cognitivos dos julgadores humanos,⁵³ deve-se primeiro reconhecer o problema para que se possa buscar soluções capazes de eliminar ou reduzir o enviesamento das máquinas, sendo certo que a implementação de sistemas de IA no direito de forma irrefletida, ou capturada pelos imperativos de eficiência ou mesmo mesmo mercantis dos fornecedores de serviços (Legal Techs), poderá lesar princípios constituidores do Estado Democrático de Direito, como o devido processo constitucional e o acesso à justiça.

E algo deve ser percebido: tal como no passado da revolução industrial, as novas tecnologias como as IAs não pré-determinam um único resultado benéfico ou maléfico. É necessário que o Direito e seus estudiosos (e aplicadores) enfrentem o desafio de utilizar todas essas tecnologias disruptivas mediante a fixação de pressupostos que almejem a perseguição da correção e melhoria do sistema jurídico.

⁵³ NUNES, Dierle, LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. DESCONFIANDO DA (IM) PARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. *cit.*

CONCLUSÃO

O movimento de inserção de mecanismos tecnológicos no Direito é irrefreável e pode trazer diversos benefícios para o sistema. Todavia, é imprescindível que se tenha cuidado em sua implementação, pois, conforme o exposto, as ferramentas de IA, apesar de pretensamente objetivas, também são permeadas por subjetividades, que surgem tanto no momento de elaboração dos algoritmos, quanto no fornecimento de dados para o *machine learning*.

Desta forma, imprescindível que se reconheça a existência dos vieses algorítmicos, porquanto as máquinas muitas vezes se comportam de modo a refletir os valores humanos implícitos envolvidos na programação. Ao somar tal fator à opacidade dos algoritmos - indecifráveis para a maior parte da população -, verifica-se os riscos que tais mecanismos acarretam para o devido processo constitucional, por impossibilitar o exercício da garantia do contraditório e ampla defesa, violando, também o acesso à justiça.

É o que já vem ocorrendo em sistemas implementados em outros países, como o COMPAS, abordado neste trabalho, em que o índice de reincidência dos acusados apresenta resultados discriminatórios e, ao mesmo tempo, não impugnáveis para os afetados pela decisão, em razão de sua opacidade. Outros exemplos mencionados no presente trabalho demonstram o risco sistêmico da implementação irrefletida de sistemas de IA no âmbito do Poder Judiciário, com objetivos predominantemente quantitativos, e sem que sejam fixados pressupostos jurídicos essenciais para o controle das novas ferramentas.

Tal fenômeno decorre tanto do desconhecimento dos profissionais do direito acerca das potencialidades das tecnologias de IA, quanto do modelo neoliberal de processo e a busca incessante por maior rapidez e simplificação dos procedimentos, com vistas a

aumentar a eficiência do sistema, sob a ótica da produtividade, em detrimento de critérios qualitativos.

Nesse contexto, essencial perceber que, assim como somente foi possível traçar soluções para os vieses cognitivos dos julgadores humanos a partir do reconhecimento, por parte da doutrina e dos decisores, de que não somos naturalmente imparciais, é preciso reconhecer e ampliar os estudos acerca dos vieses algorítmicos, para que se possa pensar em mecanismos para contorná-los. O desenvolvimento de programas de aprendizagem de máquina e de transparência algorítmica são exemplos de ferramentas que podem auxiliar neste objetivo, evitando que ocorra a perpetuação das desigualdades sociais, erros e outras mazelas de nossa sociedade, por meio da ilusão da completa imparcialidade da matemática.

Enfim, há de se perceber a necessidade de se analisar e se redefinir o conteúdo do devido processo constitucional como garantidor dessa transparência algorítmica e como pressuposto da análise e interpretação do uso das novas ferramentas que impactarão a racionalidade e a prática de atos processuais por todos os sujeitos do processo.

REFERÊNCIAS

- BOYD, Danah. CRAWFORD, Kate. Six Provocations for Big Data, A Decade in Internet Time: Symposium on the Dynamics of the Internet and Society, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1926431>. Data de acesso: 01.08.2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Disponível em:

- <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>> Data de acesso: 06.06.2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Laboratório de Inovação concentra soluções tecnológicas voltadas ao PJe. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88493-laboratorio-de-inovacao-concentra-solucoes-tecnologicas-voltadas-ao-pje>>. Acesso em: 30.03.2019
- BURRELL, Jenna. How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*, January–June 2016: 1–12.
- CAMPOLO, A. and M. Sanfilippo, M. Whittaker, K. Crawford, AI NOW 2017 Report, AI Now Institute, New York (2017). Disponível em: <https://ainowinstitute.org/AI_Now_2017_Report.pdf>. Data de acesso: 23.06.2018.
- DOYLE, Nicholas J., Confirmation Bias and the Due Process of Inter Partes Review, *IDEA: The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, vol. 57 (2016), p. 29-70
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Fundamentos de uma hermenêutica filosófica*. 7 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, Vozes, 2005.
- GOODMAN, B., & FLAXMAN, S. R. (2017). European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. *AI Magazine*, 38(3), p. 50–57.
- HARVARD LAW REVIEW. *State v. Loomis: Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing*. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>>. Data de acesso: 23.06.2018.
- HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. *Cadernos Adenauer* 1, 2017, p. 11-34.

- HUESO, Lorenzo Cotino. Big data e inteligência artificial. Una aproximación a su tratamiento jurídico desde los derechos fundamentales. *Dilemata*, ISSN-e 1989-7022, N.º. 24, 2017, págs. 131-150. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6066829>>. Data de acesso: 30.07.2018.
- KATZ DM, Bommarito MJ II, Blackman J (2017). A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. *PLoS ONE* 12(4): e0174698. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698>>. Data de acesso: 09.05.2018.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 29, maio/jun. 2004.
- NUNES, Dierle, LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. DESCONFIANDO DA (IM)PARCIALIDADE DOS SUJEITOS PROCESSUAIS: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador, Jus Podivm, 2018. (no prelo)
- NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso. *Conjur*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso#sdfootnote9anc>>. Data de acesso: 14.05.2018.
- O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishers, 2016.
- PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu, de 14 de março de 2017, sobre as implicações dos grandes volumes de dados nos direitos fundamentais: privacidade, proteção de dados, não discriminação, segurança e aplicação da lei (2016/2225(INI)). Disponível em:<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8->

TA-2017-0076+0+DOC+XML+V0//PT>. Data de acesso: 31.07.2018.

PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT>>. Data de acesso: 01.08.2018.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. Court Review - Volume 49, p. 114-118. Disponível em: <<http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>>. Data de acesso: 28.05.2018.

RACANICCI, Jamile. Judiciário desenvolve tecnologia de voto assistido por máquinas. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/judiciario-desenvolve-tecnologia-de-voto-assistido-por-maquinas-08012018>>. Data de acesso: 09.05.2018.

STAFFORD, Tom. Biases in decision making. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2018/02/stafford-biases-in-decision-making-winter-2017.pdf>>. Data de acesso: 29.05.2018.

SURDEN, Harry. Values Embedded in Legal Artificial Intelligence. U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 17-17. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2932333>>. Data de acesso: 01.08.2018.

SUSSKIND, Richard. Tomorrow Lawyers: an introduction to your future. Oxford: Oxford University Press, 2013.

TECHTUDO. Simsimi é suspenso no Brasil; entenda caso do app de chat online. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/04/simsimi-e-suspenso-no-brasil-entenda-caso-do-app-de-chat-online.ghtml>>. Data de acesso: 06.06.2018.

- THE GUARDIAN. Google says sorry for racist auto-tag in photo app. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2015/jul/01/google-sorry-racist-auto-tag-photo-app>>. Data de acesso: 06.06.2018.
- THE GUARDIAN. Tay, Microsoft's AI chatbot, gets a crash course in racism from Twitter. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-crash-course-in-racism-from-twitter>>. Data de acesso: 06.06.2018.
- THE GUARDIAN. The tyranny of algorithms is part of our lives: soon they could rate everything we do. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/mar/05/algorithms-rate-credit-scores-finances-data>> . Data de acesso: 06.06.2018.
- THE SEATTLE TIMES. How LinkedIn's search engine may reflect a gender bias. Disponível em: <<https://www.seattletimes.com/business/microsoft/how-linkedins-search-engine-may-REFLECT-A-BIAS>>. DATA DE ACESSO: 06.06.2018.
- THE TELEGRAPH. Facebook shuts down robots after they invent their own language. Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/technology/2017/08/01/facebook-shuts-robots-invent-language>>. Data de acesso: 02.06.2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, nº 168. P. 107-141, 2009, p. 109.
- VALENTINI, Romulo Soares. Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. Tese. (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2018.

VIEIRA, Oscar Vieira. Justiça, ainda que tardia. Disponível em: <<https://goo.gl/2DrLRh>>. Data de acesso: 20.07.2018.

VILLANI, Cédric. Donner uns sens à li'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne. 2018. Disponível em: <<https://www.aiforhumanity.fr>>. Data de acesso: 30.06.2018.

PRECEDENTES Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHO HUMANOS

Federico D. Sedlacek¹

INTRODUCCIÓN Y ESTADO DE SITUACIÓN SOBRE LA TEORÍA DEL PRECEDENTE EN BRASIL Y ARGENTINA

El presente trabajo intentará mostrar la interrelación e importancia que puede tener la teoría del precedente dentro de lo que es el sistema interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), a partir de considerar y analizar específicamente un caso argentino reciente, y que ha generado muchísima polémica académica, doctrinaria e institucional en Argentina.

Me refiero a la sentencia dictada en la causa “Fontevicchia”² de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), que ha dado lugar al dictado de la decisión “Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos”³ (en adelante “Ministerio”), de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (en adelante CSJN).

En primer lugar, corresponde que explique mi apreciación personal y particular sobre el precedente, siendo que, para mí, metafóricamente podría asimilarse a tomar un puñado de arena con las manos. ¿Por qué ello?, porque así como cuando una persona toma un puñado de arena con su manos, inevitablemente parte de ella se le filtrará y escapará

¹ Abogado, Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). E-mail: federicodsedlacek@gmail.

² CIDH, “Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina”, sentencia del 29/11/2011.

³ CSJN, 368/1998(34-M)/CS1 “Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sentencia del 14/02/2017.

entre los dedos, el precedente es una teoría transversal al Derecho, y que independientemente del sistema o tradición jurídica occidental de que se trate, es decir, *civil law* o *common law*, cualquiera fuere, se va a filtrar inevitablemente y tendrá aplicación, por supuesto, con mayor o menor grado en cada caso particular. En otras palabras, la teoría, la estructura, la técnica que subyace a lo que es la teoría formal del precedente y lo que supone, se traslada, se filtra independientemente de la tradición jurídica de la cual estemos hablando.

Como explica Merryman, expresándose sobre el *civil law*:

Aunque no hay ninguna regla formal de *stare decisis*, en la práctica se ven influidos los jueces por las decisiones anteriores. Las decisiones judiciales se publican regularmente en la mayoría de las jurisdicciones del derecho civil. Un abogado que esté preparando un caso buscará otros casos semejantes y los usará en su argumentación; y el juez se refiere a menudo a casos anteriores en su sentencia. Independientemente de lo que diga la ideología de la revolución acerca del valor de los precedentes, el hecho es que los tribunales no actúan, en las jurisdicciones de derecho civil, de manera muy diferentes a la de los tribunales de los Estados Unidos en relación con las decisiones registradas. Es posible que el juez se refiera a un precedente porque esté impresionado por la autoridad del tribunal anterior, porque esté convencido por su razonamiento, porque sea demasiado perezoso para analizar el problema por sí mismo, porque no quiera arriesgarse a una revocación en segunda instancia o por muchas otras razones. Estas son las razones principales del uso de la autoridad en la tradición del derecho común, y la ausencia de una regla formal de *stare decisis* carece relativamente de importancia” (MERRYMAN, 1989, p. 94).

Entonces se evidencia claramente en países como Brasil y Argentina que, aunque con características propias, sus sistemas jurídicos derivan de la tradición del derecho romano-canónico, apreciándose al respecto que, indefectiblemente, cuando se argumenta en las sentencias, los jueces lo hacen citando e invocando jurisprudencia anterior que sea similar y aplicable al caso.

El profesor Marcelo Abelha Rodrigues ha resaltado⁴ la gran cantidad de obras jurídicas que existen en Brasil dedicadas al precedente, pero explicando que, a pesar de ello, existe un abismo entre la teoría y la práctica. En Argentina, peor aún, básicamente podemos decir que la teoría es casi inexistente, sino fuera por algunas pocas obras y trabajos dedicados a la temática, aunque cabe indicar que esos pocas que hay, son muy buenos.⁵

Sin embargo, no hay una cultura de estudio en la doctrina argentina de lo que es la teoría del precedente. Es una teoría muy poco conocida en sus cuestiones técnicas específicas y en su dogmática, y un operador jurídico, tanto un abogado litigante de tribunales, como así también un juez, prácticamente no podría explicar mínimamente sus elementos fundamentales y esenciales que la constituyen -precisamente- como una verdadera teoría jurídica. Por lo tanto, Brasil está más avanzado en este sentido, ya que puede comparar entre teoría y práctica, mientras que en Argentina todavía no podemos hacer ni siquiera eso.

De hecho, en Argentina, estamos retrocediendo desde el punto de vista de la temática, porque una de las pocas herramientas con la que contábamos, que aplicaba de alguna manera la teoría del precedente, eran los fallos plenarios, que fueron extirpados sin mucha explicación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por la ley N°26.853 del año 2013.

⁴ En su exposición que diera en el III Congreso Brasil-Argentina de Derecho Procesal, realizado en Vitória (Brasil), los días 12, 13 y 14 de abril de 2018.

⁵ Entre ellos, quiero destacar el de GARAY, Alberto F., *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013; o el de LEGARRE, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2016; y trabajos como el de OTEIZA, Eduardo, “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”, en *Cortes Supremas, funciones y recursos extraordinarios*, OTEIZA, Eduardo, Coordinador, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011; y SALGADO, José María, en el capítulo XXX “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Suprema”, FALCÓN, Enrique M., Director, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

Asimismo, es preciso hacer referencia a la reforma normativa más importante que tuvimos en el último tiempo en Argentina, que fue la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que unificó el Código Civil y el Código Comercial. El anteproyecto original contenía en el artículo 1º, a la jurisprudencia como fuente y pauta para la resolución de los casos.

Sin embargo, la Comisión Bicameral eliminó dicha referencia, manteniendo el criterio de no darle a la jurisprudencia la calidad de fuente formal. Es decir, seguimos teniendo resabios decimonónicos de -quizás- algún miedo a lo que puedan llegar a decir los jueces y que eso sea tomado como fuente formal del derecho. Sin perjuicio de que, obviamente, sigue siendo fuente material.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, en materia de precedentes, también es casi caótica, sobre todo desde el punto de vista del efecto vertical que ha intentado dar a sus decisiones. En las últimas sentencias que se toman como referencia en la temática,⁶ la CSJN termina por manifestar que los jueces no tienen “obligación” de seguir lo que dice la Corte, pero tienen el “deber” de resguardar en definitiva, lo que ella dice. O sea, por un lado, manifiesta que no es “obligatorio”, pero por otro que los jueces tienen el “deber” de seguir sus decisiones. Ello resulta claramente confuso desde todo punto de vista.⁷

⁶ Me refiero a la causa “Cerámica San Lorenzo” (Fallos: 307:1094), del año 1985, y “Herminia del Carmen González v. AnSes” (Fallos: 323:555), del año 2000.

⁷ Para profundizar sobre estas cuestiones, remito al lector al trabajo SEDLACEK, Federico D., “Misceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación con el nuevo CPC de Brasil”, en *Precedentes*, Coordinador geral: Fredie Didier Jr., Editora Jus Podivm, Salvador, 2015.

LA SENTENCIA “FONTEVECCHIA” DE LA CIDH Y LA RESPUESTA ARGENTINA

La sentencia “Fontevécchia” sobre la cual quiero referirme, fue dictada por la CIDH en el año 2011, teniendo como base fáctica los siguientes hechos.

En el año 1995 en Argentina, mientras estaba de presidente Carlos Saúl Menem, una revista muy conocida a nivel nacional, llamada revista “Noticias”, había realizado algunas publicaciones relativas a la intimidad del presidente de la Nación, en ese momento, por las cuales daban a conocer sobre la paternidad no reconocida de un hijo extramatrimonial.

Esto molestó al entonces presidente, que inició una demanda civil de daños y perjuicios por la suma de \$ 1.500.000.-, que en ese momento eran U\$s 1.500.000.-. Se hizo lugar a la demanda, y la sentencia fue confirmada por la segunda instancia, y finalmente por la propia Corte de Suprema de Justicia de Argentina, que lo único que hizo fue bajar el monto de la indemnización.

Esa sentencia de la Corte argentina, dio lugar luego a la decisión de la CIDH en la causa “Fontevécchia”, donde la CIDH condenó al Estado argentino, manifestando que había violado el derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en contra de los señores Fontevécchia y D’Amico, que habían sido los periodistas y editores que habían publicado esas cuestiones. Dispuso, además, y acá empieza el *quid* de la cuestión, que el Estado argentino debía dejar sin efecto la condena civil impuesta a Fontevécchia y D’Amico, así como todas sus consecuencias, dentro de los términos esgrimidos en el párrafo 105 de la sentencia.

¿Qué decía el párrafo 105? “...el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los

alcances que estas tengan respecto de terceros...”. Es decir, hubo una sentencia de la Corte argentina que condenó a unos periodistas por ciertas publicaciones, y una sentencia de la Corte Interamericana, que condenó a Argentina en virtud de aquella decisión, solicitando expresamente que la misma sea dejada sin efecto.

Ante dicha decisión de la CIDH (del año 2011), y con nuevos miembros en su composición, la CSJN el 14 de febrero de 2017, dictó la sentencia “Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos”, como una reacción a la de su par internacional. Para comprender los fundamentos que dieran los ministros en el voto de la mayoría, resulta menester explicar brevemente algunas cuestiones importantes sobre prescripciones normativas que contiene la Constitución Nacional argentina.

La misma, posee en su primera parte, el artículo 27 (originario de la Constitución de 1853), que expresa: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

Por otra parte, el art. 75. Inc. 22, que fuera incorporado por la Reforma Constitucional de 1994,⁸ expresamente estableció que los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. ¿Cuál es la primera parte?, aquella en la cual se encuentra el art. 27 referido.

¿Qué dijo y decidió la Corte argentina que generó muchísima polémica en Argentina y la sigue generando? El voto mayoritario manifestó que: “...entre dichos principios incommovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y

⁸ Quizás las más importante de toda la historia de argentina, por la connotación que tuvo y por la implantación de nuevos derechos que dieron origen a un nuevo paradigma de tutela constitucional, en el marco de la incorporación con jerarquía constitucional de tratados internacionales de Derechos Humanos.

cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional”. Por lo tanto, “...revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional”.⁹

Uno de los votos particulares que siguió la misma línea, pero con fundamentos propios, fue el del ministro Horacio Rosatti, que también le dio preeminencia al art. 27 de la C.N., a esas cuestiones de derecho público propias de nuestro país, y en definitiva, manifestó que:

Esta potestad jurisdiccional, calificada como la más alta y eminente del ordenamiento jurídico argentino, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde a esta Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal [...], se sustenta con el carácter inalterable de sus pronunciamientos regulares, firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible `dejarlos sin efecto´ —lo cual supone `revocarlos´ conforme con la primera acepción de la expresión `revocar´ del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia— si es ello lo que se pretende en el presente caso.¹⁰

Es decir, dicho voto estaría manifestando que, al pedir la CIDH que se deje “sin efecto” la sentencia de la Corte argentina, en definitiva, está requiriendo que se revoque una sentencia del máximo tribunal de Argentina que ya había pasado en autoridad de cosa juzgada. Eso no podría realizarse, porque se estaría violando la propia Constitución Nacional argentina.

Entre otros, uno de los argumentos del voto del ministro Rosatti, fue la necesidad de establecer un diálogo jurisprudencial, en el sentido de tener en cuenta que, la CIDH es el máximo intérprete de la CADH, pero la Corte argentina es el máximo, y último intérprete de la Constitución

⁹ Considerando 17, voto de la mayoría.

¹⁰ Considerando 6, voto del Ministro Rosatti.

Nacional argentina, y ello debe respetarse en las decisiones que cada tribunal toma en la esfera de sus propias competencias.

Los precedentes citados en “Fontevécchia” por la propia CIDH

Veamos ahora algunas cuestiones relacionadas con la propia cita de jurisprudencia que hace la CIDH en la sentencia “Fontevécchia”, para tratar de encontrar elementos que nos ayuden a comprender si la decisión de la Corte argentina estuvo o no justificada de alguna manera. Encontraremos enseguida que, al igual que acontece en cualquier juzgado o tribunal de primera instancia que cita jurisprudencia sin dar mayores explicaciones o argumentando sobre el porqué de su cita, esto también ocurre -y este es un ejemplo de ello-, en la propia CIDH.

La CIDH en ese párrafo 105 del fallo “Fontevécchia”, cuando expresa: “dejar sin efecto esas sentencias”, cita textualmente “de conformidad con su jurisprudencia”, es decir, con la propia jurisprudencia de la CIDH, y cita tres antecedentes jurisprudenciales.

El primero es “Herrera Ulloa c. Costa Rica” del año 2004, el segundo “Tristán Donoso c. Panamá” del año 2009, y el tercero es “Kimel c. Argentina” del año 2008. ¿Qué dicen estas sentencias si uno las analiza? ¿Contienen cuestiones fácticas y argumentaciones jurídicas que sirvan para fundamentar la decisión de la CIDH de “dejar sin efecto” una sentencia de la Corte argentina?

En el primero, “Herrera Ulloa”, la CIDH había dispuesto dejar sin efecto una sentencia, pero no era una sentencia del máximo tribunal de Costa Rica, sino que era del Tribunal Penal del Primer Circuito de San José. Una diferencia que no puede ser tomada como menor, cuando la orden de dejar sin efecto en la causa “Fontevécchia” tiene por objeto directamente una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.

En el segundo caso, “Tristán Donoso”, estamos ante la misma situación. Existió una orden de la CIDH de dejar sin efecto una sentencia, que incluso había condenado penalmente a una persona, pero no fue del máximo tribunal de Panamá. Si bien en este caso, la causa había transitado por vía recursiva en el máximo tribunal, la sentencia que había que dejar sin efecto no era del mismo, es decir, no era de la Corte Suprema de Panamá.

Cabe indicar, además que, en los dos casos precedentes indicados hasta acá, los países demandados eran diferentes a Argentina. El tercer caso, “Kimmel”, sí es un antecedente contra el propio Estado argentino. Pero veamos que particularidades conlleva.

Fue uno de las sentencias contra Argentina que -precisamente- necesitó de dos resoluciones de supervisión por parte de la CIDH, para poder cumplirlo. Es decir, es un caso de precedente jurisprudencial, donde el Estado argentino ya había manifestado serias complicaciones y reparos para dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, generando múltiples obstáculos para poder cumplir con la sentencia de la CIDH.

En el año 2010 fue la primera¹¹ sentencia de supervisión y en el año 2013 fue la segunda¹², donde la CIDH le exige al Estado argentino que cumpla con la orden de “dejar sin efecto la sentencia”. El Estado argentino había manifestado su voluntad de cumplir, pero argumentado de que no sabía cuál era la manera idónea para lograr dicho cumplimiento. De hecho, el Estado argentino le había requerido a los pretendientes que iniciasen un recurso de revisión para poder el Estado intervenir como *amicus curiae*, a los fines de -en definitiva- dar cumplimiento a la sentencia internacional.

Ante esto, la CIDH manifestó su rechazo a esta circunstancia y le indicó al Estado argentino que es obligación de los Estados

¹¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/kimmel_15_11_10.pdf.

¹² http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Kimmel_05_02_13.pdf.

cumplir con las sentencias de la CIDH de *motus proprio* y por la sola voluntad del Estado. No tenía por qué requerirles a los pretendientes que hagan esa gestión.

En esa misma sentencia de supervisión, ya se demostraba entonces los obstáculos que había esgrimido el Estado argentino. Pero, además, cuando efectivamente se logra revocar la sentencia, conforme lo pretendido por la CIDH, expresamente el tribunal argentino que realizó dicha revocación (que no fue la Corte Suprema argentina, sino un tribunal inferior), manifestó que dejaba sin efecto la sentencia, pero no porque lo haya ordenado la CIDH, sino por aplicación normativa del Derecho interno argentino (se trataba de un tema prescripción).

Hasta acá se aprecia, entonces, que en el propio fallo “Fontevicchia”, la CIDH cita tres sentencias, con las cuales hay inconsistencias, desde el punto de vista de las particularidades fácticas de cada uno de esos casos, con relación a lo que se estaba resolviendo.

Cita, además, un caso argentino (“Kimel”) que había evidenciado múltiples reparos y obstáculos del estado argentino para cumplir la orden específica de “dejar sin efecto” una sentencia que había pasado en autoridad de cosa juzgada, y ni siquiera se trataba del máximo tribunal de argentina. ¿Podría la CIDH haber tomado mayores recaudos para impartir esa misma orden en una causa hacia la propia Corte Suprema argentina?

Veamos ahora algunos antecedentes internos de Argentina, necesarios para entender la respuesta jurisdiccional que va daría la Corte nacional en la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos”.

Algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte argentina que debió haber considerado la CIDH

Argentina tenía algunos antecedentes jurisprudenciales, que ameritaban tomarlos seriamente, de por qué este tipo de

mandamientos (“dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”), encuentran serios obstáculos para poderse cumplir, con argumentaciones que toman como base la afectación de principios esenciales del derecho constitucional argentino.

En el año 2002 el Estado argentino recibió la primera condena de la CIDH, en el caso “Cantos”,¹³ que diera lugar al dictado de la sentencia “Cantos”,¹⁴ de la Corte argentina. El máximo tribunal argentino resolvió por mayoría, no acatar lo dispuesto por la CIDH con basamento en normativa interna, desestimando, en consecuencia, la presentación efectuada. Y expresamente, en el voto conjunto de los ministros Petracchi y López, se manifestó que:

[...] carece de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados por el atributo de cosa juzgada, por lo que el Poder Ejecutivo de la Nación deberá adoptar las medidas que, en ámbito de sus competencias, considere apropiadas, o -en todo caso- tomar la iniciativa que contempla el art. 77 de la Constitución Nacional por ante el Congreso de la Nación, a fin de dar cumplimiento con la sentencia de la Corte Interamericana.

Al año siguiente, en el 2004, la CSJN dictará la sentencia “Espósito”,¹⁵ para dar cumplimiento a la sentencia de la CIDH dictada en el año 2003 en la causa “Bulacio”.¹⁶

Si bien la Corte argentina decidió acatar y cumplir con la decisión de la corte internacional con todos votos concordantes de sus miembros, el ministro Fayt, en su voto expresamente aclaró que:

¹³ CIDH, Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf).

¹⁴ CSJN, 21/08/2003, Fallos: 326:2968.

¹⁵ CSJN, 23/12/2004, Fallos: 327:5668.

¹⁶ CIDH, Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf).

Que esta decisión no implica en modo alguno asumir que los jueces nacionales se encuentren obligados a declarar la imprescriptibilidad en esta causa como derivación de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003 [...] el art. 27 de la Constitución Nacional debe ser ponderado como una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Por ello, la interpretación propiciada preserva -ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los estados signatarios de un mismo Tratado- el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía (considerando 16, disidencia del juez Fayt in re 'Arancibia Clavel' ya citado).

Ya en el año 2007, la CIDH dictaría sentencia en la causa “Bueno Alves”,¹⁷ por la cual la Corte argentina, en el año 2011, se expediría en la causa “Derecho”.¹⁸ En esta decisión, el máximo tribunal argentino, con voto de la mayoría haría lugar al cumplimiento de la sentencia de la Corte internacional, pero los ministros Fayt y Argibay, votarían en disidencia, con fuertes argumentos en contra de dejar sin efecto una decisión judicial dictada por la Corte nacional, expresando:

[...] como consecuencia de la naturaleza de la jurisdicción internacional, la condena de la Corte Interamericana ha recaído exclusivamente sobre el Estado Argentino y comprende no solo el pago de una indemnización sino además la obligación de adoptar todas las medidas que resulten procedentes y necesarias para garantizar a la víctima el pleno goce de sus derechos. Ello, sin embargo, no puede implicar (y tampoco lo ha indicado

¹⁷ CIDH, *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf).

¹⁸ CSJN, 29/11/2011, 334:1504.

específicamente la Corte Interamericana en su sentencia) que este Tribunal deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y por la que, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto al delito atribuido a René Jesús Derecho.

Resulta entonces, que existían antecedentes de la propia CSJN donde ya se había expedido sobre la dificultad de cumplir con sentencias de la CIDH que ordenaran dejar sin efecto sentencias argentinas pasadas en autoridad de cosa juzgada. Si bien en la mayoría de ellos, dichos argumentos quedaron como votos en disidencia, no es menos cierto que siempre hay que saber sopesar el peso jurídico que ellos implican, en virtud de la calidad y profundidad de sus motivaciones, y de la solidez de los juristas de quienes emanan. Ello, sumado al vaivén permanente que, por diferentes circunstancias, se puede evidenciar en ciertos temas en un máximo tribunal nacional con relativamente pocos miembros.

LA REACCIÓN DE LA CIDH FRENTE A LA DECISIÓN DE LA CSJN

Luego de que la Corte argentina dictara la sentencia “Ministerio de Relaciones y Exteriores”, en febrero de 2017, la respuesta de la CIDH no se haría esperar demasiado.

El 18 de octubre de 2017, la CIDH dictaría una resolución¹⁹ de supervisión de cumplimiento, donde prácticamente le explicaría al tribunal nacional, como hubiera sido y como era el modo correcto para dar cumplimiento a la sentencia internacional, sin llegar a “revocar” o a menoscabar la potestad jurisdiccional del tribunal argentino. Así expresó que:

¹⁹ CIDH, Resolución de supervisión de sentencia en CASO FONTEVECCHIA y D'AMICO VS. ARGENTINA, 18/10/2017 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontavecchia_18_10_17.pdf).

Al ordenar esta reparación la Corte Interamericana no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que `revocar' dichos fallos. Es por ello que en el párrafo 105 de la Sentencia se dispuso que el Estado debía adoptar `las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias' para `dejar sin efecto' tales sentencias...[...]...En el presente caso, al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delincuentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana. Al respecto, en sus observaciones escritas los representantes de las víctimas sostuvieron que hubiera sido recomendable que el Estado considerara las `diversas opciones' que ellos identificaron para tal efecto durante la etapa de fondo del presente caso, como por ejemplo que el Estado adoptara las medidas necesarias para que el juez de ejecución adjuntara al expediente judicial la Sentencia emitida por Corte Interamericana en el caso y estableciera que la condena dictada fue declarada incompatible con los tratados internacionales de derechos humanos.

Pero, además, y se encuentra aquí una cuestión importante relacionada con el objeto del presente trabajo, la CIDH explicita su disconformidad por el cambio de criterio jurisprudencial de la Corte argentina, expresando:

La posición asumida en esta oportunidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de cuestionar la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana bajo determinados supuestos (supra Considerando 6) contrasta ampliamente con su línea jurisprudencial anterior, la cual había sido destacada por este Tribunal como un ejemplo positivo en cuanto al reconocimiento que han hecho tribunales de la más alta jerarquía de la región sobre el carácter vinculante de las Sentencias de la Corte Interamericana y a la aplicación del control de convencionalidad teniendo en

cuenta interpretaciones efectuadas por ésta. Dicha jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación además reconocía el importante rol que -en el ámbito de sus competencias tiene el Tribunal nacional de más alta jerarquía de Argentina en el cumplimiento o implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana. En particular, se destacan las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los años 2004 y 2011 en relación con la implementación de las Sentencias emitidas contra Argentina por la Corte Interamericana en los casos Bulacio y Bueno Alves, las cuales permitieron avanzar con la obligación de investigar ordenada en esos casos, al `dejar sin efecto´ o `revocar´, respectivamente, decisiones de tribunales inferiores.

Ante esta resolución de la CIDH, y tratando de finiquitar la “discusión” jurisprudencial que se venía produciendo entre los tribunales, la CSJN dictó una sentencia, en diciembre de 2017, por la cual se daba cumplimiento a lo requerido por la CIDH, ya que ello no afectaba cuestiones esenciales del derecho público argentino. Se ordenó así que, junto a la sentencia argentina, se registre la sentencia de la CIDH y cuestión cerrada.

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Brevemente quise mostrar como la propia CIDH también tiene falencias dentro de los que es el manejo de jurisprudencia y de precedentes. Y esto no es una cuestión menor, porque en un sistema donde lo que se propone es el diálogo jurisprudencial, en un sistema -como el interamericano- que se construye a partir de la legitimidad de las decisiones en base a la buena fe en su cumplimiento, es indispensable que haya un correcto resguardo y análisis de la construcción de la decisión judicial.

En Argentina, y en general en el resto de los países latinos, a pesar de algunos -como Brasil- que están más avanzados en la

regulación de las teorías del precedente, plantear al precedente como una herramienta de construcción de la decisión judicial.

La discusión sobre la obligatoriedad de la decisión que se toma, es decir, la vinculatoriedad del precedente, es algo diferente. Se podrá discutir en base a ello, la graduación de cuál es la obligación que genera el precedente, pero lo que no podemos admitir -en estas instancias jurisdiccionales tan importantes como la interamericana-, es seguir utilizando y aplicando la jurisprudencia como un conjunto de casos aislados, sin un adecuado análisis de las bases fácticas de los mismos, si dicha jurisprudencia resulta efectivamente aplicable, ya que de lo contrario se cae en una mera cita de jurisprudencia que no sirve para fundamentar suficientemente la decisión adoptada.

Me parece que si los operadores jurídicos, y en este caso también en el marco del sistema interamericano de Derecho Humanos, la propia CIDH, y las cortes supremas de cada país, debe comenzar a tomar ciertos recaudos relacionados con lo que es la técnica del precedente, esto es, análisis de los hechos, de las reglas jurídicas que surgen a partir de la resolución de los casos particulares.

Cuando ello ocurra, vamos a tener decisiones que van estar siempre mayormente motivadas, y en el caso específico del sistema interamericano, van a mantener ese sistema a mejor resguardo de posibles situaciones que generen graves perjuicios.

Porque lo peor que le puede pasar a la CIDH es que entre en una situación donde sus decisiones no sean respetadas. Ahora bien, lo que no puede pretender la CIDH es que se respeten sus decisiones violando los marcos constitucionales nacionales. Dentro de lo que se puede plantear como una democracia dialógica constitucional, hay que escuchar a cada país soberano para que, luego, en la construcción de las decisiones de la CIDH, no haya una guerra interna en el propio sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- GARAY, Alberto F, La doctrina del precedente en la Corte Suprema, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013.
- LEGARRE, Santiago, Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2016.
- MERRYMAN, John Henry, La tradición jurídica romano-canónica, Fondo de Cultura Económica, trad. De Carlos Sierra, 2ª ed., México, 1989, p. 94
- OTEIZA, Eduardo, “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”, en Cortes Supremas, funciones y recursos extraordinarios, OTEIZA, Eduardo, Coordinador, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.
- SALGADO, José María, en el capítulo XXX “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Suprema”, FALCÓN, Enrique M., Director, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- SEDLACEK, Federico D., “Misceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación con el nuevo CPC de Brasil”, en Precedentes, Coordinador geral: Fredie Didier Jr., Editora Jus Podivm, Salvador, 2015.

SISTEMA DE PRECEDENTES OU MEROS FILTROS REDUTORES DE DEMANDAS REPETITIVAS? ANGÚSTIAS E DESCONFIANÇAS

Marcelo Abelha Rodrigues¹

“Não há fenómenos morais, mas apenas uma interpretação moral
de fenómenos”.
Friedrich Wilhelm Nietzsche

A PRIMEIRA PREOCUPAÇÃO: LIMITES AO INTÉRPRETE?

Inicialmente eu quero deixar muito claro que este é um singelo ensaio, muito mais com intuito de compartilhar algumas angústias e reflexões, certamente incompletas e inconclusivas acerca das técnicas de julgamentos repetitivos e em especial do IRDR, que tem me atormentado desde a promulgação da Lei 13.105/2015, o nosso novo Código de Processo Civil.

Vamos começar de uma forma, metafórica, um tanto ao quanto inusitada. No dia 10.04.2015, uma quinta-feira, pouco mais de um ano atrás, eu e meus irmãos celebramos uma missa de sétimo dia pelo falecimento de minha querida, insuperável e saudosa mãe.

Completamente atônito, perdido, e com olhos vagando pela igreja sem conseguir identificar os rostos das pessoas e as cores do ambiente – quem já perdeu um pedaço de si sabe o que estou falando – em algum momento da cerimônia eu recebi uma *benção especial* do

¹ Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor do Mestrado da UFES. Advogado. E-mail: marceloabelha@cjar.com.br.

afável padre que dirigia a missa, que a fez (a benção) com a segurança e certeza de ser um legítimo porta voz divino.

Segundo tal sacerdote, invocando algum capítulo e versículo bíblico que só fui me lembrar depois quando a minha tia o reinvocou em nossa casa, nele pedia que *eu ficasse calmo, tranquilo, e de certa forma “feliz” porque ela estava nos céus e tinha encontrado a libertação divina.*

Confesso que ante a benção do padre eu me sentia *culpado*, pois não tinha como *receber a benção* e ficar tranquilo, calmo ou feliz, ainda que o sacerdote divino, porta voz do céu e da graça divina tivesse me determinado, com a maior doçura possível, que eu assim procedesse.

Minha mãe tinha morrido, não estava mais entre nós. Não sentiria em carne e osso o seu cheiro, o seu calor, o seu amor, a sua segurança, o seu sorriso, e, pedi desculpas a Deus (sim, eu pedi!), mas disse-lhe (a Deus) que no meu egoísmo terreno eu refutava a felicidade ou segurança por ela estar na graça divina e não mais entre nós. Por mim, ainda hoje, ela estaria comigo e meus irmãos. Até fui ao encontro do capítulo e versículo bíblico citado pelo sacerdote para ver se ali eu encontrava a paz interior, mas honestamente não extraí da parábola aquilo que ele havia me dito.

Mas o que isso tem a ver com o nosso ensaio?

Tem a ver que se pode fazer um paralelo entre o padre (ou um pastor) e o juiz de direito, valendo-se a analogia para qualquer religião ou crença ou filosofia devota de um Deus situado num plano superior ao nosso.

Ora, entre o céu e a terra, e, portanto, entre Deus e os mortais, há o *texto Bíblico* escrito há mais de 1.600 anos onde, para o cristianismo, nele estão contidos os meios, os caminhos, as escolhas que nos permitirá ter a vida eterna, o perdão, a aceitação no reino dos céus, etc.

Enfim, sendo a igreja – seja ela qual for – a instituição historicamente responsável pela doutrina bíblica, e, seus sacerdotes, padres e pastores, os porta vozes das igrejas, enfim os seres humanos

de carne e osso (como nós) que leem e compreendem (interpretam) os textos bíblicos para de nós exigir comportamentos que sejam a ela adequados, então fica muito claro que é perfeitamente possível estabelecer um paralelo entre a função do tal sacerdote (padre/pastor) e a do juiz de direito (esteja ele no órgão jurisdicional que estiver), respectivamente, na interpretação do texto que nos leva à salvação eterna e a uma vida e morte sem culpa e o texto normativo (leis, constituição, etc.) que nos leva a tutela dos nossos direitos para convívio em sociedade.

Ambos atuam, sacerdotes e juízes, encorpando-se do poderoso mito de Hermes, no papel de *hermeneutas* dos dois textos sagrados: a bíblia e o texto legal. Ambos, um com legitimidade social e outro com legitimidade política, leem, compreendem, decifram, extraem, amoldam e ajustam o que se pode denominar de *melhor sentido* dos enunciados bíblicos e normativos, enfim, o que deles deve servir, a melhor moldura das regras divinas e legais, para de nós exigi-las, sob pena de que, caso não cumpramos, sejamos relegados ao inferno ou a uma vida sem direitos e vice-versa.

Assim, meus amigos e minha amigas, o questionamento que não quer calar, e que no fundo no fundo foi reaceso com o NCPC, é o seguinte:

Num sistema democrático onde todo poder emana do povo (art. 1.º, parágrafo único, da CF/1988 (LGL\1988\3)) e a democracia (poder do povo) é exercida pelos seus representantes eleitos pelo sufrágio popular que legislam (parlamento) e executam (chefes do executivo) o direito legislado, e, que tem no Poder Judiciário, não eleito diretamente pelo povo, o papel primordial de guardar, de proteger o direito legislado, então surge uma dúvida interessante: pode o Poder Judiciário, intérprete do direito legislado para assegurar a sua observância, extrapolar e desbordar dos sentidos possíveis, dos sentidos admissíveis do direito

legislado, e, assim ele mesmo criar um direito legislado sem ter sido eleito pelo sufrágio popular para tal mister?

Em outros termos, a pergunta é: quais os limites da interpretação e aplicação do direito legislado pelo Poder Judiciário?

TEXTO NORMATIVO E NORMA

Nas minhas aulas de filosofia do direito com o Prof. Franco Montoro durante o mestrado da PUC-SP o culto e saudoso professor dava um exemplo muito simples e fácil de entender como o texto normativo (direito legislado) admite vários sentidos ou alcances, sendo necessária a função *interpretativa*, do *Hermes* do direito, para ajustar o sentido adequado da norma ao fato que a ela incide.

O texto normativo era o seguinte:

É proibida a entrada de cães no metrô

Daí se tinha as seguintes situações variantes:

Pode entrar um cego com o seu cão guia?

Pode entrar alguém com um leão ou com um ramster?

Pode entrar alguém com um cão de colo?

Pode entrar alguém com um cão com uma focinheira?

Diante dessas situações de fato acima colocadas sob forma de pergunta é perfeitamente possível que o direito legislado, que foi criado pelo Poder Legislativo (representante imediato do poder popular), possa ser interpretado e aplicado sob vários sentidos a partir das diversas situações de fato que se lhe apresentem. Podemos responder “sim” e “não” a qualquer destas perguntas, e aí que é importante o papel do intérprete (juiz), já que terá que extrair do texto normativo qual o *sentido adequado* (que expressão difícil esta!) para o fato que está sob seu julgamento.

Não é demais lembrar que o direito não é uma ciência exata, nem usa de métodos científicos para ser explicado. Direito não é mineral, nem animal e nem vegetal. Não é física e nem matemática. É...com o perdão da palavra....texto, linguagem, criada pelo homem e para o homem. Deve ser lido, compreendido, interpretado para ser aplicado à vida das pessoas.

Por isso, torna-se claro que quanto mais *aberto* for o texto normativo (direito legislado), quanto mais *impreciso ou indeterminado* for o enunciado legal, menos minudente e mais lacunosa for a *fattispecie*, então maior será a “liberdade” do intérprete (juiz, que, registre-se não foi e nem é eleito pelo povo) para encontrar o sentido mais adequado do direito legislado ao fato jurídico sob seu julgamento.

Enfim, o Direito não está descansando numa prateleira pronto para ser servido pelo juiz ao faminto que a ele recorre. Pelo contrário, é preciso examinar e compreender o fato, entender o texto normativo e ajustar um ao outro, sempre de forma *fundamentada*, afinal de contas não sendo o juiz eleito pelo povo, ele deve prestar contas de sua função *fundamentando* a sua decisão, deixando transparente o porquê de ter compreendido, interpretado o texto em relação àquele fato e assim ter decidido desta ou daquela forma, de ter escolhido este ou aquele fundamento, estas ou aquelas razões. Não basta que seja claro, transparente, coerente, obediente aos valores fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, mas que suas escolhas, o sentido que empreste ao texto normativo, a compreensão do fato que lhe é posto sejam sempre motivados. É a explicitação da motivação que torna legítima a sua atuação no seio social.

E, percebam vocês que para um determinado caso chegar ao Poder Judiciário, provocado que é para *guardar e proteger o direito legislado*, é porque as próprias partes envolvidas no conflito interpretaram e aplicaram, elas mesmas, espontaneamente, cada um de modo diferente, o direito legislado, exigindo então uma posição definitiva do Poder

Judiciário sobre o referido conflito. Assim, todos nós interpretamos e cumprimos o direito legislado, mas às vezes ocorre o litígio porque, intencionalmente ou não, as pessoas conflitam sobre a incidência ou não das regras do direito legislado e cabe ao Judiciário dizer quem está correto em exigir o seu cumprimento. Eis aí a função de guarda e proteção do direito legislado.

Neste tópico queremos deixar evidente que no nosso sistema democrático há um órgão central (parlamento), eleito pelo sufrágio popular, que é o responsável por verter os interesses do povo em *direito legislado*. Por mais “absurda”, “vergonhosa”, “sofrível” ou qualquer adjetivo que se dê ao *direito legislado* ou ao *legislador que o criou*, a verdade é que se ele emanou do órgão cujos representantes são mandatários diretos do povo, tal direito legislado presume-se válido e legítimo até que seja tido como inconstitucional em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.

Por outro lado, também deve restar claro neste tópico que o *direito legislado* jamais será suficientemente minudente ou satisfatoriamente previsível de todos os fatos e situações da vida das pessoas, ou seja, não há como o legislador eleito pelo povo *prever* em moldura abstrata (enunciado normativo) regras legais que alcancem todas as futuras situações da vida, não apenas porque isso é impossível, mas também porque a sociedade é mutante e os valores se alteram com o passar do tempo, sendo sempre necessário adequar o enunciado normativo à realidade do seu tempo.

Eis que daí abre-se um campo *delimitado*, ora mais largo ora menos largo, dependendo é claro do próprio direito legislado para o Poder Judiciário interpretá-lo e aplicá-lo aos casos concretos. O *limite interpretativo* do Poder Judiciário deve ser os *sentidos do texto normativo fixados pelo legislador* e deles não se pode descurar sob pena de ele, Poder Judiciário, que não foi eleito pelo povo, criar uma norma jurídica concreta que extrapole o próprio direito legislado fundada em uma

premissa universalizável (norma universalizável) incompatível com a sua função.

A liberdade interpretativa do Poder Judiciário assemelha-se a de um animal numa jaula em um jardim zoológico. Por mais que tenha alguma liberdade, esta é delimitada por trincheiras que não podem ser ultrapassadas. Assim atua o juiz, guiado pelos valores constitucionais, livre para encontrar o melhor alcance e sentido do texto normativo, mas sempre, nos limites do texto normativo.

A SENTENÇA COMO NORMA JURÍDICA INDIVIDUAL E NORMA JURÍDICA UNIVERSAL

É tolice imaginar que uma sentença é sempre uma produção jurídica individual, ou seja, que resolve apenas um caso concreto. Na verdade, no processo de interpretação do direito legislado para dele extrair a norma aplicável ao fato sob sua análise o magistrado: (a) decide o caso (dispositivo) e (b) motiva a decisão (fundamentos).

Na decisão, no dispositivo, ele produz uma norma jurídica individual que resolve aquele caso concreto.

Na fundamentação dessa decisão para aquele caso ele firma a *premissa hermenêutica utilizada para decidir*, ou seja, explicita as *razões de decidir*, qual seja como deu-se o processo e progresso de interpretação do texto normativo para dele extrair a regra aplicável à espécie. Esta *razão de decidir é uma regra abstrata universalizável*, que quando fixada pelos tribunais de cúpula, responsáveis pela uniformização da interpretação do direito legislado federal e constitucional (nomofilacia) deverá ser seguido pelos órgãos jurisdicionais a ele vinculados no plano horizontal e vertical.² Enfim, seria como dizer que uma sentença cria duas normas:

² Escrevendo este texto remeto ao leitor ao fato que aconteceu agora mesmo comigo e com meus filhos e que retrata fielmente o que está no texto: ao decidir um caso cria-se uma norma

Uma de natureza particular e individual, concreta, pois resolve um caso particular e outra de natureza abstrata e universalizável fíncada na razão de decidir (*ratio decidendi*).

Se a *ratio decidendi* provém de um tribunal de cúpula,³ uma Corte suprema destinada a uniformizar a interpretação do direito legislado federal ou constitucional, como o são o STJ e STF, então a *regra universalizável* extraída de seu(s) precedente(s) é muito mais importante que a própria resolução do caso concreto levado à sua análise pelo recurso excepcional, pois, por coerência, racionalidade e isonomia será (ou deveria ser) transportada para todos os outros eventuais casos semelhantes e futuros que com aquele guarde extrema semelhança que justifique igualdade de tratamento pelo Poder Judiciário.

concreta e uma norma individualizável. O primeiro, com febre, voltou mais cedo da escola e o segundo chega resmungando em casa e dizendo. Amanhã eu quero voltar mais cedo; quero ter o mesmo direito que o meu irmão. Por que ele voltou da escola? Por que está com febre? Então quando eu estiver com febre amanhã eu também vou voltar mais cedo. Daí que o outro, com febre retruca. O problema não é estar com febre, mas estar doente. É por esta *razão* que eu voltei mais cedo. Eis que o outro, indignado, responde. Eu estou doente todos os dias, pois eu sou alérgico e espirro todos os dias de manhã; além disso tenho miopia. Por aí se vê a importância de uma norma universalizável (*ratio decidendi*) bem explicitada, coerente, transparente, com enfrentamento de todos os argumentos e fundamentos, afinal de contas esta razão de decidir será invocada no futuro para casos análogos.

³ É preciso aqui fazer um parêntese. Infelizmente não existem mais julgamentos colegiados que representem a opinião do tribunal para que se possa dizer que existe uma vinculação horizontal dentro da própria Corte, pois hoje em dia o que se vê num tribunal são ilhas jurisdicionais colegiadas ou monocráticas (de seções, câmaras, grupos, relator). Para a vinculação horizontal é preciso que exista a opinião do tribunal, de órgão que represente a sua opinião. Já para a vertical não, um ou dois julgados ou 100 julgados tem em si uma função nomofilática que é realizada pelo tribunal, ainda que monocraticamente manifestada, por exemplo, pelo relator do recurso especial. Para uma legítima vinculação orientadora de precedentes era preciso que se retomasse o dever de os tribunais julgarem colegiadamente.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: OS SENTIDOS DO TEXTO NORMATIVO SÃO DELIMITADOS PELOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Não é tarefa fácil identificar e delimitar quais são os diversos sentidos admitidos pelo texto normativo (direito legislado), mormente em tempos de *tipos abertos*, muito embora cada enunciado normativo criado pelo legislador tenha em si um conteúdo axiológico mais ou menos evidente no seu texto.

Contudo, tendo por marco paradigmático o exemplo de Auschwitz, ícone do Holocausto praticado pelo Nazismo, é certo que após a segunda grande guerra mundial era preciso (e de fato foi) refundar a hermenêutica jurídica (interpretação do direito legislado) em torno de valores fundamentais do ser humano como igualdade, liberdade, devido processo, dignidade; valores que têm assento constitucional e que estão, ou deveriam estar, por detrás do texto normativo.

Enfim, o exemplo do nazismo serviu para superação de uma exegese puramente literal do direito posto, e passou-se a admitir e atribuir conteúdo normativo aos princípios que se encontram muitas vezes implícitos ou escondidos no texto.

Mais que isso, passou-se a exigir que os princípios regentes do direito legislado fossem manifestados na interpretação adequada, comprometida e vinculada aos valores fundamentais que são, com o poder da palavra, fundantes da própria razão de ser do direito. Tais princípios deveriam estar no princípio e no fim, precisa e respectivamente, na construção do texto abstrato, e na sua interpretação e aplicação ao caso concreto.

Esta mudança paradigmática permitiu que os direitos fundamentais do ser humano previstos no texto constitucional, revigorados com o fim do holocausto, tivessem uma eficácia vertical

e horizontal projetando-se no modo de ser e realizar o processo legislativo, judicial e administrativo.

Assim, retomando o discurso, ainda que o substrato imediato do magistrado venha a ser o direito legislado (o enunciado normativo), ele deve ajustar o tal “direito legislado” aos ditames dos direitos fundamentais.

Abriu-se largamente o espectro de interpretação dos “sentidos da lei” e o limite dessa interpretação passou a ser feito pela fundamentação com base em princípios altamente caros, porém extremamente vagos e com alto grau de abstração no nosso ordenamento. Era o que se chamou de *império dos princípios*, digo, do Direito para parafrasear Dworkin.

Assim, sob pretexto da *dignidade da pessoa humana*, houve e de certa forma ainda há um certo exagero na densificação dos princípios ao caso concreto, a ponto de ser *regra* hermenêutica de qualquer juiz *afastar a regra* aplicável à espécie; e isso se revelou tão chocante que, um típico modismo inconsequente, que a expressão “dignidade da pessoa humana” passou até a ser motivo de chacota no meio jurídico. Houve, e, ainda há um *panprincipialismo* fruto da *criação de princípios* tais como se observam em inúmeras decisões judiciais, por exemplo o princípio da felicidade, do amor, do cuidado, da proteção, da confiança legítima, da afetividade, impedimento da *reificação* do homem, como corolários lógicos e derivativos da tal *dignidade da pessoa humana*.⁴

Agora, se numa fila de banco é assim, como citado no rodapé anterior, então imagine numa malha judiciária com pouco mais de 16

⁴ Assisti uma vez duas senhoras brigando numa fila de banco para saber quem seria a primeira ser atendida no caixa prioritário. Uma mais idosa, porém, menos acabada que a outra, mais jovem. Quando a mais velha pretendeu avançar pioneiramente sobre o caixa a outra disse: isso é inconstitucional, fere a dignidade da pessoa humana. Sou mais jovem, mas estou muito mais acabada. Tenho direito à isonomia real na interpretação da regra dos “mais velhos primeiro”. Só por curiosidade... uma era costureira aposentada e a outra era cozinheira também aposentada. Nenhuma tinha formação jurídica, mas ambas invocaram o império do princípio na interpretação do texto. Lindo isso, de verdade, vibrante! É o direito na sociedade, compreendido por pessoas do povo!

mil juízes, cada um com seu sentimento de juiz, de poder, muitas vezes sem muita experiência de vida, e, considerando que cada um desses magistrados pode interpretar e extrair do texto legislador a eficácia dos direitos fundamentais para aquele caso concreto....

Não será leviano dizer que poderemos ter (na verdade, já temos) um risco absurdo de incoerência de julgados, decisões contraditórias para casos semelhantes, já que *se os limites do enunciado normativo não mais estão no próprio enunciado normativo (direito legislado), mas sim na abstração dos mais abstratos princípios constitucionais, então, o infinito é o limite*. Descontado o exagero da metáfora é preciso repensar e refletir no fato de que o direito legislado é ato do povo representado pelos seus mandatários escolhidos em sufrágio popular. Claro que enunciado tem abertura, mas também tem limites, de forma que o afastamento da regra pelos princípios só pode ser feito com muito cuidado e de forma muito excepcional. Afinal de contas o juiz não é um ente isolado dentro de um sistema, de um Poder do qual ele faz parte.

NÚMERO DE LITÍGIOS E CONGESTIONAMENTO JUDICIAL

Tal como se fossem dois rios com cursos paralelos, tem-se de um lado uma crise da hermenêutica jurídica, tal como mencionada acima e de outro lado uma crise judiciária marcada por um congestionamento absurdo de litígios no Poder Judiciário onde se vislumbra a existência de mais de 100 milhões de causas.

Não são a mesma coisa, mas em algum momento, esses rios, essas linhas paralelas, digo, essas crises, irão se encontrar e causar a maior confusão.

Vocês verão.

É triste reconhecer que aqui no Brasil nunca estamos preocupados em resolver os problemas a partir de suas causas, mas sim a partir de suas consequências.

É comum ver nas estradas de nossos país as placas com dizeres: “cuidado, buracos na pista!” Ou ainda, não engravide em tempos do vírus Zika, entre tantos exemplos de o conserto da causa não importa, mas sim remediar a consequência.

Assim, nesta linha, um dos métodos encontrados pelo legislador brasileiro para se ver livre dos 100 milhões de causas que estão na mão de apenas 15 litigantes, enfim para “eliminar” o número de causas existentes ao invés de tratar da causa, inventou soluções para as consequências, ou seja, não trata de impedir o nascimento do conflito, mas sim cria métodos para eliminá-lo na raiz, assim que nasce, tal como se o culpado pelo conflito e pelo congestionamento de causas no país fossem os jurisdicionados. Brasileiros comuns que não podem fazer uso da justiça porque ela está ocupada com 15 litigantes habituais. 95 milhões de causas nas mãos de 15 litigantes. Pobre brasileiro, pobre jurisdicionado. É uma vergonha.

A mágica inventada pelo legislador são os filtros redutores de ações e recursos, peneiras de eliminação não apenas das demandas e recursos que estão em curso, mas daquelas que ainda estão porvir. Quando o sujeito pensar em propor a ação contra a taxa ou desconto bancário indevido, contra o mau serviço de telefonia, contra os abusos do Poder Público, nada poderá fazer porque a sua lide já teria sido julgada em casos repetitivos já julgados.

Então, como dissemos no início deste tópico, eis aí a mistura do *alho com bugalho*, a hora em que um rio se encontra com o outro, sob um discurso de que é preciso dar *coerência ao sistema jurídico*, de que é preciso *valorizar a integridade da jurisprudência*, de que é necessário dar *isonomia de resultados aos jurisdicionados*, verdades que realmente precisam ser alcançadas, então o legislador processual apresenta uma

receita de bolo, uma solução da “técnica de precedentes à brasileira” como mecanismo hábil para dirimir os dois problemas. Os fins são lindos, mas os meios nem tanto.

Ora, uma coisa é a incoerência, a falta de isonomia, a instabilidade do julgado que acontece quando para “dois casos idênticos” dois Juízos diversos – ou, pasmem, às vezes o mesmo Juízo – decide a questão jurídica de forma diversa, olvidando ou ignorando uma interpretação já firmada por um tribunal de cúpula ao qual ele está submetido. Essa incoerência e instabilidade e quebra da isonomia já se dá em dois únicos casos.

Outra coisa é quando isso acontece com milhares de casos que venham a ser repetidos e passa-se a ter uma centena de incoerências, instabilidades e quebra da isonomia. Aqui já não dá para varrer para debaixo do tapete o problema, porque o tapete é pequeno demais para esconder todos os casos julgados de forma diferente.

Mas, ali e alhures o problema não discrepa, salvo em quantidade. Por isso, os filtros redutores, as peneiras processuais nada mais são do que técnicas que visam reduzir litígios em primeiro lugar, e, por consequência diminuir as incoerências e instabilidade e quebra da isonomia do direito aplicado pelo Poder Judiciário.

A FUNÇÃO DAS CORTES DE CÚPULA NO BRASIL

Num sistema federativo é necessário que exista uma Corte constitucional e uma Corte federal que sejam responsáveis pela proteção da inteireza da interpretação do direito legislado, respectivamente, constitucional e federal. Esta é a função primordial, embora não a única, do STF e do STJ, respectivamente. Sempre foi assim, desde o advento da Constituição Federal de 1988.

A crise hermenêutica vivificada pelos mais de 16 mil juízes do Brasil nas milhares e milhares de demandas que julgam todos os dias, causando a tal *incoerência, falta de integridade e quebra da isonomia dos jurisdicionados em escalas assustadoras*, permite que se desemboque no STJ e STF, os igualmente, milhares e milhares de recursos especiais e extraordinários para que, através deles, sejam realizados o controle e a fixação da unificação da interpretação do direito legislado federal e constitucional.

Uma vez fixada a interpretação do texto legislado federal e constitucional pelas cortes de cúpula,⁵ forma-se um *direito jurisprudencial* que deveria ser vinculante tanto no plano horizontal (no próprio tribunal), quanto no plano vertical (todos os órgãos jurisdicionais abaixo) para casos futuros que fossem semelhantes àqueles julgados.

Esse *direito jurisprudencial* nada mais é do que a fixação dos limites interpretativos do texto normativo federal e constitucional aos casos concretos a eles submetidos. Ao decidir cada um dos recursos especial e extraordinário o STJ e o STF nada mais fazem do que identificar e unificar qual deve ser a interpretação do texto federal e constitucional aos casos a ele submetidos, daí porque apenas questões jurídicas que envolvam a interpretação do texto normativo em abstrato ou seu enquadramento ao fato é que são apreciados no âmbito dos tribunais de cúpula. Interpretação de fato e convencimento probatório não são objeto de sua análise, assim como é preciso que a *causa* tenha sido decidida no âmbito do tribunal inferior de modo a configurar a contrariedade à interpretação já firmada ou que deva ser firmada pela Corte de cúpula.

⁵ Desde que os julgados sejam fruto de julgamento por órgão colegiado que represente a posição do tribunal como um todo; que seja fruto de debate e deliberação de todos os membros; que aprecie todas as vertentes, argumentos favoráveis e contrários; enfim, que seja um julgamento democrático, com contraditório, transparente, fundamentado.

Esse direito jurisprudencial não deveria ser incoerente, contraditório e instável numa Corte de cúpula, justamente porque a função destes órgãos é unificar a interpretação do direito legislado.

Assim, seja quando julga um caso ou quando julga 100 casos semelhantes, as Cortes de cúpula devem firmar ou reafirmar como deve ser a interpretação do direito federal e constitucional. O mais importante no julgamento do recurso especial ou do recurso extraordinário não é o julgamento do caso concreto a ele submetido, mas da regra universal que decorrerá da fundamentação da decisão, pois é nela que estará fixada a tese jurídica acerca da interpretação do direito legislado. É ali, na razão de decidir, que estará a norma jurídica produzida de eficácia abstrata e vinculante de todo o sistema jurídico, tanto para o próprio tribunal de cúpula, quanto para os tribunais e juízes a ele inferiores.

Se há apenas um “precedente” ou se existem “mil precedentes”, aqui entendidos como “casos julgados”, é preciso que em cada um deles ou em todos eles estejam precisamente delimitados, nas suas razões de decidir, qual deve ser a interpretação do direito legislado (federal ou constitucional) para que dita orientação deva ser seguida no próprio tribunal (horizontalmente) ou pelos órgãos inferiores (juízes e tribunais).

Lembre-se que em cada julgado tem uma norma individualizada e uma norma universalizável. *Esta* na fundamentação, *aquela* no dispositivo da sentença ou acórdão. Se este, o primeiro caso, ou estes julgados, que se reiterem, provêm de uma Corte de cúpula (STJ ou STF) a vinculação é inerente ao sistema federativo, posto que é daí que se tem coerência, integridade, isonomia e estabilidade.

Perceba-se que o problema da falta de integridade, coerência, isonomia e estabilidade dos “precedentes” no Brasil decorre do fato de que nem os próprios tribunais de cúpula respeitam as suas razões de decidir (norma universalizável), nem os juízes e tribunais a ele

submetidos submetem-se a seguir o padrão de uniformização do direito legislado fixado nos tribunais de cúpula, repita-se, talvez até porque nem eles mesmos, entre si, se entendam. A verdade é que há precedentes nos tribunais de cúpula para todos os gostos. Tome-se por exemplo um tema seríssimo que desde 1997 assombra as ações coletivas: é válida a restrição territorial da coisa julgada no art. 16 da LACP ou não? Há posições para todos os sentidos...

Logo, não é a absurda quantidade de processos no Judiciário brasileiro o verdadeiro culpado pela incoerência, falta de isonomia dos julgados, instabilidade e falta de integridade dos precedentes. Na verdade, o número absurdo de processos e muitos deles *classificados como demandas repetitivas típicas de uma sociedade de massa* servem apenas para tornar mais evidente, inescandível mesmo o problema do desrespeito à unificação da interpretação do direito federal e constitucional legislado que está constante em cada julgado do STJ e STF por meio de recurso especial e extraordinário.

Por isso é importante que se diga que *seja porque presente em um, seja porque presente em vários julgados*, a norma universalizável em cada um desses recursos excepcionais deveria, em respeito à federação, à função das Cortes de cúpula e à integridade do direito legislado, vincular não apenas a Corte de onde emanou (a *norma jurídica universalizável*), mas também a todos os tribunais e juízes inferiores.

É a eficácia vertical e horizontal.

Ora, resolvendo um caso, resolve-se o seguinte por intermédio de uma interpretação analógica e comparatista da razão de decidir e dos fatos da causa futura para saber se aquele caso é realmente muito semelhante ao outro e por isso exige julgamentos idênticos.

Portanto, os mecanismos da *distinção e da superação* a partir da comparação do caso a julgar [no presente] com o caso julgado [no passado] – seja *um ou vários numa jurisprudência uniforme* – não são exclusivos do sistema de precedentes da *common law* como se

poderia imaginar, pois, cada juiz e cada tribunal inferior ao STJ e ao STF deveria, por absoluta racionalidade e respeito ao sistema jurídico positivo, antes de “livremente” interpretar e aplicar os possíveis sentidos do *direito legislado* federal e constitucional, verificar se já existe para aquela moldura fática que está sob sua análise, uma definição do tribunal de cúpula da interpretação do direito legislado, mediante a fixação de uma norma jurídica universalizada no julgamento de algum, ou de alguns (não interessa a quantidade) dos recursos excepcionais (especial ou extraordinário).

Neste particular e fazendo o devido cotejo entre o caso julgado pelo STJ/STF com o caso que está sob sua análise é que poderá identificar a distinção entre eles ou a semelhança que permita estender aquela interpretação fixada no STJ e STF para aquele caso concreto.

E não pensem vocês que essa seja uma tarefa fácil porque na *norma universalizável* que constitui a *ratio decidendi* do precedente ou dos precedentes do STJ e STF haverá um *fato tipo*, conectado com as peculiaridades do caso julgado, enfim um modelo fático obviamente extraído dos possíveis sentidos que poderiam ser extraídos da moldura abstrata do direito legislado. Seria como dizer que o STJ e o STF no recurso especial e no recurso extraordinário definem, *para aquele caso concreto e todos os que sejam “idênticos”*, uma norma aplicável dentre aquelas possíveis e admitidas no direito criado pelo Poder Legislativo.

Havendo lacuna no direito legislado ou até uma cláusula aberta concedida pelo próprio legislador esse “limite” não se mostra tão restrito assim porque o substrato de análise recai sobre os princípios, com elevado nível de abstração.

Mas como veremos adiante é uma insanidade pretender tratar essa norma universalizável contida num precedente como se fosse um texto normativo abstrato, simplesmente porque há uma relação lógica e imiscível daquela *norma universalizável* com os *atos concretos e particulares* do caso em que ela serviu de razão de decidir.

Ao invés de construir uma jurisprudência democrática e firme, aos poucos, paulatina, fruto dessa aplicação reiterada de razões de decidir, num exercício de analogia de casos, edificando uma sólida gama de situações que permitiram não flexibilizar o sentido (ou sentidos) da lei, o legislador brasileiro pretendeu resolver o problema no atacado, mais preocupado com números do que propriamente com o direito do jurisdicionado. Enfim, eliminar as demandas repetitivas em curso e ainda porvir para *resolver tudo no atacado*, a partir de uma causa piloto, criar um *precedente qualificado tipificado num enunciado abstrato* a ser aplicado para casos futuros. Enfim, um filtro, uma peneira impeditiva de o jurisdicionado comparecer em Juízo e ter o seu *day of court*. Resolvem-se os números seja a qual custo for.

DIREITO JURISPRUDENCIAL EM ABSTRATO?

A rigor a vinculação do precedente para os casos futuros deve ser feita num exercício prospectivo, ou seja, aquele que se encontra diante de determinado caso a julgar deve *olhar para trás e garimpar precedentes dos tribunais de cúpula a respeito daquele fato sob sua análise*, ou seja, deve perquirir se já definiram qual deve ser a interpretação do direito legislado para aquele mesmo fato tipo posto sob sua análise.

É um desserviço do magistrado quando este julga sem olhar para trás, sem seguir, sem estar vinculado à *uniformização da interpretação do direito legislado realizado pelas Cortes de cúpula*.

É preciso entender que a segurança jurídica, a estabilidade, a isonomia, e a integridade do direito legislado pelo Poder Legislativo – frise-se, pelo parlamento – merecem ser respeitados pois é o voto que dá legitimidade ao parlamento para criar as regras, mais ou menos abertas, permitindo que dela sejam extraídos diversos sentidos pelo Poder Judiciário (visto em sua unidade) para determinado fato tipo.

O juiz não deve se enxergar no espelho como sendo um ser isolado dentro do poder do qual ele faz parte. É uma peça da engrenagem que deve respeitar o sistema no qual ele se insere. Se para determinado fato-tipo o Poder Judiciário (na unidade encabeçada pelas Cortes supremas) já definiu qual e como deve ser a interpretação e a aplicação do direito legislado federal ou constitucional, mostra-se como uma afronta ao sistema jurídico como um todo, aquele juiz que, vinculado à unidade do Poder Judiciário, interprete de forma diversa, adotando um caminho interpretativo, um sentido diverso da regra abstrata que já foi definido pelos órgãos de cúpula no exercício de sua função nomofilática, ou seja, interpretar e aplicar diversamente a norma abstrata ao mesmo fato tipo, sem firmar os critérios de distinção ou superação do sentido que já pacificado no órgão superior. Eis aí a chave para entender a tal *loteria judicial* que é o Poder Judiciário brasileiro. Ao julgar desta forma, o magistrado não está, como até poderia pensar, exercitando a sua “independência funcional”, mas sim cometendo um grave disparo contra a isonomia, contra a credibilidade do Poder Judiciário, contra a coerência lógica na interpretação e aplicação dos direitos.

Ora, é dever dos nossos tribunais cumprir o papel de uniformizar a jurisprudência, pois isso faz parte da lógica de um sistema federativo como visto acima, pois não é possível conviver num sistema jurídico instável onde um mesmo fato tipo seja interpretado irresponsavelmente de modo diametralmente oposto por juízos diversos em uma explicação ou fundamentação lógica para tanto que justifique a diversidade de tratamento.

Basta raciocinar o problema em relação à educação de seus filhos.

É preciso ter coerência na imposição dos limites aos mesmos sob pena de atrapalhar a educação e formação dos rebentos. Não é possível que hoje determinado ato seja permitido para um filho e amanhã seja proibido para o outro filho ou até para o primeiro se não existirem

circunstâncias que justifiquem o *discrímen*. Ninguém convive com esta insegurança. Eles precisam entender pela comparação e raciocínio lógico que o “ato 1 foi proibido tendo em vista certas circunstâncias” e que se tais circunstâncias se repetirem para o ato 2 também será proibido. É elementar o raciocínio comparativo de casos concretos em busca da igualdade.

Ora, numa escalada lógica e hierárquica, os tribunais de cúpula fixam (ou deveriam fixar) a interpretação adequada dos diversos sentidos que um direito legislado permite para um determinado fato tipo e essa interpretação é seguida em cadeia pelos órgãos inferiores, salvo se houver distinção ou superação entre a situação julgada pelos tribunais de cúpula e aquela que esteja na mesa do juiz para ser julgada.

Do contrário, havendo a identidade das circunstâncias (fato tipo, enquadramento etc.) é preciso que se transporte a mesma solução de um para o outro. Aliás, é desse transporte, passo a passo, de decisão para decisão, ao longo dos tempos, que se constrói um sistema de precedentes onde todos estão conectados, mas permitindo uma lenta, aceitável e gradual evolução, um ajuste natural e lógico da norma universalizável aos fatos da vida. É assim que se fortalece e amplia de modo seguro e confiável a interpretação do direito.

Coisa absolutamente diversa – e que com isso não se confunde – é reunir a jurisprudência uniforme e a partir daí fazer um enunciado para que este enunciado abstrato – na verdade um texto normativo produzido pelo Judiciário – seja usado de modo subsuntivo para casos futuros.

Há quem enxergue que haveria aí nada mais nada menos do que um extrato da reunião de todas as *normas jurídicas universalizáveis* – a *ratio decidendi* – de cada caso decidido e a partir daí uma ementa abstrata, tal como se fosse um *direito legislado pelo Judiciário* a partir da interpretação unificada pela Corte para que sejam julgados para casos

futuros, enfim, como se fosse simplesmente aderir o fato ao enunciado sem interpretá-lo.

Não se duvida que essa técnica de “abstratizar” o (s) precedente (s) tende a facilitar a *divulgação das normas jurídicas universalizáveis* e assim a sua vinculação horizontal e vertical, dado ao fato de que temos uma atávica cultura de operação subsuntiva do concreto (fato) para o abstrato (direito legislado) para se chegar à norma individual. Também não se duvida que não é do nosso hábito o raciocínio indutivo do concreto (caso julgado) para outro caso concreto (caso a julgar) verificando se existe uma identidade tal que justifique a analogia da norma universalizável também para aquele caso, ou seja, se justifica o tratamento isonômico aplicando a mesma interpretação já dada.

Mas, fica a pergunta: será que esse enunciado, ou ementa, ou súmula fruto da “abstratização” do precedente ou dos precedentes reiterados no mesmo sentido são o retrato fiel (ou que deveria ser) de uma repetição de normas universalizáveis de vários precedentes iguais? Será que o mesmo fato tipo de um ou de vários precedentes no mesmo sentido podem ser *abstratizados*? E, *se forem abstratizados serão usados como técnica de julgamento por meio de precedentes*?

Embora a ideia seja louvável a verdade é que a técnica de julgamento com base em precedentes não é tão simplista assim, ou seja, que permita pinçar de um caso concreto julgado (ou de vários casos julgados) uma norma universalizável para “abstratizá-la” sem que nela estejam presentes as particularidades do caso julgado e que por isso mesmo não podem ser elevados para uma moldura abstrata.

E a razão dessa impossibilidade é simples.

Razões de isonomia entre o caso concreto A, já julgado, e o caso concreto B a julgar é que justificam a comparação de todos os fatos do primeiro com o segundo para a partir daí verificar as semelhanças e diferenças e enfim descobrir – a partir de todos os fatos – se o núcleo de semelhanças é tal que justifica a mesma solução jurídica. Ou, *contrario*

sensu, se as diferenças dos fatos e das circunstâncias são mínimos que uma solução diversa colocaria as duas pessoas numa situação de quebra da isonomia perante o Poder Judiciário.

Perceba-se que ao abstratizar o Judiciário legisla e passa a permitir que se interprete o texto abstratizado sem que se faça o cotejo individual – das particularidades individuais – que levaram à formação daquela norma individual e também da universalizável. Não há mais a analogia entre casos concretos, mas a técnica de interpretação de um texto normativo abstrato. Abre-se, em maior escala, tal como numa interpretação de uma lei, o risco de se extrair vários sentidos daquele texto, pois ninguém imagina que o enunciado seja aplicado sem nenhuma interpretação.

Ora, o exercício mental de *distinção e a superação* daquele que aplicar o texto legislado pelos tribunais (enunciados ou súmulas) não será feita de caso concreto para caso concreto como é num sistema de precedentes que se fortalece justamente pela lenta e gradual análise do julgado futuro com o passado. Pelo contrário, será feita (*distinção e superação*) em torno de um texto abstrato, e, portanto, fruto de uma interpretação de um texto normativo como qualquer outro que como tal submete-se ao mesmo regime jurídico de um texto normativo. Assim, esses enunciados abstratos vinculantes podem passar pelo controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, devem respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada etc. São textos normativos criados para o futuro, abstratos, por órgão que não detém a legitimidade popular para este desiderato.

É sensível a diferença e as consequências também o serão.

As particularidades dos fatos que envolvem o precedente não poderão ou não conseguirão ser *abstratizadas*, embora tais fatos sejam sempre importantes para a formação da sua *ratio decidendi*. Ora, se estas particularidades são essenciais na operação do raciocínio analógico para julgar o presente com base no passado evitando decisões

contraditórias para situações *concretas comparadas*, então o que se esperar do julgamento de um caso concreto a partir da interpretação de um texto normativo (judicial) onde a *fattispecie* é abstrata? Vários sentidos, várias interpretações descoladas com as particularidades dos casos concretos que ali não estão em moldura abstrata.

Não é demais lembrar que a ideia de pinçar um caso (ou alguns) casos dentre dezenas, centenas ou milhares de outros casos repetitivos como pretende o incidente de resolução de demandas repetitivas, com a intenção numerária de *matar todos numa cajadada só* causa um encurtamento natural do amadurecimento dos argumentos e fundamentos que em contraditório pelos sujeitos do processo são formados ao longo do tempo pelas diversas etapas do processo e degraus do Poder Judiciário.

A RECLAMAÇÃO COMO TÉCNICA DE PROTEÇÃO DO ORDENAMENTO MEDIANTE IMPOSIÇÃO (RESPEITO À VINCULAÇÃO) DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO LEGISLADO FEDERAL OU CONSTITUCIONAL

A reclamação é a técnica processual eleita pelo *legislador constitucional* para garantir a preservação da autoridade das decisões judiciais e a competência das Cortes de cúpula. No recente CPC (LGL\2015\1656) (art. 988) foi estendido para além do seu papel constitucional também para a preservação da competência e autoridade dos tribunais regionais e estaduais, além de: (a) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade; (b) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Colhe-se, ou dever-se-ia colher, da expressão “preservação da autoridade” não apenas o cumprimento propriamente dito das decisões, no sentido de efetivação das decisões dos tribunais, mas também a autoridade (aí tomada como respeito, vínculo, obediência) decorrente da fixação da uniformidade da interpretação do direito legislado federal ou constitucional no âmbito do STJ ou STF por via dos recursos especial e extraordinário.

A rigor, com o perdão da palavra, pensamos que toda decisão proferida no âmbito de um recurso especial e extraordinário, ou seja, quando atuam na função nomofilática, como Cortes de cúpula e em jurisdição extraordinária, deveriam ter uma eficácia vinculante, sob pena de que se assim não fosse subverter-se-ia o papel destas Cortes de cúpula em uma federação e tornar-se-ia o Poder Judiciário numa loteria inaceitável de sentidos múltiplos insuflados por um *panprincipialismo* em nome da tutela dos direitos fundamentais despejados em decisões contraditórias pelo Brasil afora. Mas, se isso fosse possível, novo problema (número de reclamações para o STJ e STF) estaria criado e por isso mesmo, a Lei 13.256 tratou de incluir o § 5.º, II, para dizer que não é cabível a reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

Caso os tribunais inferiores não corrijam as decisões dos seus magistrados ou eles mesmos não sigam a interpretação do texto normativo federal ou constitucional já definidos no STJ e STF é claro que deveria ser possível a utilização da reclamação para preservação da autoridade das Cortes da tutela do direito federativo, da coerência e da estabilidade do ordenamento jurídico positivo. Trata-se de preservar – pela técnica do precedente – a autoridade do tribunal de cúpula em relação à fixação da uniformização da interpretação do texto normativo.

Contrario sensu de que serviria a fixação pelo STJ ou STF da uniformização da interpretação da legislação federal ou constitucional se cada tribunal ou juiz a ele vinculado pudesse simplesmente ignorar a *norma universalizada* ali fixada em determinado caso concreto? Mera orientação? Quando e como seria possível obter a tal coerência, integridade, isonomia e estabilidade do direito legislado? Nunca.

Neste particular, a reclamação, enquanto o processo está vivo, e a ação rescisória, depois do trânsito em julgado, seriam mecanismos de tutela dessa integridade, da isonomia e da coerência na manutenção da uniformização da interpretação do direito legislado.

PADRÕES DECISÓRIOS, JULGAMENTOS ABSTRATOS E A FIXAÇÃO DE TESES PARA O FUTURO: COERÊNCIA E INTEGRIDADE OU UM PROBLEMA DE REDUÇÃO DAS DEMANDAS?

Tem causado algum tormento à comunidade jurídica algumas técnicas processuais novas, e, outras nem tão novas assim, que – tomando a carruagem do sistema de julgamento com base em precedentes – com eles não se confundem.

Na verdade, estas técnicas do *incidente de demandas repetitivas*, *incidente de assunção de competência*, *julgamento de recursos repetitivos*, *somados à repercussão geral* e às *sumulas vinculantes* previstas na Constituição Federal de 1988 nada mais são do que *textos normativos* que demandam interpretação para a sua aplicação.

Em cada uma dessas figuras o que faz o Poder Judiciário é, na tentativa de reduzir ou eliminar recursos/demandas em curso ou prevenir recursos/demandas futuras, colocar em moldura abstrata um *padrão decisório* que deverá ser seguido – vinculação – pelos demais membros do Poder Judiciário.

Em todos eles há a construção de um enunciado abstrato que servirá de texto normativo para o futuro, o que é absolutamente diferente da técnica de julgar mediante o raciocínio analógico dos precedentes onde as particularidades de um caso A, já julgado, são confrontadas com um caso B, a julgar, e, a partir daí numa análise comparatista entre semelhanças e diferenças se conclui se o caso B deve receber a mesma solução do caso A.

No *padrão decisório* criado por estes institutos o que pretende o legislador, digo, o *Judiciário*, é, a partir da resolução de casos concretos supostamente “idênticos”, fixar um enunciado abstrato cuja *fattispecie* nele prevista seja a mais fechada possível, ou seja, ser minucioso o bastante para evitar que os juízos futuros ao aplicar o texto normativo (padrão decisório) não tenham muito espaço para exercitar uma interpretação diversa daquela situação pontual abstratizada no padrão decisório, salvo para afastar ou superar o que ali estaria previsto.

Em outras palavras, preocupado em reduzir números e criar filtros para evitar a proliferação de demandas/recursos repetitivos o que pretende o legislador é permitir que o *Judiciário* crie ele mesmo o seu texto normativo – como já o fazia com as súmulas e enunciados – ou seja, crie um enunciado abstrato cuja abstração é em tese muito menor do que a do texto normativo que lhe deu suporte, tornando quase inviável uma interpretação diversa quando da sua incidência ao caso concreto futuro que dele se utilize para ser julgado.

Seria como dizer naquele exemplo no início do nosso ensaio de que quando o legislador diz que *é proibida a entrada de cães no metrô*, o que faz o *Judiciário* ao criar os padrões decisórios é, a partir das diversas interpretações possíveis a este texto normativo, criar ele mesmo uma regra abstrata que defina o sentido que ele deseja para os casos presentes e futuros. Isso quer dizer que depois de julgar ou analisar vários casos envolvendo a interpretação e aplicação deste texto normativo, o *Judiciário* cria uma regra abstrata a partir da reiteração de

interpretações que já realizou como, por exemplo, *é proibida a entrada de animais ferozes em locais públicos fechados*, justamente para aí permitir que cães guia possam adentrar no metrô, e, que leões não sejam permitidos.

Contudo, é tolice imaginar que por mais restrita que seja, ou que tenha sido reduzida a *fattispecie* delimitada no enunciado do padrão decisório fixado no IRDR, IAC, súmula, repercussão geral, recurso repetitivo, essa redução interpretativa do alcance do texto jamais, frise-se, jamais impedirá o exercício interpretativo daquele que irá utilizar o padrão decisório como texto normativo para dele extrair uma norma aplicável. Isso sem contar que ao criar um procedimento especial para “criar o precedente abstrato” jamais conseguirá reproduzir neste procedimento o amadurecimento natural do contraditório firmado ao longo do tempo nas diversas etapas dos processos judiciais e degraus de jurisdição, como dito alhures.

Apenas para exemplificar, basta imaginar ainda naquele exemplo o enunciado normativo fixado pelo Judiciário onde se observa a *proibição da entrada de animais ferozes em locais públicos fechados* que poderia gerar as seguintes variações interpretativas: *e em locais abertos, pode? E se os animais ferozes estivessem de focinheira, e, se os animais ferozes estivessem dopados, e se fossem animais enormes, mas que não sejam ferozes; e animais que não sejam ferozes, mas que assustam? Qual o conceito de ferocidade animal? E por aí vai...*

É, portanto, ingênuo, diríamos assim, imaginar que diante de um texto normativo criado por um IRDR, por exemplo, o magistrado simplesmente vislumbre naquele enunciado apenas uma interpretação para o caso que esteja sob sua análise. Não há uma aplicação imediata, pois, os fatos nunca serão iguais e é a partir das peculiaridades de cada um que se pode afastar – distinguir – a incidência da norma abstrata criada pelo Poder Judiciário.

Portanto, esses filtros – que na verdade são verdadeiras peneiras de causas e recursos – que são criados pelo Judiciário a partir da

permissão dada pelo legislador processual são legítimos sim, tem o seu valor, mas não porque funcionam como um *sistema de precedentes*, mas porque servem para eliminar, sem a legitimidade de um verdadeiro sistema de precedentes, uma série de demandas/recursos em curso ou no porvir, impedindo que se avolume a crise do Judiciário e que fique desnuda a incoerência, a instabilidade e a integridade da justiça brasileira que não é causada, frise-se, existe em um ou em vários precedentes contraditórios que tenham tratado do mesmo fato tipo. O primeiro problema a ser resolvido é reduzir números de causas e recursos, e em segundo lugar, se der... a tutela do jurisdicionado.

A solução, portanto, não está no filtro que elimina no atacado; mas na utilização da técnica genuína de julgar o presente com base no passado, qual seja, olhar para os tribunais de cúpula e a partir de cada caso concreto verificar se aquela interpretação do STJ ou do STF no recurso especial ou extraordinário em concreto, se aplica ou não para o caso a julgar. É desse cotejo, desse confronto, dessa comparação entre o presente e o passado, respeitando as Cortes superiores, que se permite construir uma jurisprudência coerente, segura, estável e acima de tudo isonômica para os jurisdicionados.

CONCLUSÃO (À REFLEXÃO)

Ao final deste singelo ensaio espera-se que tenha despertado em você, leitor, o interesse em uma reflexão crítica sobre o modelo procedimental de criação de precedentes adotado pelo novo CPC (LGL\2015\1656), que tem, no exemplo do IRDR, o seu mais importante modelo. Este modelo de “criação de precedentes abstratos”, vinculantes para o futuro deve ser visto *cum grano salis*, pelo só fato de que se apresenta muito mais como uma técnica para tratar os efeitos do problema da enorme litigiosidade no Brasil, e, não propriamente

para sanar as suas causas. Problema este que não foi debelado pelas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, talvez porque tal técnica não interessasse aos grandes e poderosos litigantes, ou porque, realmente, nela tinha (e tem) uma preocupação com a preservação dos direitos processuais fundamentais do cidadão.

Enfim, resta saber quem vai suportar este custo da introdução de filtros redutores de demandas? Os jurisdicionados de massa, normalmente mais simples, comuns e que precisam da tutela jurisdicional que se cuidem, porque não serão os 15 litigantes habituais, que são responsáveis por quase 95 milhões de causas no Brasil, e que propositadamente obstruem e congestionam o Poder Judiciário brasileiro, que irão pagar por isso.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. Precedentes no novo CPC (LGL\2015\1656): É possível uma decisão correta? 2015. Disponível em: [<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta>]. Acesso em: 10.04.2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. Revista de Processo. n. 186. p. 98. São Paulo: Ed. RT. 2010.

- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão. Revista de Processo. vol. 147. São Paulo: Ed. RT. p. 123-146. maio-2007.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- CAVALCANTI, Marcos de Araujo. Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista de Processo. n. 179. p. 141. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- DANTAS, Bruno. Comentários do artigo 976 ao 987 do Código de Processo Civil. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). Breves comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. New York: Cambridge University, 2008.
- DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. Levando os direitos a sério. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. A coletivização de ações individuais após o veto. In: CIANCI, Mirna et al (coords.). Novo Código de Processo Civil – Impactos na legislação extravagante e interdisciplinar. São Paulo: Saraiva, 2016. vol. 1.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos artigos 926 à 928 do CPC (LGL\2015\1656). In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). Breves comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- _____. Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Resolução coletiva de conflitos. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (org.). O processo em perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NUNES, Dierle. O IRDR do novo CPC (LGL\2015\1656): este “estranho” que merece ser compreendido. 2015. Disponível em: [<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido>]. Acesso em: 05.04.2016.
- PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PERELMAN, Chaim. Teoria da argumentação. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito processual civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2016.
- _____. Técnicas individuais de repercussão coletiva X técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coords.). Repercussões do novo CPC (LGL\2015\1656) – Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 8.
- RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos. Santa Catarina: Juruá, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____; ABOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FUNÇÃO DA CORTE
INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS E
PROCESSO PENAL

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

Pedro Ivo de Sousa¹

INTRODUÇÃO

No dia 05 de outubro de 2018, a Constituição Federal de 1988 completará 30 anos. Considerada como o atual grande marco normativo e democrático da sociedade brasileira pós-período militar, a “constituição cidadã”, como se sabe, foi idealizada e construída a partir de muitas vozes e ações que buscaram estabelecer em seu corpo uma dimensão de direitos nunca antes vista na nossa história brasileira.

Invertendo a lógica de predomínio do Estado, a Constituição de 1988 se apresenta para todos e todas, já em seu início, tratando de seus princípios fundamentais e reconhecendo os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade, estabelecendo a tão defendida prioridade do cidadão, cuja dignidade humana é seu vetor primordial.

É bem verdade que não deixa de, como tantas outras, tratar de organização do Estado e dos poderes, de cuidar das funções

¹ Doutor em Direito Constitucional na Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia “Tullio Ascarelli”-Roma Tre. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória-FDV. Professor Adjunto em Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal do Espírito Santo e da Escola de Estudos Superiores do Ministério Público. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Espírito Santo-MPES.

essenciais à justiça, de estabelecer a defesa do Estado e das instituições democráticas, de abordar a tributação e o orçamento, e de versar sobre a ordem econômica e financeira.

Mas, é importante reconhecer que, para além disto, ela também cuidou de outros temas sensíveis para toda a nação brasileira, como a ordem social, que envolveu a seguridade social, a educação, a cultura, o desporto, a ciência, a tecnologia, a inovação, a comunicação social, o meio ambiente, a família, a criança, o adolescente, o idoso e os índios.

Dentre todos estes temas, um assunto que sempre ganhou destaque no âmbito da sociedade brasileira foi o da segurança pública, que se apresenta de uma forma muito específica no texto constitucional e exige dos responsáveis pela sua concretização uma qualificação e articulação cada vez maior.

Neste sentido, o presente estudo tem como grande objetivo analisar criticamente a atuação do Ministério Público brasileiro na concretização desta segurança pública, que será aqui reconhecida como um direito fundamental de cada cidadão e de toda a sociedade brasileira.

Se é verdade aquilo que se diz que o “tempo é o senhor da razão”, depois de 30 anos, talvez já seja um bom momento de verificarmos como é que o ideal de segurança pública estabelecido na Constituição Federal de 1988 tem sido de fato concretizado, especialmente através da atuação do Ministério Público, que, como se verá, tem desenvolvido diversas ações que merecem ser destacadas e analisadas.

Para tanto, o desenvolvimento deste texto será feito de forma a se abordar, inicialmente, o direito fundamental à segurança pública, seguindo para se verificar a função institucional do Ministério Público brasileiro no âmbito da segurança pública e se analisar a atuação do Ministério Público brasileiro na concretização do direito fundamental à segurança pública, para se apresentar, ao final, algumas das principais conclusões cabíveis, buscando, com isto, contribuir com as reflexões e

ações já praticadas e ainda com aquelas que poderão ser desenvolvidas e implementadas.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

A CRFB/88 possui diversos textos que tratam do direito fundamental² à segurança pública. Já em seu preâmbulo, os constituintes evocaram a segurança pública como objeto de tutela constitucional³. Também o *caput* do art. 5º retrata a preocupação do povo brasileiro em resguardar a segurança pública como direito fundamental, individual e coletivo, o que se repetiu na norma descrita no art. 6º, *caput*, que descreve os direitos sociais protegidos constitucionalmente⁴.

² Não se desconhece a dificuldade em se conceituar o que seja um direito fundamental. Ingo Sarlet (2007, p. 90) já observou que: “O desafio que a problemática da conceituação dos direitos fundamentais suscita vem ocupando a doutrina praticamente desde que o renomado publicista Carl Schmitt, entre outros expoentes da dogmática constitucional do período entre as duas guerras mundiais, clarificou a distinção entre Constituição em sentido material e formal. Qualquer conceituação – e são inúmeras as definições que aqui poderiam ser citadas – de direitos fundamentais que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata (isto é, com validade universal) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada”. De toda forma, com Canotilho (2003, p. 393) temos que “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente”. Por outro lado, o próprio Ingo Sarlet (2007, p. 91) esclarece que “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal”.

³ Sobre o tema segurança pública e sua trajetória políticas nos últimos 20 anos, imperdível a leitura de DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Conflitos e segurança: entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

⁴ Convém observar que a doutrina nacional é vacilante no emprego de terminologias sobre o assunto, verificando-se a utilização, dentre outras, de expressões como direitos da pessoa humana, direitos do homem, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanos

A segurança pública é ainda tratada, especificamente, no Título V da CRFB/88, que tem como cabeçalho “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”, sendo que em seu capítulo III, no art. 144, garante que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

Da análise literal dos dispositivos que tratam isoladamente da segurança pública, uma interpretação equivocada poderia ser levantada: a de que a segurança pública não poderia ser considerada um direito fundamental, vez que os direitos fundamentais tratados no art. 5º da CRFB seriam inerentes aos indivíduos e não ao Estado, como parece indicar o título onde a segurança pública é objetivamente disciplinada.

É nesta linha de raciocínio que alguns chegam, até mesmo, a afirmar que o significado do termo segurança contido nos artigos 5º e 6º se restringiria somente à segurança jurídica, não envolvendo a segurança pública⁵.

Entretanto, no exercício da “interpretação construtiva da teoria do direito como integridade” de Ronald Dworkin, em pleno paradigma do Estado democrático de direito, reputa-se inconcebível se tratar de segurança pública como direito/dever exclusivo do Estado em face dos seus cidadãos, como se a segurança pública fosse um conceito decidido unicamente pelo Estado, sem a participação da sociedade.

Assim, importa erigir, neste momento, uma concepção de direito fundamental à segurança pública que seja não somente um mecanismo

fundamentais. Neste sentido, dentre outros, ver: GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 44 a 49.

⁵ Sobre a segurança jurídica, ver: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

de defesa do Estado, mas, muito mais, um direito fundamental de cada cidadão e de toda a sociedade.

Como dito anteriormente, o direito fundamental à segurança pública está elencado na CRFB/88 no preâmbulo, nos artigos 5º, 6º e 144, podendo ser ainda extraído no contexto dos fundamentos do Estado democrático de direito de que trata o art. 1º, II e III da CRFB/88 e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, contidos no art. 3º, I e IV da CRFB/88⁶.

É verdade que ele não surgiu, nem no Brasil e nem no mundo, exatamente na Constituição de 1988, pois sempre esteve presente na história da humanidade, desde, por exemplo, a época tribal ou da idade antiga, ainda que com uma concepção de dominação humana ou de segurança básica da classe dominante (SANTIN, p. 76), e da própria evolução dos direitos, quer se adote uma ideia de ondas, gerações ou dimensões⁷.

No período do Estado liberal, sob o domínio dos direitos às liberdades clássicas, ainda que expressamente disciplinado em diversos documentos, tais como no art. 3º da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e no art. XII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, pode-se afirmar que, sob o manto da segurança ofertada pelo Estado, somente um pequeno grupo de

⁶ Neste sentido caminha o pensamento de Valter Santin (2004, p.78), que afirma que: O direito à segurança pública enfeixa uma gama de direitos, pela sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito da personalidade, por conter relações públicas e privadas, seja nas prestações estatais positivas e negativas como no respeito mútuo dos cidadãos à incolumidade e patrimônio alheios na contribuição à preservação da ordem pública”.

⁷ Valter Santin (2004, p. 78) também esclarece que: “Em qualquer análise de geração ou onda de direitos não se pode prescindir da inclusão e atenção do direito à segurança pública, pela sua grande importância para a vida em sociedade, principalmente no momento atual em que a violência e a criminalidade explodem no mundo e no Brasil, especialmente em nossas cidades grandes e médias, em que até sair de casa para ir à esquina tomar um ar ou comprar leite e pão virou uma aventura de alto risco, mesmo nos bairros outrora tranquilos e seguros”.

pessoas era efetivamente detentor de um direito à segurança pública, ou seja, a burguesia⁸.

Também no Estado social o direito fundamental à segurança pública esteve presente em diversos documentos políticos, em especial, no art. 5º do capítulo II da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, sendo ainda identificado como fruto de um processo decisório unilateral, assegurado, no máximo, a certas categorias de pessoas, não sendo totalmente encarado como dever-poder, incapaz de conferir ao indivíduo o direito de exigir do estado uma prestação positiva de segurança pública.

Com o advento do Estado democrático de direito e com a evolução dos direitos fundamentais, agora entendidos em suas 3ª, 4ª e 5ª dimensões, conforme antes relatado, o direito fundamental à segurança pública adquire traços marcantes de efetivação igualitária. Passa-se a entendê-lo como decorrência natural da busca da paz e da proteção da vida, liberdade e segurança pessoal (art. 3º. da Declaração Universal dos Direitos Humanos), sendo encarado agora como um direito difuso, que deve ser assegurado, indiscriminadamente, a toda a sociedade, que é detentora do direito de judicializar o Estado no sentido de lhe conferir concretamente o seu direito fundamental à segurança pública.

Diante desta análise histórica, torna-se incabível entender que o direito fundamental à segurança pública possa, atualmente, pertencer somente ao Estado ou a um grupo de pessoas, pois cada indivíduo é detentor deste direito⁹. Assim, é que as normas constitucionais devem

⁸ Paulo Bonavides nos ensina com maestria o caminho percorrido pela burguesia para a tomada do poder político em sua obra *Do Estado liberal ao Estado social*. 7ª. ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.

⁹ Por esta distinção perpassa a divisão entre as duas concepções modernas de segurança pública: uma voltada para a ideia de *combate* e a outra centrada na noção de *prestação de serviço público*. Sobre o assunto ver: SOUZA NETO, Carlos Pereira de. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. Revista Eletônica Atualidades Jurídicas. Ano

ser interpretadas conjuntamente para que o seu verdadeiro sentido possa ser extraído de todo o corpo normativo.

Da noção do direito fundamental à segurança pública como direito de defesa do Estado (Título V da CRFB/88), como direito conferido a um grupo de pessoas (art. 6º *caput* da CRFB/88) e como ideia de tutela de cada indivíduo (art. 5º da CRFB/88), é que a leitura do art. 144 da CRFB/88 permite conceber o direito fundamental à segurança pública como um “direito e responsabilidade de todos”¹⁰.

Apresenta como signo característico o *dever* do Estado em prestar o serviço público necessário, que não pode ser interpretado como um mero poder ou favor, sendo que o conteúdo da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas, do patrimônio e de outros bens jurídicos tutelados é fruto de um processo democrático de participação social.

Assim, muito embora alguns estudiosos queiram limitar o direito à segurança pública em alguma das dimensões referidas acima¹¹,

I, nº 1, mar./abr., Brasília, OAB Editora, 2008. Ver também: CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. *O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001; DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. *Discursos Sediciosos*, n. 4, 1997; SULOCKI, Vitória Amélia de B. C. G.. *Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007; MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JUNIOR, Domínio. Os rumos da construção da polícia democrática. *Boletim IBCCrim*, v. 14, n. 164, jul. 2006; SOUZA, Luis Antonio Francisco de. Polícia, Direito e poder de polícia. A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, n. 43, abr./jun. 2003; SILVA, Jorge da. *Segurança pública e polícia: criminologia crítica aplicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189 e ss.

¹⁰ Ana Lucia Sabadell (2003, p. 5) afirma que: “O conceito de segurança pública deve ser assim reformulado para que se possa afrontar as demandas de segurança dos cidadãos, das quais se deve ocupar o Estado: fornecer as condições necessárias para a tutela efetiva de todos os direitos fundamentais e de todos seus titulares, acordando particular atenção aos socialmente fracos que mais precisam da intervenção protetora do Estado”. Também Luiz Eduardo Soares (2006, p. 110) conclui que: “Ou haverá segurança para todos, ou ninguém estará seguro. As soluções têm de ser válidas para todos. E, para serem eficazes, têm de enfrentar o problema em todos os seus vários aspectos, ao mesmo tempo”.

¹¹ Por exemplo, Carreira Alvin considera o direito fundamental à segurança pública como um direito difuso (ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança

qualquer análise sincera sobre as dimensões dos direitos fundamentais constatará a imprescindibilidade do direito à segurança pública em todas elas, ganhando contornos especiais em cada dimensão, que visam garantir a sua melhor efetividade¹².

Considerando todo o exposto, pode-se afirmar que, no atual paradigma do Estado democrático de direito, o direito à segurança pública deve ser compreendido como um direito fundamental autônomo garantido igualmente a cada cidadão do país, devendo ser prestado eficientemente como um dever do Estado¹³, numa perspectiva humana e democrática, que privilegie a prevenção e não somente a repressão¹⁴.

pública. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Acesso em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079>>. Acesso em: 15 mar. 2018).

¹² Neste sentido, ver: ANDRADE, Vinicius Lúcio de. Direito fundamental à segurança pública: fraternidade, participação e efetividade. Revista Científica Orbis. Volume IV. Ano I. 2014. Acesso em: 15 mar. 2018.

¹³ Ao se afirmar que a segurança pública é um direito fundamental de cada cidadão, entende-se que a mesma deva ser prestada através do serviço público eficiente, negando-lhe o caráter de mera atividade de polícia administrativa pertencente exclusivamente ao Estado no atendimento dos seus interesses. Para a caracterização da segurança como serviço público, ver SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: RT, 2004.

¹⁴ Neste sentido, indispensáveis as palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro (2003, p. 273-274) quando afirma que “Uma concepção democrática de segurança coletiva haverá, indispensavelmente, de abrir o debate da conflitualidade social, substituindo o tratamento puramente repressivo que tenha sido dado aos comportamentos infracionais por novas formas de composição de conflitos e de suprimento das necessidades humanas. [...]. Sobressai nessa democrática contextualização da segurança pública a participação do cidadão, a integração da comunidade na gestão das instituições policiais e carcerárias, a ênfase na atuação preventiva, as propostas de solução inspiradas na visão globalizante de cada foco de criminalidade, a acessibilidade de todo o povo aos serviços policiais, o desestímulo a punição e a reparação das práticas policiais abusivas, além do respeito aos direitos humanos e constitucionais de todas as pessoas, sobretudo sem exclusão daqueles que sobrevivem em níveis de miséria e de subcidadania, simbolizados nas populações dos guetos de orfandade social, das favelas e do cárcere. A questão da segurança pública não pode ser encarada sob a ótica simplista da maior ou menor eficiência dos instrumentos de repressão, mas sim ser analisada de forma contextualizada e inter-disciplinar, à luz dos compromissos constitucionais imantados no art. 3º da Constituição da República, em especial no que toca à construção de uma sociedade livre, justa e democrática, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

SEGURANÇA PÚBLICA: FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público brasileiro é uma instituição que, atualmente, não possui comparação com qualquer outra instituição no Brasil e no mundo. Representante característico de um intenso e vívido movimento democrático que resultou na promulgação da Constituição de 1988, o Ministério Público brasileiro é objeto de considerações entre os artigos 127 e 130-A da Constituição Federal.

O artigo 129 é aquele que, especificamente, cuida das funções institucionais do Ministério Público, sendo que, expressamente, não existe qualquer menção à tutela do direito fundamental à segurança pública.

De igual forma, o art. 144 da Constituição Federal não se refere, em momento algum, na participação do Ministério Público na preservação da ordem, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, além de outros bens jurídicos tutelados.

Em razão desta aparente omissão constitucional, alguns posicionamentos jurídicos mais restritos têm sugerido que o Ministério Público não teria função de tutelar o direito fundamental à segurança pública, assim como falam que tal missão não caberia ao Poder Judiciário¹⁵.

Ocorre que este entendimento não é o constitucionalmente adequado, uma vez que o próprio texto constitucional do art. 129 permite compreender que esta função seria prevista tanto no inciso II (zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição,

¹⁵ Neste sentido, por exemplo, ver: MELCHIOR, Antônio Pedro. O juiz “agente de segurança pública” é o inquisidor contemporâneo. Justificando, São Paulo, 2017. <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>. Acesso em: 15 mar. 2018. Numa visão mais ponderada, ver: NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos versus segurança pública. <http://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/direitos-humanos-versus-seguranca-publica>. Acesso em: 15 mar. 2018.

promovendo as medidas necessárias a sua garantia) quanto no inciso III (promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos), no inciso VII (exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior) e, finalmente, no inciso IX (exercer qualquer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas).

A tutela do direito fundamental à segurança pública envolve assim atividade de respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública ao direito fundamental à segurança pública assegurado na Constituição, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção do direito fundamental à segurança pública, que possui também dimensão, como anteriormente dito, difusa e coletiva, o controle externo da atividade policial, sendo que, ainda que não fosse assim entendido, ainda restaria possível visualizá-la, por exemplo, na finalidade do Ministério Público de defender os interesses sociais, conforme preceitua o art. 127 da Constituição Federal.

É importante verificar que também nas Leis que organizam o Ministério Público tanto no âmbito da União quanto dos Estados é possível verificar igual previsão normativa, que autoriza e legitima a atuação do Ministério Público no âmbito da tutela da segurança Pública.

Na Lei Complementar nº 75/93, por exemplo, o art. 5º, II, “e”, fala expressamente que é função institucional do Ministério Público da União zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à segurança pública.

Já, na Lei nº 8.625/93, o art. 25, IV, “a”, assegura que incumbe ao Ministério Público, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei para a proteção,

prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

Assim, percebe-se, claramente, e não poderia ser outra a conclusão, que o Ministério Público possui sim função de tutela do direito fundamental à segurança pública, quer atuando numa dimensão mais ligada à estruturação das instituições que atuam diretamente no exercício de atividades típicas de segurança quer exercendo também a sua função de garantia da ordem jurídica, buscando a própria responsabilização criminal pelos atos ilícitos praticados por quem quer que seja.

É neste sentido, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal, através da sua 2ª Turma, no julgamento do RE 367432 AgR/PR, sob relatoria do Min. Eros Grau, decidiu, em 24 de abril de 2010 que o Ministério Público possui sim legitimidade para ajuizamento de ação civil pública com objetivo de implementação de políticas públicas afetas ao direito fundamental à segurança pública¹⁶.

¹⁶ Diz a ementa: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.” Ainda no STF, é possível destacar outro importante julgado sobre a questão decidida no AgR RE 559.646/PR pela 2ª Turma, sob relatoria da Ministra Ellem Gracie, em 07 de junho de 2011, a saber: “DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, o tema referente à atuação do Ministério Público na tutela do direito fundamental à segurança pública já foi debatido e decidido em prol da sua possibilidade, como no caso do julgamento do REsp 1637827/PR pela 2ª Turma, que teve como relator o Ministro Herman Benjamin e foi julgado em 13 de dezembro de 2016¹⁷.

indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.”

¹⁷ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DELEGACIA DA POLÍCIA FEDERAL DE LONDRINA. PRESOS. ABSORÇÃO POR ESTABELECIMENTO PRISIONAL ESTADUAL. ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. 1. Cuidade, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Estado do Paraná e a União, na qual se busca: a) “garantia do pleno exercício do direito coletivo à saúde e à integridade física e moral dos presos custodiados na Delegacia de Polícia Federal de Londrina/PR, diante, dentre tantos outros fatores, da persistente superlotação daquele estabelecimento, inadequação das suas instalações físicas e ausência de previsão legal para custodiamento de presos em unidades da Polícia Federal” e b) “a desativação, por completo, da carceragem da Delegacia de Polícia Federal de Londrina/PR, e a correspondente ampliação, nas Cadeias Públicas administradas pelo Estado do Paraná, das vagas destinadas a presos provisórios custodiados ou que venham a ser custodiados na DPF de Londrina, até sua completa desativação, de modo a proteger o direito difuso à segurança pública, atualmente prejudicada pela falta de vagas mesmo para presos em flagrante delito” (fl. 5, e-STJ). 2. Compulsando os autos, verifico que o acórdão prolatado pela Corte de Origem possui vários fundamentos distintos e suficientes para a manutenção do julgado: a) não há estabelecimento prisional federal apto a afastar o regramento constante do artigo 85 da Lei 5.010/1966 - ao menos abstratamente considerado; b) havendo indícios de grave violação de direitos fundamentais individuais, com reflexo na dignidade humana (fundamento da República Federativa), abre-se a possibilidade de sindicabilidade judicial, sobretudo por força do princípio da acessibilidade; c) em situações especiais (como a ora em apreço), o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a análise judicial de políticas públicas, mormente quando presente grave violação a direitos fundamentais (omissão nitidamente constitucional); d) os documentos juntados ao processo demonstram o descumprimento das mínimas exigências legais no tocante à custódia de presos no estabelecimento em questão, tendo ficado comprovado que os custodiados vivem em condições muito precárias, sem um mínimo de cuidado no tocante à dignidade assegurada a qualquer cidadão; e) no que se refere à elaboração do plano e à efetiva existência das vagas, na medida em que o Estado

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

Como anteriormente afirmado, existem várias formas do Ministério Público atuar no sentido de buscar a afirmação e a concretização do direito fundamental à segurança pública.

Assim, é possível se afirmar que, direta ou indiretamente, diversas atividades desenvolvidas pelo Ministério Público estão relacionadas com a temática da efetivação do direito fundamental à segurança pública.

Numa visão sistêmica mais ampla, por exemplo, toda a vez que o Ministério Público atua na tutela do direito à saúde e à educação estaria trazendo reflexos indiretos e positivos para a área da segurança pública.

De igual forma, em todos os momentos que o Ministério Público estivesse atuando em busca da responsabilização de alguém que

afirma possuir disponibilidade para abrigar os presos provisórios, sendo os condenados encaminhados para a Penitenciária de Foz do Iguaçu, o que torna desnecessária a criação de novas vagas prisionais, e f) não houve determinação de criação de certo número de vagas, mas apenas a realização de um estudo para solução dos problemas verificados e devidamente comprovados nos autos, mediante absorção dos presos acolhidos inadequadamente na Delegacia da Polícia Federal de Londrina e incremento das vagas que se façam necessárias. 3. Todavia, o recorrente esquivava-se de rebater os fundamentos utilizados pelo Tribunal Regional no sentido de firmar seu convencimento, restringindo-se a afirmar que não cabe ao Poder Judiciário proibir o Poder Executivo Federal de adotar a conduta prioritária (art. 85, Lei 5.010/66), qual seja, a de manter, em seu sistema prisional, os segregados à disposição da Justiça Federal e que não há responsabilidade do Estado do Paraná em absorver a demanda de presos federais. 4. Assim, constatando-se a existência de vários fundamentos a embasarem o acórdão recorrido e não tendo o Recurso Especial atacado a todos, incide o óbice da Súmula 283 do STF, inviabilizando o seu conhecimento. 5. Ainda que fosse possível superar tal óbice, o STJ tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, sem que isso configure sem violação do princípio da separação dos Poderes. Precedentes: REsp 1.527.283/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2.9.2016; e REsp 1.150.392/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 20.9.2016. 6. Recurso Especial não conhecido.”

cometeu um ilícito criminal seria possível se identificar também uma relação com a tutela do direito fundamental à segurança pública.

Entretanto o que se procura aqui e agora destacar é exatamente ações específicas desenvolvidas pelo Ministério Público brasileiro direcionadas exclusivamente para a área da segurança pública.

Neste sentido, é necessário destacar, pelo menos, 03 (três) importantes dimensões de atuação: a) o acompanhamento das deliberações de gestão estratégica; b) o monitoramento nacional de políticas e ações de segurança pública; e c) a criação de promotorias de segurança pública.

No primeiro âmbito, não se desconhece a tradição do Ministério Público de participar junto com o Estado e a sociedade dos conselhos de segurança pública, quer sejam municipais, estaduais e/ou federais.

Ocorre que esta tradição que tinha uma força quase que sempre pontual de cada membro do Ministério Público segue, cada vez mais, uma direção de afirmação institucional, que, estrategicamente, tem se estruturado e se organizado para acompanhar, mesmo que não compondo formalmente os conselhos ou gabinetes, as ações desenvolvidas localmente pelos agentes responsáveis pela segurança pública.

Esta ação do Ministério Público tem apresentado resultados muito interessantes que visam, por exemplo, a maior participação da sociedade na temática da segurança pública, permitindo um maior controle social das atividades policiais, que tendem a caminhar para um momento maior racionalidade e profissionalização.

Mas, de igual forma, mesmo quando o órgão de gestão estratégica não contemple a participação direta da sociedade, é o Ministério Público o responsável por dar voz a ela e fazer ser levada em consideração as suas visões e interesses, lutando para que as deliberações de gestão estratégicas dos responsáveis pela segurança pública não sejam feitas exclusivamente a partir de suas compreensões, práticas, interesses e objetivos.

No cumprimento desta função, o Ministério Público tem utilizado de sua atuação extrajudicial, com expedição de notificações recomendatórias e celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, chegando até mesmo a ajuizar ações civis públicas para buscar garantir o direito fundamental à segurança pública, como já ocorreu em inúmeros casos pelo Brasil.

A outra dimensão de atuação do Ministério Público na área da segurança pública é aquela que diz respeito ao monitoramento nacional de políticas e ações de segurança pública. Neste sentido o Conselho Nacional do Ministério Público tem desempenhado um importante papel ao propor a criação da ENASP.

A Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP) é uma aposta do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça (MJ) para promover a articulação dos órgãos que formam os sistemas de justiça e de segurança pública, com o objetivo de traçar e monitorar políticas nacionais de planejamento e de ações de combate à violência.

Como uma das primeiras ações da ENASP, foi criado o Grupo de Persecução Penal (GPP), que, sob a coordenação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), busca desenvolver iniciativas que tornem a persecução penal mais eficaz no Brasil.

Este grupo, que é integrado por membros de todas as instituições ligadas à persecução penal no Brasil, organiza suas ações por meio de metas, que são trabalhadas nacionalmente, de forma a identificar, integrar e qualificar o combate à violência e à impunidade no país¹⁸.

Fato é que, dentre estas metas, uma em especial, chamada de META 02, trata da investigação penal, tendo como objetivo a conclusão

¹⁸ Digna de destaque também é a campanha nacional lançada, no final do ano de 2012, pela ENASP chamada de “Conte até 10”, que trabalha preventivamente o tema da violência, como forma de se dialogar com a sociedade sobre os inúmeros casos de violência praticados de forma banal. Sobre a campanha, que atualmente trabalha o tema da violência nas escolas, ver: www.cnmp.mp.br/conteate10/.

de inquéritos policiais instaurados em todo o Brasil para investigar os crimes de homicídio o que gerou um grande trabalho nacional¹⁹.

Mais recentemente, a ENASP encarou o desafio de levantar e enfrentar a situação nacional dos feminicídio (Meta 2016 – Feminicídio), tendo apresentado importantes resultados para a sociedade, através de uma mobilização interinstitucional, que resultou em 1.420 denúncias para casos de feminicídio ocorridos no período de 10/03/2015 até 10/03/2016 e em 1.474 denúncias para casos de feminicídio ocorridos no período de 10/03/2016 até 10/03/2017²⁰.

Por fim, é digno de destaque o movimento mais recente do Ministério Público no sentido de criar Promotorias de Justiça com atribuição exclusiva na área de segurança pública, responsáveis pelo acompanhamento das políticas estruturais de segurança pública, sendo-lhes, em regra, reservada ampla atuação tanto funcional (administrativa, cível e penal) quanto espacial (regional ou estadual).

Estas promotorias se constituem em elevados núcleos de inteligência do Ministério Público, capazes de acompanhar de forma mais efetiva a implementação de políticas de segurança pública, sendo eleitos como os grandes responsáveis pela interlocução do Ministério Público com as demais instituições da área.

Este movimento de criação e estruturação das Promotorias de Segurança Pública já é visualizado, atualmente, no Ministério Público dos seguintes estados da federação: Acre, Alagoas Amazonas, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia e Santa Catarina.

¹⁹ Os dados sobre a Meta 02 podem ser obtidos através do sitio do Conselho Nacional do Ministério Público: <http://inqueritometro.cnmp.gov.br/inqueritometro/home.seam>. Acesso em 15 mar. 2018.

²⁰ Os resultados podem ser acompanhados no sitio: www.cnmp.mp.br/portal/institucional/enasp. Acesso em 15 mar. 2018.

CONCLUSÃO

A segurança pública não pode e nem deve continuar sendo tratada como um mero compromisso do Estado, efetivada a partir de um ponto de vista fechado, que atende aos seus próprios interesses.

É preciso reconhecer um verdadeiro direito fundamental à segurança pública que seja capaz de ser efetivado igualmente para cada cidadão do país, devendo ser prestado eficientemente como um dever do Estado, numa perspectiva humana e democrática, que privilegie a prevenção e não somente a repressão.

É inegável a função institucional do Ministério Público no âmbito da tutela do direito fundamental à segurança pública, sendo esta função reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência mais elevada do país.

No exercício de sua função, o Ministério Público brasileiro tem evoluído em sua organização, de forma a potencializar a sua intervenção em aspectos diretamente relacionados com a tutela do direito fundamental à segurança pública.

Ocorre que, mesmo com toda esta evolução, passados 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não parece que seja possível comemorar algum resultado positivo que tenha sido capaz de reduzir sensivelmente ou eliminar a violência e a criminalidade.

Só para se ter noção, em 2016, o Brasil registrou o maior número de homicídios em sua história, igualando, em seu total de 61.619 mortes violentas, ao número de mortes provocadas pela bomba atômica em Nagasaki, no Japão²¹.

Diante deste cenário, é preciso reconhecer que a atuação do Ministério Público ainda precisa continuar evoluindo, no sentido de melhor compelir o Estado na adoção de políticas públicas mais

²¹ Estes e outros dados podem ser obtidos em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf. Acesso em: 15 mar. 2018.

estruturais e efetivas, que devem ser desenvolvidas a partir de pontos de vista mais amplos e democráticos.

Ações de monitoramento e estratégia institucional precisam continuar sendo desenvolvidas, especialmente através de órgãos de dimensão nacional, que busquem a unificação e a integração das ações de segurança pública em todos os âmbitos, quer seja no mais simples, como, por exemplo, a criação de um modelo nacional único de boletim de registro de ocorrências, quer seja no mais complexo, como, por exemplo, a criação e gestão de ferramentas de BI, que possam traduzir eficazmente o cenário real de problemas e soluções.

Apesar da criação de alguns grupos/conselhos nacionais, importa observar que ainda não existe um conselho nacional de dirigentes/coordenadores de centros de apoio operacional criminal, que muito poderia colaborar na evolução das estratégias e ações a serem implementadas pelo Ministério Público brasileiro.

Não existe dúvida de que o caminho para a concretização do direito fundamental à segurança pública é extenso e complexo. Mas, é preciso continuar acreditando e investindo no aprimoramento institucional, em ações de diálogo interinstitucional e no incentivo da participação social.

É preciso que o Ministério Público continue sendo uma espécie de barreira intransponível de compromisso brasileiro na efetivação dos direitos fundamentais, sendo-lhe reconhecido o importante papel de acesso de todos à justiça, que fez com que o conhecido mestre italiano Luigi Ferrajoli exaltasse a sua existência e reconhecesse a sua predisposição de transformar as realidades e impedir os arbítrios, chegando a dizer que: “deve também existir um Ministério Público em Berlim”²².

²² Neste sentido, imperdíveis as observações de Luigi Ferrajoli em sua obra *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma-Bari: Laterza, 2013.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4079)>. Acesso em: 15 mar. 2008.
- ANDRADE, Vinicius Lúcio de. Direito fundamental à segurança pública: fraternidade, participação e efetividade. Revista Científica Orbis. Volume IV. Ano I. 2014. Acesso em: 15 mar. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. 7^a. ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. Lei Complementar n^o 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da República do Brasil. Brasília, DF, 21 de mai. 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.
- _____. Lei n^o 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial da República do Brasil. Brasília, DF, 15 de fev. 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto. A Constituição aberta e os direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Conflitos e segurança: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- _____. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. *Discursos Sediciosos*, n. 4, 1997.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.
- _____. O império do Direito. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.
- FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti: il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma-Bari: Laterza, 2013.
- GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais*. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- MELCHIOR, Antônio Pedro. O juiz “agente de segurança pública” é o inquisidor contemporâneo. *Justificando*, São Paulo, 2017. <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/11/o-juiz-agente-de-seguranca-publica-e-inquisidor-contemporaneo/>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JUNIOR, Domínio. Os rumos da construção da polícia democrática. *Boletim IBCCrim*, v. 14, n. 164, jul. 2006.
- SABADELL, Ana Lucia. O conceito ampliado da segurança pública e a segurança das mulheres no debate alemão. IN: LEAL, César Barros; PEIDADE JÚNIOR, Heitor (orgs.). *A violência multifacetada: estudos sobre a violência e a segurança pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- SILVA, Jorge da. Segurança pública e polícia: criminologia crítica aplicada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOUZA, Luis Antonio Francisco de. Polícia, Direito e poder de polícia. A polícia brasileira entre a ordem pública e a lei. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 11, n. 43, abr./jun. 2003.
- SOUZA NETO, Carlos Pereira de. A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. Revista Eletônica Atualidades Jurídicas. Ano I, nº 1, mar./abr., Brasília, OAB Editora, 2008.
- SULOCKI, Vitória Amélia de B. C. G. Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS E AS REPERCUSSÕES NA EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL

Douglas Fischer¹

INTRODUÇÃO

O presente texto foi elaborado a partir *também* da exposição apresentada no dia 13 de abril de 2018 no evento *Temas de Direito processual Penal Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual*, realizado na Universidade do Espírito Santo – UFES em parceria com o Laprocon – Laboratório de Processo e Constituição, sob a coordenação especialmente do Professor Doutor Hermes Zaneti Júnior. Importante destacar ainda que o tema central da exposição é, na linha de outros já produzidos, derivado da obra *As Obrigações Processuais Penais Positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*², publicada em março de 2018. A finalidade do presente é apresentar uma síntese das principais ideias desenvolvidas naquele encontro, daí a razão de muitas expressas citações no corpo do texto referentes à obra citada, procurando-se manter a originalidade do que defendido. Ao que exposto naquele

¹ Procurador Regional da República na 4ª Região, Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal. Lattes.cnpq.br/5240252425788419.

² Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. Essa obra foi escrita a quatro mãos, sobretudo a partir das ideias e pesquisas realizadas pelo Professor Frederico Valdez Pereira em seus estudos de doutoramento na Universidade de Pavia-Itália.

evento, ora agregaram-se alguns outros fundamentos, um pouco mais detalhados, impossíveis de serem abordados diante da proposta levada a efeito naquele momento.

Tentou-se demonstrar que há inúmeros precedentes das Cortes supranacionais de direitos humanos que, por interpretação das respectivas convenções (e como decorrência também das próprias previsões constitucionais internas), reconhecem a existência de *expressas obrigações processuais penais positivas* que consistem, em verdade, no dever de os Estados partes de adotar todas as providências necessárias e adequadas para a apuração dos fatos ilícitos cometidos (obrigação de meio), sempre respeitando-se (busca do equilíbrio) os direitos fundamentais dos investigados/processados (obrigações de resultado). A finalidade é demonstrar que os precedentes reconhecem de forma muito clara e unânime que, no âmbito da proteção dos direitos humanos (com repercussões obviamente no âmbito das investigações e processamento penal dos eventuais infratores), é fundamental considerar *também* o plexo de garantias protegidos das vítimas e da coletividade em geral.

O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Antes de adentrar na compreensão do tema central das *obrigações processuais penais positivas*, foram feitas incursões tidas como fundamentais no tema denominado de *garantismo penal integral* ³.

³ “Sintetizando,[...], embora construídos por premissas e prismas um pouco diversos, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso e da deficiência é proporcional) e a teoria do garantismo penal integral (em nossa compreensão) expressam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) direitos e deveres fundamentais expressos na Carta Maior. Quer-se dizer com isso que, em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a

Conforme destacado na obra, o tema do *garantismo* ainda traz muitas discussões, especialmente porque, compreendemos, de um modo geral na América Latina (mas especialmente no Brasil), que o pensamento atrelado às ideias filosóficas do Professor Luigi Ferrajoli merece uma devida análise crítica e, sobretudo, uma contextualização histórica. Reafirmamos incondicionalmente que aderimos a muitas de suas ideias, mas, como se verá mais adiante e expressamente destacado no referido evento em Vitória/RS, o *garantismo é dinâmico*, uma “obra inacabada” (pautada no dever-ser), que está, em verdade, em constante aperfeiçoamento. Exatamente por isso é que se defende que o *garantismo* deva ser compreendido de forma *integral*, não apenas pelo prisma originário de defesa exclusiva de direitos fundamentais de primeira geração, de imposição de limites de atuação do Estado.

A compreensão de que o *garantismo* deveria proteger *exclusivamente* direitos fundamentais de primeira geração (embora assim o fosse na origem das discussões especialmente na Itália) tem gerado, em nossa compreensão, verdadeira desproteção sistêmica. É dizer: sem racionalidade (para não dizer *sem fundamentação*), protegem-se *exclusivamente* direitos individuais fundamentais sem que se note uma consideração dos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional.

Como salienta Prieto Sanchís⁴, Ferrajoli sempre insistiu que o paradigma garantista “es uno y el mismo que el actual Estado

impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável”. Fischer, Douglas. *Garantismo penal integral [...] e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais* Revista de Doutrina 4. Região, v. 28, p. 1, 2009. Também em Revista do Núcleo Criminal da PRR 1ª Região - Brasília, v. Ano 2, p. 16-17, 2009. Também em Revista de Doutrina 4. Região, v. 28, p. 1, 2009. Essa expressão foi por nós criada para tentar explicar e fundamentar que, em nossa compreensão, no Brasil aplicam-se apenas parcialmente os postulados garantistas.

⁴ Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y garantismo*. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 41.

constitucional de derecho, o en que representa la outra cara del constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idoneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos [...] [todos os direitos, explicitamos] [...] reconocidos constitucionalmente”.

Desde já é importante destacar que existem “garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algun derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algun derecho”⁵.

A equação pode parecer complexa, mas na raiz é bastante simples: para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivos) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há se observar que os princípios elencados funcionan como guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

Adolfo Bidart é preciso quando sustenta que:

[...] la mera formulación de los derechos humanos” [...] revela la necesidad de su complementación con los deberes humanos , que tienen igual significación y trascendencia que aquellos con los que mutuamente se deslindan y garantizan en su ejercicio o realización. Los derechos humanos en cada hombre requieren, para su efectiva existencia, igual fundamento o base, de deberes de igual jerarquía e significación⁶.

A Constituição Federal brasileira é (integralmente) *garantista* e assenta seus pilares nos princípios ordenadores de um Estado Social

⁵ Carbonell, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 182.

⁶ Bidart, Adolfo Gelsi. *De Derechos, deberes y garantías del hombre común*. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2006

e Democrático de Direito, mas insistimos no sentido de que a teoria garantista *não* existe *apenas* para proteção exclusivamente de interesses e direitos fundamentais individuais.

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá assentar-se sobre fórmulas rígidas e pela simples análise *pura* (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição).

A compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação *sistemática* (por isso *integral*) dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 (o *novo marco teórico* que referimos inicialmente), há também *novos paradigmas* influentes *também* (ao que interesse precipuamente aqui) em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção *ativa* dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos *integrals* do sistema garantista.

Importante acentuar o que diz Perfecto Andrés Ibáñez, para quem se deve analisar a existência atualmente de um “garantismo dinámico, que es el que trasciende el marco de o proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo para ampliarse al aseguramiento de otros derechos e de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio”.

Bastante incisiva e objetiva, a advertência de Miguel Carbonell é no sentido de que *a teoria garantista* de Luigi Ferrajoli apresenta-se como um *paradigma inacabado*, como uma *obra no meio do caminho*, carente de complementação e devida compreensão ⁷. E realmente

⁷ Carbonell, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In:

é inacabado, pois seria impossível conceber-se ideais desse jaez estanques no tempo e no espaço, sem a devida contextualização na realidade atual, que gera um constante (re)ajuste de todos os valores protegidos constitucionalmente. A sua base – sobretudo por razões históricas – é fundamental. Mas demanda a devida compreensão e ajuste em tempos atuais.

De certa forma Ferrajoli parece aceitar a crítica construtiva de Carbonell ao admitir expressamente que “el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y en ámbito internacional y nó solo estatal”⁸.

Compreendemos que *todos* os direitos fundamentais equivalem a *vínculos de substância*, que, por sua vez, *condicionam a validade da essência das normas produzidas (e também nas suas aplicações)*, expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito⁹.

Assim, se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas – como de fato estão –, especialmente é o Poder Judiciário quem tem o dever de dar garantia *também* aos cidadãos (*sem descurar da necessária proteção dos interesses sociais e coletivos*) diante das eventuais violações que eles vierem a sofrer. É exatamente por isso que Miguel Carbonell refere que “en el modelo del Estado social los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de caracter social”¹⁰.

Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 171.

⁸ Ferrajoli, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006, p. 113.

⁹ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 152.

¹⁰ Carbonell, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli.

Em nossa *compreensão (integral) dos postulados garantistas*, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a *eficiência e segurança*.

Como *mais um imperativo constitucional* (art. 144, *caput*, CF), o dever de garantir *segurança* (que se desdobra em direitos *subjetivos individuais e coletivos*) não está em apenas *evitar* condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na *devida apuração* (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável. Nesse diapasão, calham ao caso novamente as considerações de Miguel Carbonell, quando assenta que:

[...] “la obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones [...], sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho¹¹.

Especialmente em terras brasileiras é preciso reconhecer a premissa de que os direitos fundamentais *não contêm apenas uma proibição de intervenção*, possuindo também o denominado *postulado de proteção*. Como reconhece Canaris, não existe unicamente uma proibição de excesso (*übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*untermassverbot*). Enquanto a Proibição de Excesso (*übermaßverbot*) depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental (especialmente os de

In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 179.

¹¹ Carbonell, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. *Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 194.

primeira geração), a Proibição de Proteção Deficiente (*untermaßverbot*) está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas (notadamente criminais) que os atinjam – não estão sendo suficientemente protegidos, ou ainda quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais.

Em complementação, é exatamente o que diz Carlos Bernal Pulido, quando destaca que:

[...] la cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. [...] De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de “deberes de protección” [dizemos nós: de proteção ótima] que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan¹².

Na sequência de sua doutrina¹³, destacando que:

[...] el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros”, enfatiza que “el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegen en sentido contrario. [...] La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de

¹² Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 126.

¹³ Aplicável integralmente não só ao *controle das ações do legislador*, mas a todos os Poderes.

protección deficiente (el *Untermassverbot*) de la doctrina alemana. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue *prima facie* la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente¹⁴.

De igual modo, complementamos, é dever de todos os Poderes vinculados à existência de um Estado Social e Democrático de Direito a adoção de todos os meios que, sem desproteger direitos fundamentais de *primeira geração* (*garantismo negativo*), maximizem a proteção dos demais direitos e deveres *impostos* constitucionalmente como essenciais, equilibrando-se a balança do sistema por intermédio do denominado *garantismo positivo*. Noutras palavras, o garantismo positivo se caracteriza como um *dever de proteção* (*de ação*) que implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais *individuais* dos cidadãos (embora, repise-se, a teoria garantista na ideia de Ferrajoli não se pauta por análise dos subprincípios da “proporcionalidade”). Portanto, é fundamental compreender que o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais permitiu também a elaboração dos deveres de proteção, justificando a obrigação de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto, exigindo uma ação positiva estatal¹⁵.

Já dissemos anteriormente que:

¹⁴ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 139-142.

¹⁵ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 33.

[...] quando se defende que sejam aplicados na íntegra e de forma concatenada os postulados constitucionais, está-se procurando demonstrar que o garantismo nada mais é do que a visão atual do constitucionalismo (exatamente como reconhece Ferrajoli): há se considerar na hermenêutica constitucional (sobretudo com reflexos nas searas penal e processual penal) a valoração de todos os direitos e deveres existentes no corpo da Carta Maior, e não apenas os direitos fundamentais individuais (e de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente¹⁶.

Assim, complementamos, “o que se pretende é buscar a compreensão do garantismo penal que se considera mais adequada (e de algum modo recepcionada pelas Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos) pois, na senda de Larenz, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao Direito, em que existe apenas o aceitável (justificável)”¹⁷.

Reportando-se a Jorge Reis Novais¹⁸, enfatizamos nossa compreensão de que o:

[...] processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da prevenção geral positiva, garantir a segurança e convivência entre os pares

¹⁶ No dia 16 de outubro de 2013, em evento organizado e realizado no Ministério da Justiça em Brasília, ao final de sua exposição, Ferrajoli foi indagado como poderia ser *conformada* ao garantismo a pretensão de punir agentes de repressão política por crimes cometidos no período da ditadura brasileira em razão do período já transcorrido até os dias atuais pela fluência da prescrição. De forma muito objetiva (mas sem surpresa para quem conhece a ideia central do garantismo em sua essência original), respondeu que seria perfeitamente possível a *conformação* (utilizando a expressão da indagação que lhe foi feita), pois o garantismo defendido por ele traz em seu bojo, à luz de (todos) princípios constitucionais vigentes e do Direito Internacional, a *obrigação* de o Estado agir (denominadas *obrigações positivas*) para punir, eficazmente, os autores dos crimes dessa natureza, não podendo serem invocadas regras de prescrição como forma a pretender afastar eventuais ações penais. Nessa linha, inclusive, em capítulo adiante visto será destacado o tema da prescrição à luz de cortes internacionais.

¹⁷ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.

¹⁸ Novais, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 57.

que não infringiram o ordenamento jurídico. Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, é possível inserir entre as mais relevantes elaborações nos Estados Sociais e Democráticos de Direito do pós-guerra a noção de que, para além de sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado¹⁹.

OS MANDADOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DAS REGRAS CONVENCIONAIS

Seguindo ainda na linha que argumentamos na obra originária do tema ora abordado²⁰ e destacamos de certa forma muito enfaticamente durante os debates do evento na UFES, segundo destaca Canotilho, a abertura, incompletude e imperfeição são as características de uma Constituição ²¹ (também do ordenamento convencional, dizemos nós), especialmente a “abertura material, a abertura ao tempo, que é um dos topoi centrais da moderna teoria da constituição”. Ainda na senda de Canotilho, cumpre gizar que:

[...] uma das concepções que parece lograr mais sufrágios na moderna juspublicística é aquela que pretende conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do Estado Democrático-Constitucional: (1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais caracterizadores do Estado e da sociedade;

¹⁹ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 32.

²⁰ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 40.

²¹ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 116 e 88-9.

(2) a abertura constitucional, porque, não obstante a constituição ser uma ordem material, ela deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas, portadoras de projectos alternativos de realização dos fins constitucionais”.

Nessa mesma linha, é fundamental ter como concepção a doutrina de Coello Nuño²², que assenta que toda Constituição aberta que sempre será dinâmica devido ao necessário movimento da força das sociedades, cambiantes por natureza, e os conteúdos e valores constitucionais serão aperfeiçoados mediante a interpretação e aplicação do ordenamento maior.

Dizemos em complemento que:

[...] a constitucionalização somada à convencionalização dos princípios processuais de justiça exige significativa mudança na postura dogmática dos intérpretes e aplicadores do direito também no âmbito da análise sobre a organização do procedimento judicial”, pois a “estrutura, as reformas e os temas relevantes do direito processual devem ser estudados a partir da interação entre os princípios e valores compartilhados constitucional e convencionalmente, inclusive, conforme adverte Trocker, permitindo o diálogo com a jurisprudência no terreno da legitimidade constitucional e convencional verificada em concreto”. Mais especificamente no âmbito penal, “é necessário evidenciar de que forma a jurisprudência se orienta na tarefa de solucionar o conflito imanente entre indivíduo e autoridade, que se concreta no balanceamento do dever de garantir “l’inquisito e nel contempo la difesa sociale²³.

Reafirmamos a compreensão de que não há dúvidas de ser necessário haver um modelo de processo penal justo, afinado e orientado pelos princípios e valores incidentes na equação da dinâmica

²² Coello Nuño, Ulises. *La Constitución Abierta como categoría dogmática*. Barcelona: J. M. Bosch, 2005, p. 111, 116 e 290.

²³ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 42.

processual. Porém – e aqui é o ponto fundamental compreender -, é necessário que as lentes estejam focadas não apenas nas pautas normativas domésticas, restritas a um dado ordenamento jurídico. O foco deve-se ampliar de modo a contemplar as convenções e demais fontes supranacionais que tratam sobre direitos humanos e jurisdição penal. Assim, na busca de:

[...] soluções sistematicamente melhores, ao desenvolver a hierarquização dos princípios, regras e valores, o intérprete deve estar imbuído em seu espírito da prudência e da necessidade de agir com temperança”, devendo também “considerar a premissa de que não existem princípios, regras ou valores absolutos, atentando para o fato de que essa relativização não significa debilidade, ao contrário, demonstra o fortalecimento mútuo dos princípios, bem como de suas dimensões²⁴.

Diante de tais premissas, há se ver que as fontes normativas internacionais provenientes do sistema de tutela de *(todos)* os direitos humanos - *o que inclui os aportes jurisprudenciais da Corte Interamericana para o caso do Brasil* - devem ser utilizadas como cânones interpretativos do direito pátrio, gerando *uma obrigação* aos juízes domésticos de aplicarem o ordenamento jurídico interno de maneira conforme *também* ao direito supranacional, valorizando, assim, exegese normativa que preserve o Estado dos riscos de uma responsabilização internacional por descumprimento de obrigações daí decorrentes. Assim, uma “melhor interpretação” deve considerar todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas, compreendendo-se que todos os comandos nela insertos (unidade) estão costurados por fios seguros, e por isso suficientemente fortes para sustentar as tensões dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade).

²⁴ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 43.

Exatamente por isso que sustentamos que os direitos e os deveres fundamentais possuem uma conexão indissociável.

Deveres fundamentais – pouco considerados especialmente na doutrina nacional – são objeto de incisiva advertência de Zagrebelsky, para quem “son los deberes de todos hacia los demás los que estan destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras, en las sociedades justas la categoria dominante es la de los deberes, no la de los derechos”²⁵. Segundo Casalta Nabais, os deveres fundamentais se caracterizam como deveres jurídicos do homem e do cidadão, que, por fixarem a posição fundamental do indivíduo, “têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”²⁶. Portanto, enquanto os direitos fundamentais se traduzem em situação de prevalência do indivíduo face ao Estado (verdadeiras posições jurídicas ativas dos cidadãos em relação ao Estado ou comunidade), Nabais atribui uma função passiva aos deveres. Eles se apresentam como posições subjetivas, porque são atribuídos ao indivíduo pela própria Constituição, vinculados com a organização política e/ou econômica do Estado.

Tais como os direitos, os deveres fundamentais encontram seus suportes e suas justificativas nos princípios norteadores dos sistemas vigentes, notadamente o constitucional, que são os locais onde vêm expressos os valores de cada sociedade. Essa a razão pela qual sustentamos que:

[...] vez por todas há de se superar a concepção tradicional (liberal) de que existem (unilateralmente) apenas direitos fundamentais de primeira geração”. É preciso compreender também que os “deveres fundamentais são, portanto, posições que se traduzem como quotas-partes constitucionalmente (por isso, deveres materialmente fundamentais) exigidas de cada um e, conseqüentemente, do conjunto dos cidadãos para o bem comum”.

²⁵ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 6.ed. Madrid:Trotta, 2005, p. 95.

²⁶ Nabais, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*.Coimbra: Almedina,1998, p. 64.

Como defende conclusivamente Nabais (embora tratando de tema específico, mas que é geral o suficiente para sua aplicação a todas as demais categorias),

[...] não há direitos sem deveres, porque não há garantia jurídica ou fática dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade estadual, sem a qual os direitos fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos. E não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um estado de direito democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos, como demonstra à saciedade a específica dimensão histórica dessa fórmula, que simultaneamente teve por objectivo e constituiu a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático [...] Em suma, os direitos e deveres fundamentais não constituem categorias totalmente separadas nem domínios sobrepostos, encontrando-se antes numa relação de 'conexão funcional', que, por um lado, impede o exclusivismo ou a unilateralidade dos direitos fundamentais, como em larga medida aconteceu durante a vigência do estado de direito liberal em que um tal entendimento tinha subjacente a concepção dualista do estado então dominante e, por outro lado, não constitui obstáculo à garantia da primazia ou primacidade dos direitos fundamentais ou da liberdade face aos deveres fundamentais, uma vez que estes ainda servem, se bem que indirectamente, o objectivo constitucional da liberdade²⁷.

Assim, defende-se que a todos os direitos apresentam-se correlatos e necessários deveres constitucionais, de modo que não se imagina o desenvolvimento de um pensamento jurídico que não leve também em consideração essa dupla face interligada e conexas de preceitos, estejam ou não explícitos nos princípios, regras e valores

²⁷ Nabais, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 1998, p. 119-20.

constitucionais. Crê-se que os direitos têm por fundamento ético-jurídico os deveres e como fundamento histórico-social as necessidades.

De uma forma mais clara ainda: a violação dos deveres fundamentais ou das disposições que venham a afastar ou prejudicar a realização deles (e dos correlatos direitos fundamentais, direta ou indiretamente) na melhor medida (deficiência) tem como consequência a mesma dimensão daquela decorrente de violação dos direitos fundamentais.

Sobre todas essas considerações, a amálgama se faz com a ponderação da dignidade da pessoa humana, que deve ser tida como vetor de determinação para a proteção de direitos e deveres fundamentais.

É certo que a dignidade humana não foi incluída no rol dos direitos e das garantias fundamentais, mas, pela primeira vez na história legislativa pátria, o constituinte de 1988 inseriu-a como princípio fundamental, verdadeiro alicerce da ordem jurídica democrática. Igualmente relevante destacar que em nossa compreensão *não há um direito fundamental à dignidade* da pessoa humana como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária. Ancorado no entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, Fernandez Segado destaca que “si es claro que en nuestro ordenamiento constitucional [também ao brasileiro] la dignidade de la persona no puede ser entendida como derecho fundamental, no lo es menos que la dignidad puede ser considerada como la fuente de todos los derechos”²⁸. Portanto, a dignidade da pessoa humana precisa ser analisada e considerada como *mandado de otimização*, ordenando algo que deva ser realizado na melhor medida possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas. Defendemos abertamente que:

²⁸ Fernandez Segado, Francisco. *Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico*. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 25-6.

[...] a dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais (explícitas ou implícitas) do sistema vigente, vinculando e obrigando todas as ações (positivas e de abstenção), privadas ou públicas”. Ou, como expressamente reconhece Adolfo Bidart (antes referido), “os direitos e deveres fundamentais (aí inclusos os de o Estado agir positivamente) estão postos na mesma hierarquia constitucional, concluindo que os direitos humanos em cada homem requerer, para sua efetiva existência, igual fundamento ou base, de deveres de igual hierarquia e significação²⁹.

OS FUNDAMENTOS DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS NO ÂMBITO DAS CORTES SUPRANACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO INTERNO BRASILEIRO

São inúmeros os precedentes das cortes supranacionais a respeito da garantia dos direitos humanos no sentido de existir uma obrigação de as autoridades públicas responsáveis pela investigação e/ou persecução penal conduzirem procedimentos adequados, completos e eficazes, na tentativa de responsabilização dos autores dos delitos (*obrigação “de meio”*). Em síntese, sempre estiveram em voga perante as cortes supranacionais (o que pouco se divulga) a proteção dos interesses das vítimas, seus parentes ou coletividade em geral. Isso não poderia nem deveria causar maiores indagações, pois os direitos fundamentais a serem observados não estão, exclusivamente, na esfera daqueles relacionados com os autores de infrações que atinjam interesses dos demais em sociedade.

²⁹ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 53 e 55.

Deixamos bem expresso que essa perspectiva internacional gera efeitos significativos no quadro legal nacional ao ensejar preocupação com a eficácia da jurisdição penal e a proteção da vítima.

Deixamos indelevelmente assinalado na obra já referida alhures – para que não parem dúvidas eventuais acerca dessa questão – que:

[...] partindo da noção dos direitos fundamentais como objeto indispensável de proteção criminal (pela perspectiva integral dos direitos fundamentais), tais obrigações processuais são extraídas não apenas de disposições específicas, relativas à proteção dos direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas também de cláusula genérica que exige dos países o respeito dos direitos de todos aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado. São reconhecidas, assim, obrigações reais e positivas dos Estados membros, que consistem no dever de seus órgãos internos assegurar a salvaguarda desses direitos, prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos, como forma de efetuar sua repressão, não apenas formal e simbólica, mas adequada e concret³⁰.

É fundamental realçar ainda que ambas as convenções (Interamericana de Direitos Humanos e Europeia) possuem regras que impõem aos Estados signatários obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades reconhecidos. São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de Direitos Humanos; positivas, pois exigem das partes a adoção de medidas necessárias para tutelar esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente eventuais lesões a esses direitos.

Tais considerações vem ao encontro do que corretamente destaca em doutrina nacional Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, para quem “as ordens constitucionais de criminalização são um instrumento da

³⁰ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 59.

Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares”, bem assim que a proibição do retrocesso de direitos fundamentais encontra sede, dentre outros, “no princípio da proporcionalidade, compreendido como inclusivo da vedação à proteção insuficiente”³¹.

Reafirmamos incondicionalmente que, naqueles casos em que se faça presente a denominada *dignidade penal* (conformidades constitucional e também convencional), o sistema penal deve ser visto como instrumento de tutela dos direitos e das liberdades públicas. Assim, pontuamos expressamente que se estabelece uma “complementação na relação possível entre direito penal e os direitos fundamentais, uma vez que esses últimos deixam de ser concebidos apenas como limites à atividade punitiva estatal, para serem entendidos também como fundamentos, enquanto objeto de defesa, da atuação penal e processual penal”³².

É-nos absolutamente tranquilo afirmar que as cláusulas convencionais protetivas dos direitos fundamentais exigem dos sistemas jurídicos domésticos a condução de investigações aprofundadas, céleres e diligentes, tendo como finalidade a tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis ao final do processo (identificando-se nítida hipótese de prevenção geral). Portanto, fica muito claro que os deveres processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos também nas Convenções.

³¹ Gonçalves, Luiz Carlos dos Santos. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 160 e 168.

³² Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 61.

Não custa lembrar (especialmente aos mais desavisados) que:

[...] conquanto as Convenções europeia e interamericana de direitos humanos não mencionem explicitamente a vítima dos crimes, na jurisprudência das respectivas cortes supranacionais, sobretudo no âmbito do Tribunal de Estrasburgo, mas também no Tribunal de San José, a tutela da vítima é tema recorrente e digno da máxima atenção. Em particular, o reconhecimento das obrigações processuais penais positivas relacionadas à tutela das pessoas ofendidas é cada vez mais frequente nas sentenças da Corte europeia de direitos humanos³³.

Refira-se ainda que, em ambas Cortes supranacionais, são encontrados julgados com expressa fundamentação no sentido de existir um dever de o Estado investigar e processar os responsáveis por violações de direitos humanos como única forma de evitar a impunidade, tentando-se evitar também a reiteração de condutas lesivas e o desamparo das vítimas e seus familiares.

O processo deve ser adequado, idôneo na busca do esclarecimento de crimes. Porém não há como se visualizar um processo penal sem levar em consideração, *necessariamente* (e daí a importância das considerações anteriores a respeito desse tema), os direitos e os deveres fundamentais de todos os envolvidos na esfera de responsabilização criminal. Mais objetivamente: o processo penal deve ser compreendido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e também de busca da realização das consequências previstas na lei penal (daí a compreensão integral que se fala).

Significa que, para cumprir com as exigências decorrentes da proteção de (todos) os direitos previstos convencionalmente,

[...] os sistemas jurídico-penais internos devem predispor estrutura de atuação e mecanismos adaptados a prevenir, coibir

³³ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 69.

e sancionar efetiva e eficazmente as lesões verificadas. [...] uma vez constatada a possibilidade concreta de ofensas a direitos penalmente tutelados pelas convenções internacionais de direitos humanos, é necessário que as autoridades jurisdicionais e de polícia busquem efetivar a punição dos autores de delitos, mediante a identificação adequada do fato e dos responsáveis em procedimento conduzido de forma aprofundada, diligente e ágil, caracterizado por um esforço autêntico e aplicado na reconstrução dos fatos e na identificação das responsabilidades³⁴.

Exatamente por conta dessas questões e decisões das cortes supranacionais é que, em âmbito nacional, jurisprudencialmente, estabeleceu-se como requisito fundamental para haver o denominado Incidente de Deslocamento de Competência – IDC a:

[...] demonstração inequívoca da total incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas às ocorrências de grave violação aos direitos humanos”, sendo que “no momento do exame dessa condição devem incidir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estes que, embora não estejam expressamente positivados, já foram sacramentados na jurisprudência pátria.

A 3ª Seção do STJ explicitou que os requisitos do incidente de deslocamento de competência são três:

a) grave violação de direitos humanos; b) necessidade de assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; c) incapacidade – oriunda de inércia, omissão, ineficácia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais e/ou materiais etc. – de o Estado-Membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal (IDC n. 1/PA, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8.6.2005, DJ 10.10.2005).

³⁴ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 82-83.

Com especial referência no sentido de que para haver o deslocamento:

[...] deve haver demonstração inequívoca de que, no caso concreto, existe ameaça efetiva e real ao cumprimento de obrigações assumidas por meio de tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, resultante de inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais de o Estado-Membro, por suas instituições e autoridades, proceder à devida persecução penal³⁵.

Por todas essas razões é que sustentamos, em apertada síntese, que as obrigações processuais penais positivas:

[...] podem ser caracterizadas como um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o accertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas³⁶.

A DUALIDADE ESTRUTURADA E INDISSOCIÁVEL DAS GARANTIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Em terras brasileiras, normalmente a abordagem que é feita quando se fala de processo penal - e das respectivas “garantias” que o circundam e sustentam - é que estaria associado à necessidade de proteção *exclusivamente* dos direitos fundamentais do réu. Entretanto,

³⁵ Incidente de Deslocamento de Competência n. 5-PE, STJ, 3ª Seção, unânime, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 13.8.2014, publicado no DJ em 1º.9.2014.

³⁶ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 85.

destacamos na obra em referência no presente texto que os interesses compreendidos no complexo procedimento processual penal se dividem em dois grupos (que se complementam entre si): um relacionado ao esclarecimento dos fatos e da correta prestação jurisdicional; outro relativo aos direitos subjetivos, de defesa e de dignidade dos imputados.

É com base nessa dualidade de significados das garantias do processo que costuma se identificar na doutrina uma duplicidade de perspectivas nos dispositivos que orientam a disciplina da jurisdição penal.

As garantias objetivas são aquelas relativas à correta atuação da jurisdição no processo. Já as garantias subjetivas estão relacionadas – como é intuitivo – à tutela daquelas que são submetidos ao processo.

É preciso deixar claro que não há dúvida alguma que as convenções internacionais explicitamente impõem a preservação das garantias processuais sob a ótica da proteção dos direitos individuais dos processados. Entretanto, em sentido complementar, destacamos que “a perspectiva do direito interno não se limita apenas a defender os interesses subjetivos das pessoas submetidas ao processo, mas volta-se também a resguardar o correto desempenho do poder jurisdicional”³⁷, impondo-se uma verdadeira salvaguarda do processo como instrumento relevante na busca da justiça.

O ponto central que precisa ser enfatizado é que nenhuma das perspectivas de proteção pode excluir a outra. Não há nenhuma antítese entre as garantias da jurisdição e a exigência de duração razoável do processo, muito menos uma tentativa de “limitar” as garantias processuais subjetivas. O que se defende é que deve haver uma aplicação equilibrada desses princípios³⁸.

³⁷ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 94.

³⁸ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 97.

Portanto, e voltando novamente às nossas considerações expressas:

[...] o abuso, o excesso ou o descomedimento na utilização das garantias e estratégias processuais que podem gerar conflito entre forças com sentidos opostos na dinâmica processual, e, com isso, a necessidade de se equilibrar concretamente esses valores mediante o uso de técnica embasada na ponderação, justamente porque desbordaram da finalidade de justiça e correção na atuação jurisdicional³⁹.

Como destacamos na companhia de Eugênio Pacelli,

[...] o princípio da ampla defesa não se compatibiliza com o que denominamos de abuso de defesa. O juiz não pode ser um mero espectador da vontade das partes, ficando inerte diante de fatos que, à evidência, dificultem a aplicação da Lei e que possam gerar a ineficiência (impunidade) do que já foi decidido pelo Poder Judiciário. Na condição de fiscal do correto andamento do processo (devido processo legal – art. 5º, LIV, CF), o juízo não pode permitir que atos camaleônicos embasem pretensão de amparo à suposta ampla defesa quando disso não se tratar. Não há como estabelecer uma fórmula para definição de estar ou não havendo o que chamamos de abuso de defesa. Só o caso concreto poderá ensejar a ponderada avaliação a ser feita pelo Poder Judiciário⁴⁰.

Portanto, há se buscar o *equilíbrio* entre *todos os princípios* para evitar que, em determinadas situações, que o uso das *garantias subjetivas* seja desvirtuado para o fim de apenas dilatar o curso procedimental, evitando-se uma decisão justa de mérito (quando não a prescrição, tema adiante abordado).

³⁹ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 99.

⁴⁰ Pacelli, Eugênio; Fischer, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 10. ed., 2018, item 619.8.

Dois casos concretos decididos no âmbito da CIDH

No Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Sentença de 25.11.2003, série C, nº 101), notadamente entre os parágrafos 204 e 211 do julgado, encontram-se preciosidades argumentativas que pouco são noticiadas de forma mais clara no Brasil.

Trata-se de um caso envolvendo uma vítima de homicídio (Myrna Mack Chang) ocorrido em 11 de setembro de 1990, decorrente de uma operação de inteligência militar. Firmou-se explicitamente que o Estado da Guatemala “no ha utilizado todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y efectiva que sirva de base para el esclarecimiento completo de los hechos, el procesamiento, juzgamiento y sanción de todos los responsables, tanto autores materiales como intelectuales, dentro de un plazo razonable”.

Reconheceu-se que:

[...] a adoção de procedimentos recursais descabidos e protelatórios no âmbito do processo penal “aunque permisible por la ley, ha sido tolerada por las autoridades judiciales. Este Tribunal considera que el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo a que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios (parágrafo 207).

Afirmou-se que essa:

[...] manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables (parágrafo 209).

Considerou-se, ainda, que:

[...] los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de NO sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial (parágrafo 210).

Concluindo-se que esse tipo de procedimento “conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones” (parágrafo 211).

Em sentença de 15 de março de 2018 o Brasil sofreu outra condenação da CIDH, no conhecido *Caso Vladimir Herzog*⁴¹. A Corte analisou a responsabilidade internacional do Estado com base nas obrigações internacionais derivadas da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, relativamente à ausência de investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog. Concluiu-se – e nesse ponto a questão importante que reflete no tema ora sob debate – que a obrigação de investigar e, nesse caso, julgar e punir os responsáveis adquire particular importância ante a gravidade dos delitos cometidos e a natureza dos direitos lesionados. Mais que isso, reconheceu-se que o Brasil assumiu obrigações internacionais de prevenir e punir crimes dessa natureza, reafirmando que “o Estado deve conduzir de maneira eficaz a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as

⁴¹ Cf. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em 1 out 2018.

respectivas responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha” (parágrafo 371).

Portanto, para cumprir os mandados impostos constitucionalmente e as obrigações assumidas internacionalmente, é dever do Estado brasileiro adotar todas as medidas essenciais para que haja uma adequada tipificação de fatos que necessitem a proteção na seara penal, bem assim que sejam adotadas providências para uma *efetiva, célere, eficaz e eficiente* apuração desses fatos noticiados, responsabilizando-se os agentes criminosos.

A prescrição como violação das obrigações processuais penais positivas

Os mecanismos de prescrição que simplesmente impedem a reação sancionatória exigida perante ofensas a bens jurídicos fundamentais, em razão da desmedida duração do processo, contrariam a efetividade da resposta penal necessária segundo os padrões internacionais de tutela dos direitos humanos. Tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos como a Corte Interamericana reconhecem a incompatibilidade do esvaziamento da prestação jurisdicional em razão de transcurso de prazo prescricional quando se tratar de graves violações do direito à vida e quando se estiver diante de tortura e tratamentos desumanos. É importantíssimo deixar bem claro desde logo que esses entendimentos não significam um *atestado genérico de incompatibilidade* da previsão do instituto da prescrição, pois é fundamental existir o instituto como preservação da segurança jurídica, devendo cada ordenamento interno fazer a sua regulamentação quanto ao tema. Em verdade, o problema não está na prescrição em si, mas na falta de diligências ou celeridade nas apurações ou de processos sancionatórios decorrente de atrasos ou delongas injustificáveis.

Como expressamente manifestamos,

[...] é possível se reconhecer um princípio geral de que a duração razoável do conjunto do procedimento penal é requisito inerente às exigências de efetividade e adequação da reação estatal perante violação dos direitos humanos, inclusive como forma de evitar a descontinuidade do procedimento penal pela prescrição. [...] a exigência de prestação no prolongamento do processo na entrega definitiva da resposta penal deve ser compreendida como uma garantia direcionada à preservação de todos os interesses envolvidos no juízo, o que inclui o acusado, as vítimas do delito, e a própria confiança pública no Estado de Direito, o que depende, decisivamente, da eficiência e da qualidade do exercício da função jurisdicional, principalmente quando se estiver diante de ofensa a direitos individuais tutelados internacionalmente⁴².

EXIGÊNCIAS PROCESSUAIS COMO OBRIGAÇÕES DE MEIO E NÃO DE RESULTADO

Muito importante ainda explicitar que as obrigações processuais penais positivas não se qualificam como de *resultado*, mas sim de *meio*. Assim, há se direcionar os meios de investigação para a apuração dos fatos de forma eficiente, tendo uma aptidão para o esclarecimento dos fatos e imposição de penas aos eventuais responsáveis.

A exigência, portanto, é de que as autoridades realizem o percurso necessário e adequado para a pesquisa e coleta da prova que tenham condições de, ao final, revelar como os fatos aconteceram e, se for o caso, a partir do que apurado, sejam os autores dos ilícitos responsabilizados criminalmente em tempo razoável. Por outro lado,

[...] as exigências processuais relacionadas às garantias de defesa dos imputados podem, com base na mesma lógica acima, ser consideradas como obrigações de resultado, indicando que não

⁴² Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 112-113.

basta apenas um esforço ou comprometimento dos agentes públicos e sujeitos processuais na sua preservação, é necessário que se alcance efetivamente o standard de proteção imposto pelas garantias defensivas e de dignidade humana⁴³.

Reafirmamos sempre a necessidade de se manter o equilíbrio no sistema de justiça penal entre os direitos de defesa e da dignidade humana. Não há como imaginar um sistema de justiça de proteção aos direitos e liberdades fundamentais sem que se faça, ao mesmo tempo, a devida proteção de todos os demais direitos previstos constitucional e convencionalmente.

A COMPATIBILIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA, DO NEMO TENETUR SE DETEGERE, DA BOA-FÉ OBJETIVA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (PENAL) EM PRAZO RAZOÁVEL E DA COOPERAÇÃO DAS PARTES

Quando o tema das obrigações processuais penais positivas está relacionado *ainda* à *efetividade do processo*, fundamental um aporte em face da existência (ou não, para alguns) de influências principiológicas da Constituição da República e do NCPC (Novo Código de Processo Civil) a procedimentos processuais penais.

Embora já existissem inúmeras regras no CPP, o NCPC trouxe, dentre tantas, a positivação bem clara de preceitos relevantes ao processo *como um todo*. Estão eles nos arts. 4º, 5º, 6º e 7º do NCPC.

Assentamos que esses preceitos *irradiam luzes sim* para a interpretação *também* no âmbito do processo penal. Importante deixar claro que não se está defendendo uma *teoria geral do processo* (como

⁴³ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 148.

alguns criticam), mas sim a existência de certos preceitos que, bem compreendidos e compatibilizados, devam servir *também* para a condução do processo penal, com a observação – sempre importante – de que os valores tratados no âmbito processual penal são diversos do processo civil.

No art. 7º, NCPC, dispôs-se 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”. Nada mais é do que a explicitação da regra da isonomia, art. 5º da CF/88.

Como ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o novo Código fala em paridade de tratamento diante de posições processuais (direitos e faculdade, meios de defesa, ônus, deveres e sanções processuais), o que inclui a necessidade de igualdade perante a legislação e na legislação”⁴⁴.

Já o art. 5º do NCPC refere que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. É princípio positivado que sequer mereceria constar expressamente, pois a boa-fé objetiva é (ou deveria ser) ínsita ao correto comportamento processual. De qualquer modo, também não é demasiado lembrar que já estava expresso no CPP de 1940 em seu art. 565: “Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse”.

Como dissemos na companhia de Eugênio Pacelli,

[...] procura-se afastar a eventual torpeza das partes na condução de seus comportamentos írritos no processo penal. Noutras palavras, quer-se impedir que a parte que age com o fim premeditado de gerar

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 103.

a nulidade venha, no futuro, querer dela se beneficiar. Em síntese, o Juiz não pode aceitar e chancelar atos abusivamente praticados sob o suposto pálio da ampla defesa, quando, em verdade, de forma até camaleônica, estariam sendo desvirtuados os fins das normas e dos procedimentos criados para outra finalidade⁴⁵.

A boa-fé objetiva é condutora da retidão do comportamento das partes (*inclusive no processo penal*), muito além das próprias nulidades, evitando comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*)”.

São precisas as considerações de Marinoni, Arenhardt e Mitidiero: “a boa-fé pode ser reconduzida à segurança jurídica, na medida em que é possível reduzi-la dogmaticamente à necessidade de proteção à confiança legítima – que constitui um dos elementos do princípio da segurança jurídica – e de prevalência da materialidade no tráfego jurídico”⁴⁶.

A propósito, na linha de uníssona compreensão jurisprudencial, destaca-se entendimento do STJ no sentido de que não se deve “reconhecer a ocorrência de nulidade quando evidenciado que a defesa, ciente da possibilidade ou da ocorrência do vício, vale-se da situação para ser beneficiada, tendo em vista o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, segundo o qual a parte não pode se beneficiar da sua própria torpeza. [...]”⁴⁷.

Correlacionando diretamente com o tema das obrigações processuais penais positivas, o art. 6º do NCPC refere que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴⁵ Pacelli, Eugênio; Fischer, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, 10. ed., 2018, p. 1107.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104.

⁴⁷ RHC nº 28.531-PR, STJ, 6ª Turma, unânime, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14.4.2015, publicado no DJ em 24.4.2015.

Desde já é importante deixar bem claro: num procedimento processual penal (investigativo ou já ação penal) a defesa *não tem* qualquer dever de cooperar quanto ao *objeto* da discussão. Ou seja, não tem dever de *cooperar e produzir provas contra si*. Aflora aqui com especial destaque o princípio “*nemo tenetur se detegere*”: o ônus da prova acerca da autoria e materialidade é da acusação, jamais da defesa.

A cooperação no processo não é produzir prova contra si, mas não atrapalhar – por atos indevidos/írritos/procrastinatórios – a busca das provas essenciais ao processo. Significa, apenas, que as partes (inclusive defesa) deverão agir de modo a não comprometer o *regular* andamento do processo, já que o “fim da colaboração está em servir de elemento para organização de um processo justo idôneo a alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva”⁴⁸. Ou, como dizem ainda os mesmos autores, o “Estado Constitucional é um Estado marcado pelo seu dever de dar tutela aos direitos, com o que deve promover os fins ligados à pessoa humana e não antepor barreiras para o seu adequado desenvolvimento”⁴⁹.

A equação parece bastante simples: por meio desse *standart* de comportamento, estimula-se e impõe-se que as partes adotem condutas compatíveis (e não *írritas*) para o desenvolvimento *efetivo* de seus papéis. Sem excessos, nem deficiências. Sem abusos, muito menos prejuízos, compreendendo-se que o processo (inclusive o penal) é *instrumento* para a efetiva realização do direito material (*não confundir com “verdade material”*), que se constitui naquilo que foi possível reconstruir no âmbito do processo, sobre o que se debruçará o juiz para decidir à luz do sistema vigente.

Exatamente essa é a (correta) linha de entendimento dos tribunais, cabendo destaque para o que já há muito assenta o STJ:

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 101.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 101.

“vige no sistema processual penal o princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, não sendo lícito à parte arguir vício para o qual concorreu em sua produção, sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”⁵⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não temos dúvidas em (re)afirmar que é preciso superar a ideia de que o Estado deve ter apenas *limites* em sua atuação. Há imposições de ações positivas (*garantismo positivo*). A justiça penal reclama uma efetiva atuação do Estado para a proteção de *todos* os direitos fundamentais. Há sim uma *dupla* função de proteção de direitos humanos: “proteger os direitos do homem está umbilicalmente ligado à adoção de ações positivas direcionadas a prevenir e sancionar com eficiência as ofensas que eventualmente lhes podem ser direcionadas, buscando-se sempre um equilíbrio nas relações entre todos os direitos e deveres fundamentais”⁵¹. Desse modo, para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há de se observar que todos os princípios que compõem o ordenamento jurídico (e não apenas aqueles de *proteção de direitos individuais de primeira geração*) são verdadeiras guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

⁵⁰ HC n. 403.587-RJ, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 20.2.2018, publicado no DJ em 1º.3.2018.

⁵¹ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 151.

Portanto, é essencial visualizar que os *deveres* de proteção (garantismo positivo) decorrem do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, impondo-se uma *obrigação de proteção* desses direitos protegidos constitucional e convencionalmente. Significa que:

[...] nos termos aqui utilizados, e tendo por inspiração principal a jurisprudência mais desenvolvida do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, trata-se de verdadeira obrigação imposta aos Estados-Membros de conduzir mecanismo penal apto ao esclarecimento dos fatos lesivos aos interesses das vítimas, havendo precedentes na mesma linha de inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵².

Procurou-se expor de forma objetiva que tanto a Convenção americana como a Convenção europeia de direitos humanos possuem inúmeras obrigações *positivas* (deveres) que consistem em exigências aos Estados Partes em adotar as medidas necessárias e adequadas para conferir efetividade à tutela de *todos* os direitos protegidos. De uma maneira mais objetiva e direta, assenta-se que os deveres processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos nas Convenções, conforme inúmeros julgados indicados na obra de referência.

Com base em várias decisões de jurisprudências das Cortes supranacionais, demonstrou-se que a tutela da vítima não é apenas um tema recorrente, como central, exatamente porque existe a noção (não tão clara ainda em terras brasileiras) de que, no âmbito criminal, o processo deve ser adequado e idôneo no esclarecimento dos fatos criminais. Daí a razão que afirmarmos que *não há* como compreender o processo penal sem levar em consideração os direitos e deveres fundamentais, pois, “ao contrário do que procuram sustentar alguns

⁵² Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 154.

posicionamentos, a compreensão não pode ser parcial, pelo prisma exclusivo dos direitos fundamentais do investigado ou processado”.

Assim, as obrigações processuais penais positivas são deveres impostos aos Estados para que conduzam procedimentos investigativos e processo penal aptos a assegurar a punição eventual dos autores das práticas ilícitas.

Encerrando, reiteramos que os direitos humanos e as garantias individuais de cada pessoa requerem, para sua efetiva existência, igual fundamento ou base constitucional de deveres de igual hierarquia e significação. Portanto, os Estados devem agir sem excessos nem deficiências, buscando a equalização e proteção na máxima medida possível de *todos os direitos* protegidos constitucional e convencionalmente. Cremos que esse é um caminho a ser trilhado para que possamos ter mais efetividade no processo penal.

REFERÊNCIAS

- BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- BIDART, Adolfo Gelsi. De Derechos, deberes y garantías del hombre común. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

- COELLO NUÑO, Ulises. La Constitución Abierta como categoría dogmática. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Constitución y Valores – La dignidad de la Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico. Porto Alegre, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 31 mar. 2006. Palestra conferida no módulo V do Curso de Direito Constitucional, p. 25-6.
- FERRAJOLI, Luigi. Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral [...] e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais Revista de Doutrina 4. Região, v. 28, 2009.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- HC n. 403.587-RJ, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 20.2.2018, publicado no DJ em 1º.3.2018.
- Incidente de Deslocamento de Competência n. 5-PE, STJ, 3ª Seção, unânime, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 13.8.2014, publicado no DJ em 1º.9.2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 1998.

- NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência, 10. ed., 2018, item 619.8.
- PEREIRA, Frederico Valdez; FISCHER, Douglas. As Obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: Carbonell, Miguel; Salazar, Pedro. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.
- RHC nº 28.531-PR, STJ, 6ª Turma, unânime, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 14.4.2015, publicado no DJ em 24.4.2015.
- ZAGREBELSKYY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 6.ed. Madrid: Trotta, 2005.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y ENCARCELAMIENTO CAUTELAR

María Cecilia Pérez¹

A MODO PRELIMINAR

En el presente trabajo desarrollaremos las garantías constitucionales vinculadas a la prisión preventiva, con especial referencia a la normativa Convencional y pronunciamientos de tribunales internacionales. Puntualmente se desarrollará la presunción de inocencia como regla de trato del imputado. Asimismo, indagaremos sobre la concepción cautelar de la prisión preventiva. Este análisis nos permitirá conceptualizar la prisión preventiva e identificar sus presupuestos de procedencia y concluir si la regulación actual prevista en el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba- Argentina- y en el Código Procesal Penal de Brasil, se adecúa a los estándares convencionales.

Marco Convencional y Constitucional. Presunción de inocencia y encarcelamiento preventivo (coerción) excepcional

Uno de los postulados principales de nuestro sistema penal es que nadie puede ser considerado culpable sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y que en el marco de ese proceso judicial exista una sentencia firme que lo declare como tal. Es decir,

¹ Abogada Especialista en Derecho Procesal y Magister en Derecho Procesal. Docente de la materia Teoría General del Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

que antes y durante el proceso penal se considera que la persona es inocente, precisamente mediante el juicio previo se determina si el imputado mantiene ese estado de inocencia o, de lo contrario, si se lo declara culpable.²

Este estado de inocencia no está expresamente consagrado en nuestra Constitución Nacional, sin embargo toda la doctrina constitucional e incluso nuestro máximo tribunal de justicia considera que se encuentra implícito en su texto. Los pactos internacionales plasman esta garantía, y con la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, el estado de inocencia se convierte en una nueva garantía para la persona con rango constitucional.

Así el Pacto de San José de Costa Rica dispone en su art. 8°, ap. 2, que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su art. 11.1, que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad”, y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su art. XXVI, que “se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.

A su turno, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, en su art. 14, ap. 2, que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Los pactos internacionales vienen a ampliar el sistema de derechos y garantías que establece nuestra ley suprema, en virtud de la consagración expresa de esta garantía constitucional.³

² Edwards, Carlos E. (1996). Garantías constitucionales en materia penal. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 123/124.

³ Edwards, (1996), ob. cit., p. 124.

Suele decirse que la presunción de inocencia define en sí mismo al sistema de enjuiciamiento, dadas las implicancias que acarrea. Tradicionalmente se derivaron de la presunción de inocencia ciertas reglas específicas que moldearían al sistema de enjuiciamiento genéricamente considerado, entre ellas, la regla del tratamiento del imputado como inocente y la regla de juicio⁴:

La *presunción de inocencia como regla de juicio* concierne a ciertas cuestiones probatorias, que usualmente se reduce a dos: por un lado, sitúa la responsabilidad probatoria sobre aquel que acusa, por la otra entraña que hay que absolver al imputado si la prueba es insuficiente para aceptar dicha hipótesis como verdadera (*in dubio pro reo*).

La *presunción de inocencia como regla de trato* del imputado supone que los individuos no sólo que no pueden ser considerados culpables en tanto no se pruebe su culpabilidad, sino que también deben ser tratados como inocentes hasta que se pruebe su culpabilidad, lo que sería un obstáculo insalvable frente a la pretensión de encarcelamiento cautelar.

Entonces, ¿cómo justificar el encarcelamiento de aquel que debe ser tratado como inocente si no ha sido condenado? La aparente incompatibilidad del encarcelamiento cautelar previo a condena con la regla de trato cual inocente en favor de todo imputado era desafiada por la Declaración de derechos del hombre de 1789, que admitía en su art. 9, al menos de conformidad con las interpretaciones predominantes, el encarcelamiento previo a la condena.

Dicha disposición establecía, luego de consagrar genéricamente la presunción de inocencia, que la detención podría efectuarse en casos de indispensabilidad: “Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerle, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por las ley”.

⁴ Dei Vecchi, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. Revista Derecho. Valdivia, Chile. Diciembre de 2013. Vol. 26, Nro.2, p. 189-217.

En este sentido, se entendía que no se trataba como culpable al individuo si la medida, aunque materialmente idéntica, no tenía finalidad punitiva, no quedando por tanto abarcada por la presunción de inocencia. De este modo, eran los liberales del siglo XVIII y XIX quienes establecían los cimientos justificativos de lo que ulteriormente se llamaría “concepción cautelar” de la prisión preventiva: el peligro de fuga, el peligro de entorpecimiento de la investigación e incluso para muchos el peligro de continuación de la actividad delictiva, serían razón justificativa suficiente para encarcelar preventivamente.

Cierto es que los fines del proceso penal –descubrimiento de la verdad y actuación de la ley– también integran la axiología reconocida por reglas fundamentales, en tanto estas admiten, aunque bajo estrictas condiciones, el encarcelamiento previo al dictado de sentencia de condena (arts. 269 del CPP de Prov. Cba.; 18 y 75 inc. 22°, CN; 9, DUDH; XXV, DADH; 7, CADH; 9, 10 y 11, PIDCP; y 42, Const. Pcial.). Sin embargo, el juego de las normas locales, nacionales y supranacionales arriba citadas es claro en establecer una relación de ‘regla–excepción’ en el binomio libertad–medida de coerción.⁵

Entonces, la prisión preventiva no puede ser considerada como un anticipo de pena, sino un instrumento procesal a fin de evitar el daño jurídico que podría representar la libertad del imputado, para la reconstrucción genuina del acontecimiento histórico con apariencia delictiva y la disponibilidad oportuna del imputado al momento de tener que aplicar la ley penal.⁶ Los autores contemporáneos, así como lo hacían los pensadores de la ilustración, afirman generalmente que la prisión preventiva es compatible con la presunción de inocencia, si la consecuencia normativa, esto es el encarcelamiento, se dirige a ciertas finalidades concretas no punitivas.

⁵ Cám. Acus., Cba., “Cejas, Cintia Natalia p. s.a robo en tentativa -apelación”, A.I. N° 327, 27/10/2008.

⁶ Chiara Díaz, Carlos. (2004). “El proceso penal y la coerción personal”, en: Excarcelación-Revista de Derecho Procesal Penal, Santa Fe: edit. Rubinzal Culzoni.

Esta finalidad marcaría el límite entre la legítima reglamentación del derecho constitucional a la libertad durante el proceso y su ilegítima alteración. En tanto sus fines sean exclusivamente cautelares, la prisión preventiva queda fuera del campo de prohibición de la regla de trato cual inocente mencionada y por tanto no está prohibida ni contradice principio alguno. Por ello, para determinar si la prisión preventiva tiene finalidad genuinamente cautelar, habrá que estar a las circunstancias fácticas que condicionan su aplicación.

Prisión preventiva. Concepción cautelar

El Derecho Penal, orientado hoy por la prevención de riesgos, ha modificado el concepto del Derecho Procesal Penal, la dirección final del proceso penal y sus instituciones, pues a través de sus fines y de los de la pena, fija los del procedimiento judicial de aplicación de sus normas. En este sentido, el Derecho Procesal Penal es sirviente o políticamente dependiente del Derecho Penal. De un Derecho Penal direccionado hacia la historia, básicamente orientado por la provocación de consecuencias desagradables en el mundo real cuando estamos en presencia de un comportamiento dañino, se ha pasado a un Derecho Penal preventivo, dirigido a evitar riesgos futuros, meramente eventuales.⁷

Al conjuro de ese Derecho Penal, desnudamente preventivo, con pretensión de evitar riesgos en una sociedad que se caracteriza precisamente, por la multiplicación exponencial de los riesgos que ella misma crea, productos de la cultura y la obra humana, bien llamada sociedad de riesgo, nace también el nuevo Derecho Procesal Penal, asimismo orientado hacia el futuro y hacia la prevención de riesgos.⁸

⁷ Maier, Julio B. (2015). Derecho Procesal Penal. Tomo III. Buenos Aires: Edit. Ad Hoc.

⁸ Maier, (2015), ob. cit.

La prisión preventiva para Maier se va convirtiendo también en un mecanismo para la prevención de peligros.

Así en un comienzo, se la concibió como obligatoria para ciertos delitos y para cuando la amenaza penal era grave, el llamado peligro por la gravedad del crimen, que anticipa la pena. Pero a él se le agregó otro motivo justificador del encarcelamiento preventivo, el peligro de reiteración. Ninguno de estos dos fundamentos justificativos se vincula de manera alguna a la seguridad o eficacia del procedimiento judicial.

La prisión preventiva como un instrumento excepcional de estricta teología procesal que persigue fines cautelares, mira exclusivamente las implicancias jurídico procesales. Es por ello que la coerción procesal -en lo penal- tiene por objeto asegurar la presencia del incoado en el proceso para asegurar la realización del juicio y/o ejecución de la pena, esto es evitar que se fugue, e impedir que el imputado obstaculice la investigación.

Este tipo de cautela procesal se desentiende de cualquier finalidad preventiva o sancionatoria de tipo material- sustantivo, como puede ser la evitación o control de la reincidencia, reiteración o proclividad delictiva y tiende únicamente a resguardar la normal sustanciación del trámite procesal del caso.⁹ En este sentido se ha señalado “[...] la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material”¹⁰, y Jauchen¹¹ agrega:

[...] las medidas de coerción personal restrictivas o privativas de la libertad sólo pueden tener como exclusivo propósito asegurar los fines del proceso penal, o sea: la eficaz investigación del

⁹ González Ferreyra Solá, Jorge I. (2011). “Debido proceso y prisión preventiva: Una lectura constitucional del Encierro Procesal”, en revista Pensamiento Penal [versión digital]. Consultado el día 24/08/16 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011710/doctrina31834.pdf>.

¹⁰ Hassemer, Winfried. (1998). Crítica al Derecho Penal de hoy. Edit. Universidad Externado de Colombia, p. 109.

¹¹ Jauchen, Eduardo M. (2007). Derechos del imputado. Buenos Aires: Edit. Rubinzal Culzoni, p. 62-63.

hecho y la aplicación efectiva de la ley penal. Toda norma o resolución judicial que imponga tal coerción con cualquiera otra finalidad es inconstitucional.

Asimismo, autores como Bacigalupo¹² sostienen que:

[la] prisión provisional no puede, por tanto, asumir funciones preventivas que están reservadas a la pena...las únicas finalidades que pueden justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción, o el peligro de obstrucción de la investigación [...].

Por su parte, Cafferata Nores y Frascaroli¹³ enfatizaron:

[...]en el sistema jurídico argentino hoy se admite la posibilidad excepcional... de privar al imputado de su libertad durante el proceso, sólo cuando sea absolutamente indispensable (es decir, no sustituible por ninguna otra medida de similar eficacia pero menos gravosa) para asegurar alguna medida de investigación y la actuación de la ley penal, legitimándola únicamente como una medida cautelar de esos fines del proceso.

La prisión preventiva, también llamada encarcelamiento preventivo, es la injerencia más grave en la libertad personal del imputado por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad. Para Maier¹⁴:

[...] prisión preventiva quiere decir, en principio, que desconfiamos del imputado en grado sumo, pues él es capaz de poner en peligro la realización del procedimiento o la consecución de sus fines, razones

¹² Bacigalupo, Enrique. (2007). El debido proceso penal. Buenos Aires: Edit. Hammurabi, p. 62.

¹³ Cafferata Nores, José I. y Frascaroli, María S. "La Entidad de la Amenaza Penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del Encarcelamiento del imputado durante el proceso?", en: Cafferata Nores José I. (2006). Ejercicio Concreto del Poder Penal. Límites, abusos, desafíos. Córdoba: Edit. Mediterránea, p. 37.

¹⁴ Maier (2015), ob. cit., p. 412.

por las cuales para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional- definido jurídicamente- frente a la regla de la libertad personal.

Puede decirse que prisión preventiva es el encarcelamiento que se impone al imputado por un delito, cuando sea indispensable para asegurar los fines del proceso.¹⁵ Es un verdadero estado de privación de libertad pues, en principio, durará hasta la finalización de la causa y supone la presencia de elementos de convicción suficientes para estimar la existencia del delito atribuido y que el imputado es punible como partícipe del mismo y solo podrá dictarse cuando haya motivos para temer que el imputado intentará eludir la acción de la Justicia o entorpecer la investigación, es decir cuando sea indispensable en el caso concreto para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva.

La prisión preventiva es la medida de coerción, limitativa de la libertad ambulatoria, de mayor extensión en el tiempo, consistente en el encarcelamiento del imputado en un establecimiento del Estado o en una residencia particular, dispuesto por un órgano jurisdiccional, después de haberle brindado la posibilidad de declarar, y en el caso de quienes gozan de privilegios constitucionales, del allanamiento de su inmunidad, cuando se le atribuye con grado de probabilidad la participación punible del imputado en el hecho investigado y cuando existieren vehementes indicios de que aquél tratará de eludir la acción de la Justicia o entorpecer la investigación, es decir siempre que acredite en la causa la existencia de peligro procesal concreto.¹⁶

En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) ha señalado que el riesgo

¹⁵ Cafferata Nores, José I. (1983). Medidas de coerción en el proceso penal. Córdoba: Edit. Lerner.

¹⁶ Modificado por la dicente como consecuencia del art. 281 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba vigente, siguiendo a: Balcarce, Fabián I. (2006). Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal. Córdoba: Edit. Mediterránea.

procesal de fuga o de frustración de la investigación debe sustentarse en circunstancias concretas comprobadas en los casos particulares, indicando que, de lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva¹⁷. En un informe anterior¹⁸ la Comisión IDH sostuvo que:

[...] tanto el argumento de la seriedad de la infracción como el de la severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de la libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio.

Caracteres del encarcelamiento cautelar

Tal como señaláramos *supra* el imputado tiene, en principio, el derecho a permanecer en libertad durante el proceso (art. 14 CN, art. 9.1 PIDCP y art. 7 CADH), siendo esta garantía permanente, incluso mientras se desarrolla el juicio previo, y esto último porque el sistema constitucional consagra el principio de inocencia.¹⁹ Esto permite afirmar que el estado normal de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es el que le permite su libre locomoción (art. 14 CN).

¹⁷ Comisión IDH, Informe 31/07, p. 85) En similar sentido, Informe N° 35/07, n. 85, caso 12.553, “Jorge, José y Dante Peirano Basso c. República oriental del Uruguay”, cit., por: Cám. Acusación, Cba., AI 327, 27/10/2008, “Cejás Cintia Natalia pca. –Robo. Tentativa-”.

¹⁸ Comisión IDH, Informe 12/96, caso 11.245, parágrafo 86; cit., por: Cám. Acusación, Cba., AI 327, 27/10/2008, “Cejás Cintia Natalia pca. –Robo. Tentativa-”.

¹⁹ Cafferata Nores, José I. (1998). Derecho Procesal Penal, consensos y nuevas ideas. Buenos Aires: Edit. Imprenta Congreso de la Nación.

La privación de libertad entonces será excepcional, de acuerdo con el art. 9 inc. 3 PIDCP. Por su parte, la Constitución de la Provincia de Córdoba refuerza esta disposición aseverando que la privación de la libertad tiene carácter excepcional durante el proceso -art. 42-.²⁰ En igual sentido, el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba (en adelante, CPP Cba.) reconoce en su art. 268²¹ la situación de libertad del imputado, aun sometida a cauciones y obligaciones, y prevé el encarcelamiento sólo como situación excepcional.

El carácter excepcional de la restricción cautelar de la libertad del imputado durante el proceso exige la ponderación de todas las medidas coercitivas que prevé la ley, incluidas las sustitutivas de la prisión preventiva que contempla nuestro ordenamiento. Esto es, aquellas medidas que se satisfacen con la imposición de condiciones menos gravosas que el encarcelamiento, como sucede con la caución (art. 288 y cctes. CPP Cba.), y con las obligaciones de mantenerse a disposición del tribunal, denunciando, fijando y conservando un domicilio donde pueda ser citado, de comparecer cuantas veces sea convocado, de abstenerse de cualquier actividad que pueda significar un peligro para los fines del proceso y de someterse a la ejecución penal de la sentencia que pudiera dictarse, a las que se refieren los arts. 268 y cctes. del CPP Cba.²²

²⁰ Balcarce (2006), ob. cit.

²¹ Art. 268 CPP Prov. Cba., Ley 10366: "Situación de libertad. Con las limitaciones dispuestas en este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso. A tal fin deberá: 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que considere innecesaria; 2) Fijar y mantener domicilio; 3) Permanecer a disposición del órgano jurisdiccional y concurrir a todas las citaciones que se le formulen, y 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse ante la autoridad los días que ésta fije, cumplir con el uso de dispositivos electrónicos en casos de violencia de enero o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente."

²² Cám. Acus., Cba., "Guevara, Luis Sandro y otros p. ss.aa. coacción calificada, etc.", AI N° 177, 13/09/07.

Las prisiones preventivas tanto anteriores como posteriores a la sentencia de condena deben –en términos de la CSJN–, disponerse cuando –entre otros requisitos– sea necesario, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, lo que supone su excepcionalidad.²³

Ello ocurre, a criterio de la CSJN, si los imputados hubieran intentado eludir la acción de la Justicia, si se hubiese dado alguna situación concreta respecto del curso de la investigación, o si circunstancias objetivamente verificadas en la causa permitieran derivar una directa conexión con alguno de los dos peligros referidos.²⁴

Corresponderá entonces al Estado demostrar la existencia de los peligros sobre el proceso que justifiquen la limitación o restricción de libertad del imputado. Si alguno de estos peligros que motivaron el encierro cautelar desaparece o se atenúan, la medida deberá cesar o ser sustituida por una más leve. Esta es la nota de provisionalidad que caracteriza la prisión preventiva y a las cautelares en general.

A su vez, la medida de coerción debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir y no puede exceder un término que se acepte como razonable para llegar a dictar una sentencia a salvo de los riesgos que puedan obstaculizar su dictado o falsear su base probatoria, para evitar que su excesiva duración se convierta en una pena anticipada.²⁵

De acuerdo también a pautas expuestas recientemente por la Comisión IDH, tratándose de la privación de libertad de un inocente, debe procurarse que la medida cautelar no iguale en calidad y cantidad a la pena que se espera.²⁶ Esto impacta en el alcance (o si se quiere

²³ Corte IDH, “Chaparro Álvarez”, 21/11/2007.

²⁴ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Loyo Fraire”, Sent. N° 34, 12/3/2014; T.S.J., Sala Penal, Cba., “Oxandaburu”, Sent. N° 36, 14/3/2014.

²⁵ Cafferata Nores (1998). ob. cit.

²⁶ Informe 35/07, caso 12.553, véanse particularmente sus párrafos 109 y 110.

en la funcionalidad práctica) que cabe atribuirle al principio de proporcionalidad, en tanto que, en virtud de tales parámetros, a través de éste no sólo debe evitarse que a quien se ha privado de la libertad durante el proceso se le aplique una medida cautelar más gravosa que la posible condena (vgr., art. 283 inc. 3º CPP Cba.), sino también que se le dispense el mismo trato que si estuviera condenado (y esto último en tanto se quiera que el principio de inocencia adquiera en la realidad empírica alguna vigencia práctica).²⁷

Por afectar derechos de quien goza de un estado jurídico de inocencia, ocasionándole además serios perjuicios, las medidas de coerción no pueden ser aplicadas analógicamente - salvo *in bonam parte*-, y deben ser interpretadas restrictivamente. Debe procurarse que no afecten, más allá de lo que implica su imposición, otros derechos del imputado cuya restricción no sea necesaria para cautelar los fines del proceso, sobre todo el de su honor, cuya lesión se proyecta, además, sobre la vida de relación, su vida familiar y su trabajo.²⁸

Condiciones de procedencia. Presupuestos materiales

Ahora bien una vez fijada estos conceptos o bases fundamentales del encarcelamiento cautelar pasaré a analizar el sistema procesal penal Cordobés –presupuestos formales– y el sistema procesal brasilero para determinar si se adecuan a los parámetros convencionales.

²⁷ Cfme., en este sentido, Sergi, Natalia. (2005). “Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo”, en Estudios sobre justicia penal – Homenaje a Julio B. Maier-. Buenos Aires: Ed. del Puerto, p. 471; Bovino, Alberto. (2004). Contra la inocencia, en Justicia Penal y Derechos Humanos. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, p. 115-116

²⁸ Cafferata Nores, (1998), ob. cit.

*Presupuestos materiales**Acto procesal previo*

La orden de prisión preventiva supone que, previamente, el imputado hubiese declarado en tal carácter o por lo menos se haya dado la posibilidad del descargo material, aunque en ejercicio de su derecho, aquél se abstuviera de hacerlo (art. 281 del CPP Cba.). El incumplimiento de las normas constitucionales relativas al procedimiento que garantizan la libertad del imputado durante el proceso, traen aparejada la nulidad absoluta de la resolución, al no haberse observado las disposiciones concernientes a la intervención de los imputados en el proceso (CPP Cba. arts. 185, inc. 3º, primer supuesto y 186, 2do. apartado).²⁹ La prisión preventiva se dicta diez³⁰ días después de la declaración del imputado (arts. 336 y 345 del CPP Cba.). Se trata de un término ordenatorio.³¹

²⁹ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Martínez Minetti, Alfredo José y otros p. ss.aa Defraudación calificada –Recursos de casación–”, Sent. n° 51, 23/06/2000

³⁰ La ley 10457 modificó el Código Procesal Penal, pero su vigencia se encuentra parcialmente suspendida por Acuerdo Reglamentario (TSJ) Nro. 1430, Serie “A” de fecha 9/6/2017. En este nuevo ordenamiento el plazo se reduce a 5 días contados desde la declaración del imputado. Dentro de ese plazo el Fiscal fundadamente podrá solicitar por escrito al Juez de Control la fijación de una audiencia oral de prisión preventiva. Al recibir la solicitud del Fiscal el juez notificará a la defensa del pedido de audiencia. Si dentro de las 48 horas la defensa no manifiesta fundadamente que el caso justifica una excepción a la oralidad, el juez fija día y hora de audiencia. La misma será reservada y se celebrará dentro de los cinco días de presentado el pedido, garantizando los principios de contradicción, inmediatez y celeridad (art. 336 del CPP Cba.).

³¹ Art. 336: Prisión preventiva: “En el término de cinco días a contar desde la declaración del imputado y siempre que concurran las causales del artículo 281 de este Código, el fiscal, fundadamente, podrá solicitar por escrito al juez la fijación de una audiencia oral de prisión preventiva. Al recibir la solicitud del fiscal el juez notificará a la defensa del pedido de audiencia. Si dentro de las cuarenta y ocho (48) horas la defensa no manifiesta fundadamente que el caso justifica una excepción a la oralidad, el juez fijará día y hora de audiencia. La misma será reservada y se celebrará dentro de los cinco días de presentado el pedido, garantizando los principios de contradicción, inmediatez y celeridad. En la audiencia el juez dará al imputado la oportunidad de ser oído con la asistencia e intervención de su defensor. Luego de escuchar a las partes, a quienes sólo podrá formular preguntas

Estado de convicción en cuanto a la existencia del hecho y la participación del imputado en el mismo (fomus bonis iuris)

Para disponer la prisión preventiva la ley exige que existan elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado. Existe probabilidad cuando coexistiendo elementos de convicción positivos (prueba de cargo) y negativos (prueba de descargo), los primeros son superiores a los segundos en cuanto a idoneidad para proporcionar conocimiento en virtud de su preponderancia cualitativa.³²

Mientras que la certeza supone que los motivos divergentes de la afirmación no merecen racionalmente ser considerados, la probabilidad atiende a los motivos convergentes y divergentes y los considera dignos de ser tenidos en cuenta, aunque más a los primeros que a los segundos.³³ La participación puede ser a cualquier título (art. 45, y ss., CPP Cba.), el delito puede ser consumado o tentado (art. 42 y ss., *ibíd.*). Se debe tratar de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible.

Caracteres del hecho imputado

El art. 281 del CPP Cba., Ley 8123, distinguía dos supuestos. En primer lugar, cuando se tratare de delitos de acción pública (arts. 71 y 72 CPP Cba.) reprimidos con pena privativa de libertad (art. 5 CPP

aculatorias, dictará resolución de inmediato, exclusivamente en función de lo alegado en la audiencia. Excepcionalmente podrá diferir el dictado de su resolución por un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas bajo pena de nulidad”.

Art. 345: Prisión preventiva: “Una vez cumplida las previsiones del artículo 14, el juez dictará la prisión preventiva, si correspondiere (281), dentro del término de diez (10) días. Desde la recepción de la comunicación del allanamiento de la inmunidad del imputado (14). La dictará en igual término, pero a contar desde la declaración, en el caso de los coimputados”.

³² Balcarce, (2006), *ob. cit.*

³³ Framarino Dei Malatesta, Nicola. (1973). *Lógica de la prueba en materia criminal*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Edit. Temis.

Cba.) y, no aparezca procedente, *prima facie*, la condena de ejecución condicional (art. 26 CPP Cba.). Así procedía el dictado de una prisión preventiva, sin la necesidad de acreditar la existencia de peligro procesal concreto, toda vez que se presumía *iuris tantum* frente a un pronóstico de pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo por el delito que se le atribuía.

El segundo supuesto que hacía procedente la prisión preventiva era el caso de que aún procediendo condena de ejecución condicional, hubiere vehementes indicios que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La actual redacción del art. 281³⁴ del CPP de la Provincia de Córdoba (Ley 10.457)³⁵ no formula la distinción entre delitos como se señalara supra, exigiendo cualquiera sea el pronóstico punitivo hipotético la acreditación de la existencia de peligro procesal concreto.

La regulación normativa del requisito de la peligrosidad procesal transitaba sobre el pronóstico punitivo que el Juzgador debe efectuar a los fines de establecer –obviamente *prima facie*– la procedencia o improcedencia para el caso de condena, de su ejecución condicional. Cuando este vaticinio es negativo y se preveía un eventual cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, la peligrosidad procesal se presume *iuris tantum* (art. 281 inc. 1º, CPP Cba.). En cambio, cuando podía avizorarse una condena condicional, el riesgo debía acreditarse en función de “vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación” (art. 281 inc. 2º, CPP Cba.).³⁶

³⁴ El art. 281 del C.P.P. Cba., reza “Prisión Preventiva. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, los que deberán acreditarse en el caso concreto.”

³⁵ Ley 10.457, publicada en el B.O.C. con fecha 16/6/2017.

³⁶ En igual sentido: T.S.J., Sala Penal, Cba., “Mansilla”, Sent. n° 203, 24/08/2007, entre muchos otros.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha sostenido que la correlación entre el pronóstico punitivo hipotético y habilitación de la prisión preventiva encuentra fundamento sólido en el principio de proporcionalidad que debe existir entre la pena que se espera de una condena eventual y los medios de coerción aplicables durante el procedimiento. De tal modo que no se concibe el encarcelamiento preventivo para los procedimientos que sólo tienen por objeto la imputación de un delito no amenazado con pena privativa de libertad, exigiendo incluso los códigos más modernos cierta gravedad de la amenaza penal a pena privativa de libertad para condicionar el encarcelamiento preventivo.³⁷

Asimismo, el Alto tribunal refirió que las disposiciones legales y constitucionales logran aceptable equilibrio entre el interés individual y el interés social, haciendo prevalecer de acuerdo al momento del proceso a uno y, a veces, a otro. De allí, el pronóstico punitivo hipotético impone una limitación al interés individual en la presencia del encarcelamiento preventivo –siempre que sea absolutamente indispensable– para asegurar la regular y efectiva persecución penal. A su vez, el cimero tribunal señaló que en el supuesto de prisión preventiva del art. 281 inc. 1° del CPP Cba., el legislador ha presumido *iuris tantum* la peligrosidad procesal frente a un pronóstico de pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo por el delito que se le sigue en el proceso.

El art. 281 inc. 1° del CPP de la provincia de Córdoba (ley 8123), idéntica a la vigente en el orden federal (artículo 312, 1°, CPPN),³⁸

³⁷ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Aguirre Domínguez”, Sent. n° 76, 11/12/1997, entre otros

³⁸ El art. 312 del Código Procesal Penal de la Nación dispone: “El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido, cuando: 1) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. 2) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el art. 319”. Por su parte, el art. 319 del CPP

consagraba una presunción del legislador según la cual el peligro para los fines del proceso existe toda vez que la amenaza penal exceda de cierto límite.³⁹

La presunción que se establecía en el art. 281 inc. 1° del CPP de la provincia de Córdoba, por ser *iuris tantum*, admitía prueba en contrario, es decir que era factible que el imputado que no sea pasible de condena condicional pueda permanecer en libertad durante el proceso, en la medida en que concurran circunstancias específicas que enerven la sospecha en el caso concreto, como ocurre cuando se presentan condiciones distintas del común denominador de las personas imputadas por un delito, que por sí resulten suficientes para desactivar la presunción legal,⁴⁰ no logrando enervar la presunción la circunstancia de que el imputado carezca de antecedentes penales, que sea argentino, que trabaje en ciudad donde se encuentran sus afectos y que haya negado los hechos que se le atribuyen,⁴¹ en tanto se trata de condiciones que no logran extralimitar la regularidad de las situaciones que se verifican entre la generalidad de los sometidos a proceso.⁴²

de la Nación reza: “Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación respetándose el principio de inocencia y el art. 2 de éste Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir fundadamente, que el mismo intentará aludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación”.

³⁹ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Berrotarán”, cit.; “Álvarez”, Sent. n° 140, 28/06/2007; “Bustos Fierro”, Sent. n° 110, 19/05/2008, entre muchos otros

⁴⁰ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Santucho”, Sent. n° 54, 14/06/2004; “Montero”, cit.; “Navarrete”, cit.; “Spizzo”, cit.; “Álvarez”, cit.; “Bustos Fierro”, cit.

⁴¹ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Montero”, cit.; “Spizzo”, cit.; “Mansilla”, cit.; “Gallotti”, Sent. n° 113, 28/09/2006; “Rodríguez”, Sent. n° 137, 31/10/2006

⁴² T.S.J., Sala Penal, Cba., “Nieto, Sandro Antonio p. s.a. abuso sexual con acceso carnal -continuado- agravado -Recurso de Casación-”, Sent. n° 310, 11/11/2008.

Peligro Procesal Concreto (periculum in mora). Estado de convicción

La gran mayoría de los trabajos académicos dedicados al encarcelamiento preventivo han estado más preocupados por la justificación del enunciado probatorio que se ha identificado como el *fomus commissi delicti* que por el concerniente a la peligrosidad procesal, como si fuera éste el único o el más importante presupuesto de la coerción. Actualmente (y con la entrada en vigencia del art. 281, CPP Cba. -Ley 10.201-, posteriormente modificado por Ley 10366 y Ley 10.457), la prueba de la peligrosidad procesal es condición insoslayable para la aplicación legítima del encarcelamiento cautelar, cualquiera sea el delito atribuido y la pena conminada en abstracto.

El *periculum in mora* configura el riesgo que la libertad del imputado puede entrañar para los fines del proceso seguido en su contra. Esto es, su posible afectación de los objetivos de descubrimiento de la verdad real -interponiendo obstáculos para su logro- y de actuación de la ley penal sustantiva -impidiendo el normal desarrollo del juicio o el cumplimiento de la pena eventualmente impuesta, al sustraerse de la autoridad-.

El derecho fundamental a la libertad, como todo derecho, no es absoluto.⁴³ No todos los derechos fundamentales son ilimitados sino que debe tenerse en cuenta la concurrencia de otros valores que el ordenamiento jurídico también protege, tal como ocurre con los fines del proceso, en tanto la consecución de la verdad objetiva y la actuación de la ley penal, preservan la tutela de intereses y derechos que también cuentan con protección constitucional. En ello consiste precisamente la interpretación del alcance de los derechos e intereses

⁴³ El derecho a la libertad se encuentra previsto en el art. XXVIII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual se encuentra subordinado implícitamente a la existencia de garantías que aseguren la comparecencia del imputado durante el proceso y eventualmente para la ejecución de la pena, art. 9.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

en conflicto conforme al método del balanceo o *balancin test*, que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, siguiendo al Tribunal Constitucional español, ha adoptado en varios precedentes sobre cuestiones de distinta naturaleza.⁴⁴

El peligro procesal constituye la razón fundamental por la que puede ordenarse la prisión preventiva del sometido a un proceso por un delito respecto del cual, por expreso mandato constitucional, debe ser tenido por inocente hasta que se demuestre lo contrario.⁴⁵

La norma prevista en el art. 281⁴⁶ del CPP de Córdoba requiere “vehementes indicios” acerca de que el imputado tratará de sustraerse de la acción de la Justicia o entorpecerla. Por lo tanto, no es posible satisfacerse con hechos de los que si bien no se ha predicado certeza negativa acerca de su existencia, sí se ha concluido que se cierne una duda insuperable para la averiguación de la verdad (art. 350 inc. 5°, CPP Cba.). Dicha circunstancia resulta de plano incompatible con la probabilidad requerida por la ley para habilitar la medida de coerción.

Ahora bien, sin embargo, lo que ahora es un presupuesto *sine qua non* establecido por ley para ordenar el encarcelamiento cautelar, con anterioridad no lo era legislativamente. El art. 281 del CPP Cba., Ley 8123, rezaba:

Prisión preventiva. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida

⁴⁴ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Carranza”, Sent. n° 33, 25/08/1997; “Aguirre Domínguez”, cit.; “Querrella Caruso c/ Remonda”, Sent. n° 108, 09/09/1999; y “Sánchez”, Sent. n° 45, 08/06/2000.

⁴⁵ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Navarrete”, Sent. n° 114, 18/10/2005; “Spizzo”, Sent. n° 66, 7/07/2006; “Berrotarán”, Sent. n° 99, 7/09/2006, “Nieto”, Sent. n° 310, 11/11/2008.

⁴⁶ Art. 281 CPP Prov. Cba., ley 10366 y 10457. “Prisión preventiva. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, los que deberán acreditarse en el caso concreto.”

su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva: 1) si se tratare de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de la libertad y no aparezca procedente, *prima facie*, la condena de ejecución condicional. (CP art. 26) 2) Cuando procediendo la condena de ejecución condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratara de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación. La eventual existencia de estos peligros podrá inferirse de su falta de residencia, declaración de rebeldía, sometimiento a proceso o cese de prisión preventiva anterior, o condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del Código Penal.

La vinculación entre el pronóstico punitivo hipotético con la procedencia de la prisión preventiva, comienza en el orden local a raíz de la reforma operada al Código Procesal Penal de Córdoba en 1939. Por un lado, al exigirse para su procedencia que se trate de una imputación por un delito reprimido con pena privativa de libertad, a fin de evitar cuando la conminada era de otra naturaleza (multa o inhabilitación), que la medida de coerción fuese más allá “de los males que la sanción comporta”.⁴⁷ Por otro lado, admitiendo la excarcelación cuando fuere procedente la condena condicional, a efectos que “aquél que en definitiva pueda beneficiarse con la condena condicional, no se vea obligado por la ley de forma a conocer la cárcel a la que la ley de fondo lo quiere sustraer”.⁴⁸

En vigencia de la ley 8123, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba entendió que la correlación entre el pronóstico punitivo hipotético con la procedencia de la prisión preventiva se sustenta en el principio de proporcionalidad. De tal modo que “no se concibe el encarcelamiento preventivo para los procedimientos que sólo tienen por objeto la imputación de un delito no amenazado con pena privativa

⁴⁷ De acuerdo a la Exposición de Motivos del CPP de 1939, publicada en 1961 por Editorial Assandri, p. 72.

⁴⁸ Exposición de Motivos, cit. en: T.S.J., Sala Penal, Cba., “Aguirre Domínguez”, cit.; y “Martínez Minetti”, cit.

de libertad...” y los códigos más modernos “han ido más lejos, exigiendo cierta gravedad de la amenaza penal a pena privativa de libertad para condicionar el encarcelamiento preventivo”.⁴⁹

El Máximo Tribunal Provincial, con anterioridad al dictado del fallo Loyo Fraire por la CSJN y a la entrada en vigencia del art. 281 de CPP Cba. Ley 10201, entendía que la regulación normativa del requisito de la peligrosidad procesal pivoteaba sobre el pronóstico punitivo que el Juzgador debe efectuar a los fines de establecer –obviamente *prima facie*– la procedencia o improcedencia para el caso de condena, de su ejecución condicional. Cuando esta diagnosis es negativa y se prevé un eventual cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, la peligrosidad procesal se presume *iuris tantum* (art. 281 inc. 1º, CPP Cba.). En cambio, cuando puede avizorarse una condena condicional, el riesgo debe acreditarse en función de “vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación” (art. 281 inc. 2º, CPP Cba., Ley 8123).⁵⁰

Por el contrario, la doctrina judicial de Cámara de Acusación de la Ciudad de Córdoba, pese a que estaba en vigencia el art. 281 Ley 8123, ya exigía la acreditación del peligro procesal concreto como presupuesto insoslayable para dictar la prisión preventiva, cualquiera sea el delito atribuido al encartado.

Teniendo en cuenta la función nomofiláctica de dicho Tribunal en materia de medidas de coerción,⁵¹ la referida Cámara –por mayoría–,⁵² sostuvo que toda imposición o todo cese de prisión preventiva, toda confirmación o todo rechazo de dicha medida, debe estar forzosamente fundado también en la afirmación o negación, según el caso, de la existencia de “vehementes indicios de que el

⁴⁹ Maier, cit. en: T.S.J., Sala Penal, Cba., “Martínez Minetti”, cit.

⁵⁰ T.S.J., Sala Penal, Cba., “Peralta, Natalia Soledad p. s.a. homicidio calificado –Recurso de Casación”, Sent. n° 195, 21/12/2006.

⁵¹ Cam. Acus. Cba., “Cufre”, A.I. N° 141, 08/05/2008.

⁵² Cam. Acus., Cba., “Fraga”, A.I. N° 473, 11/12/2008.

imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer su investigación” -art. 281 inc. 2º del CPP Cba.-.⁵³ Es decir deberá siempre la fundamentación hacer referencia también a lo dispuesto en el inc. 2º y en el último párrafo del art. 281 del CPP Cba. (además por cierto del art. 269 de la misma ley), pues es allí donde el ordenamiento adjetivo recepta con mayor claridad el requisito constitucional de la ‘insoslayable’ presencia de peligro procesal concreto para autorizar el dictado de la medida.

El inc. 1º, en cambio –y por lo ya dicho–, se relacionaba con una pauta que, en el mejor de los casos, constituirá por sí misma un indicio de peligro procesal abstracto, el cual, por razones constitucionales, no es suficiente para justificar la imposición de tan gravosa medida de coerción personal. En efecto, que el peligro procesal sea meramente abstracto significa que la posibilidad de su realización no se ha determinado en función de las características específicas del caso concreto, que es lo que corresponde, sino a partir de presunciones apriorísticas y generales. Y esto último está vedado a la autoridad judicial, pues, si se toma en serio la exigencia de indispensabilidad absoluta de la privación de libertad durante el proceso (CPP Cba., art. 269, primer párrafo), es obvio que debe llevarse a cabo un análisis caso por caso, dado que, por principio, nada puede ser indispensable *per se* o *a priori*: tal juicio de valor tiene sentido sólo si se lo relaciona con un estado de cosas específico, esto es: concreto.

Ello tiene, antes bien, un efecto pragmático considerable, pues enfatiza en el operador jurídico la idea correcta de que lo decisivo para la imposición o no del encarcelamiento preventivo es la presencia o ausencia, respectivamente, de riesgo concreto de fuga o de entorpecimiento de la investigación por encima de los límites del ejercicio legítimo del derecho de defensa. Lo que en el inc. 2º del art. 281 del CPP Cba, ley 8123 aparecía sólo a primera vista como un

⁵³ Cam. Acus., Cba., “Nieto”, A.I. N° 99, 14/04/2008.

requisito más para el dictado de la prisión preventiva constituye, en rigor, la *ratio legis* del instituto como tal y gravita por tanto, explícita o implícitamente, en toda consideración que se efectúe en torno a él”.⁵⁴

A nivel nacional se consolidaba una doctrina que, en sustancia, era muy similar a la sustentada por la Cámara de Acusación de Córdoba a partir del fallo “Maza”. En efecto: con fecha 30/10/2008 la Cámara Federal de Casación Penal resolvió el conocido plenario “Díaz Bessone”⁵⁵, que fue importante porque, más allá de ciertos aspectos confusos que presenta, implicó en lo sustancial un reconocimiento desde el máximo nivel penal nacional a una doctrina como la fijada por esta Cámara en “Maza” y en los fallos que lo siguieron, ya citados.

En dicho plenario, en efecto, la CFCP sostuvo básicamente que, para ordenar una prisión preventiva, no basta un pronóstico de pena desfavorable, sino que es necesario que en todo caso ello se sopesa conjuntamente con indicios de peligro procesal concreto.⁵⁶

Lo mismo ocurría en el plano internacional: por sólo citar dos ejemplos, también en 2008 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”.⁵⁷

Y poco después, con fecha 06/08/2009, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el informe n° 86/09 del caso “Peirano Basso c/ Uruguay”⁵⁸, establecía directrices para resolver casos de prisión preventiva que en esencia eran las mismas que las sostenidas por esta Cámara en “Maza” y demás precedentes concordantes. En síntesis, lo que sostuvo la Comisión IDH en “Peirano Basso” es que el

⁵⁴ Cam. Acus., Cba., “Olivares”, A.I. N° 416, 04/12/2006; “Maza”, A.I. N° 388, 03/11/2006; “Fernández”, A.I. N° 3, 12/02/2007, etc.

⁵⁵ CFCP, “Díaz Bessone”, 30/10/2008.

⁵⁶ Cám.Acus.,Cba., “Díaz, Luis Alberto”, cit.

⁵⁷ Corte IDH, caso “Bayarri vs.Argentina”, 30/10/2008, parágrafo 74

⁵⁸ Comisión IDH, caso “Peirano Basso c/ Uruguay”, informe N° 86/2009, parágrafo 85.

riesgo de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas y que, por eso, la mera alegación de esos riesgos sin consideración del caso concreto no satisface dicho requisito (parágrafo 85).⁵⁹

A esa altura, a nivel nacional en nuestro país sólo faltaba un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que avalara esta línea jurisprudencial. Tras algunos años, ese respaldo de la Corte llegó con el fallo “Loyo Fraire, Javier Eduardo”, sentencia del 06/05/2014, en el cual el alto tribunal federal, remitiéndose al dictamen de la Procuración General de la Nación en esa misma causa (dictamen del 23/09/2013, el cual se remite a su vez –en parte– a otro dictamen de esa misma Procuración en la causa “Merlini”: dictamen del 12/08/2013), revocó específicamente la doctrina del TSJ de Córdoba en materia de prisión preventiva, sostenida en “Nieto” y otros fallos anteriores.⁶⁰

La doctrina de la CSJN en “Loyo Freire” es básicamente la misma que venía sosteniendo la Cámara de Acusación desde el fallo “Maza”. Lo que hace la Corte, en síntesis, es adherir expresamente a los estándares recién citados de la Corte IDH y de la Comisión IDH y advertir que la jurisprudencia del TSJ Córdoba no se adecua a ellos.

Lo que concretamente critica la CSJN al máximo tribunal cordobés es que, con su doctrina, utiliza de hecho a la presunción establecida en la anterior redacción del art. 281 del CPP de Córdoba – Ley 8123- como una presunción *iure et de iure* a favor de la prisión preventiva si la condena de ejecución condicional no es procedente por la entidad de la pena u otras circunstancias, lo cual implica fundar la prisión preventiva en este solo dato, que es precisamente lo que rechaza la citada jurisprudencia internacional de derechos humanos. Y ello con independencia de que el TSJ aseverara que dicha presunción

⁵⁹ Cám.Acus.,Cba.,“Díaz, Luis Alberto”, cit.

⁶⁰ CSJN, L. 196. XLIX, 06/03/2014, “Loyo Fraire, Javier Eduardo s/ Estafa reiterada”.

es sólo *iuris tantum*, dado que, en definitiva, se negaba a dar relevancia a indicios concretos de ausencia de peligro procesal a partir de la afirmación dogmática de que éstos constituían el común denominador de cualquier sujeto sometido a proceso, con lo cual, en los hechos, la aplicaba sin admitir prueba en contrario (véanse al respecto los dictámenes de la PGN en las causas “Merlini”, y “Loyo Fraire”, a los que en definitiva remite la CSJN).⁶¹

El citado fallo “Loyo Fraire” de la CSJN generó en Córdoba no sólo la modificación de la postura jurisprudencial del TSJ en esta materia⁶², sino incluso la reforma del art. 281 del CPP Cba. - ley 10366 y 10457-, que ahora, en lo que aquí interesa, reza lo siguiente: “Prisión preventiva. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, se dispondrá su prisión preventiva cuando hubiere vehementes indicios de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, los que deberán acreditarse en el caso concreto.”

La reforma del art. 281 del CPP Cba. deja en claro que lo único que puede autorizar la prisión preventiva es la existencia de peligro procesal ‘concreto’, que es precisamente aquello en lo que insistía la jurisprudencia de esta Cámara de Acusación desde “Maza” en adelante. En efecto, a partir de la reforma el legislador expresamente prescribe que dicho peligro procesal no puede ser sino el que surja de las circunstancias específicas de la causa y que estén en directa relación con hechos o actitudes del imputado que muestren que él, en libertad, podría fugarse o entorpecer la investigación. Es lo que corresponde inferir del hecho de que, ahora, la “gravedad del pronóstico punitivo

⁶¹ Cám. Acus., Cba., “Díaz, Luis Alberto”, cit.

⁶² Véase concretamente el precedente T.S.J., Cba., “Loyo Fraire”, cit.

hipotético” está prevista en la ley como un indicio más entre otros, no taxativos, de peligro procesal.⁶³

La nueva redacción legislativa está en línea además con lo resuelto tanto por la Corte IDH, la Comisión IDH y la CSJN, como también por esta misma Cámara de Acusación (sobre todo en “Irusta” y demás fallos concordantes), en cuanto a que la sola entidad de la pena conminada en abstracto o la imposibilidad de condena condicional no es suficiente para fundar la prisión preventiva.⁶⁴ El pronóstico punitivo desfavorable por la gravedad de la pena prevista en la legislación o por tener que ser de cumplimiento efectivo es simplemente un indicio más, que puede ser valorado junto con otros para inferir la existencia de peligro procesal, pero que, al igual que lo relativo a la personalidad del imputado, por sí solo no basta para fundar la prisión preventiva (recuérdese en este sentido lo dicho por la Corte IDH en la citada causa “Bayarri vs. Argentina”, parágrafo 74).⁶⁵

En cuanto al sistema procesal brasileiro, se advierte de la actual redacción que para la procedencia de la prisión preventiva es necesario acreditar con grado de probabilidad tanto la existencia histórica del hecho, como la participación del imputado en el mismo, y siempre decretada para asegurar los fines del proceso, es decir el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley.

Así el Art. 311 y 312 del Código Procesal Penal de Brasil rezan:

Art. 311. En cualquier fase de la investigación policial o del proceso penal, cabrá la prisión preventiva decretada por el juez, de oficio, si en el curso de la acción penal, o a petición del Ministerio Público, del querellante o del asistente, o por representación de la autoridad policial (Modificado por la Ley 12.403 / 2011).

⁶³ Cám. Acus., Cba., “Díaz, Luis Alberto”, cit.

⁶⁴ Cám. Acus., Cba., “Díaz, Luis Alberto”, cit.

⁶⁵ Cám. Acus., Cba., “Díaz, Luis Alberto”, cit.

Art. 312. La prisión preventiva podrá ser decretada como garantía del orden público, del orden económico, por conveniencia de la instrucción criminal, o para asegurar la aplicación de la ley penal, cuando haya prueba de la existencia del crimen e indicio suficiente de autoría.

Párrafo unico. La prisión preventiva también podrá ser decretada en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones impuestas en virtud de otras medidas cautelares (artículo 282, § 4). (Modificado por la Ley 12.403 / 2011).

Hasta aquí, entonces se advierte que el sistema procesal brasilero se adapta a los parámetros convencionales, siendo los requisitos cautelares, pero aplicándose a determinados delitos.

Sin embargo, si bien esta regulación persigue una finalidad estrictamente cautelar, no se entiende porque la norma del art. 313 del CPP De Brasil hace una distinción de delitos que quedarían alcanzados por la medida de coerción y cuáles no, ya que puede suceder que exista peligro procesal concreto en otros delitos que no sean los enunciados por el art. 313⁶⁶, en cuyo caso también podría dictarse a mi modo de ver la prisión preventiva.

Al enumerarse los delitos en los cuales sería procedente el dictado de la prisión preventiva, se está creando una categoría de delitos que

⁶⁶ Así el Art. 313 Código Procesal Penal de Brasil reza: Art. 313. En virtud del art. 312 de este Código, se admitirá la ordenación de la prisión preventiva: I - en los crímenes dolosos castigados con pena privativa de libertad máxima superior a 4 (cuatro) años; II - si ha sido condenado por otro delito doloso, en sentencia transitada en juzgado, salvo lo dispuesto en el inciso I del caput del art. 64 del Decreto-Ley no 2.848, del 7 de diciembre de 1940 - Código Penal; III - si el crimen involucra violencia doméstica y familiar contra la mujer, niño, adolescente, anciano, enfermo o persona con discapacidad, para garantizar la ejecución de las medidas de protección de urgencia; IV - (Revocado por la Ley 12.403 / 2011)

Párrafo unico. También se admitirá la detención preventiva cuando haya duda sobre la identidad civil de la persona o cuando ésta no proporcione elementos suficientes para esclarecerla y el preso se colocará inmediatamente en libertad después de la identificación, a menos que otra hipótesis recomiende el mantenimiento de la medida. (Modificado por la Ley 12.403 / 2011).

nunca van a estar alcanzados por esta medida de coerción., pese a que pudiera existir en el caso, indicadores concretos de peligro procesal.

Advertimos entonces que hay una inconsistencia en la regulación, señalando una finalidad estrictamente cautelar, pero a su vez limitándola a algunos delitos en particular.

A MODO DE CIERRE

La presunción de inocencia como regla de trato del imputado supone que los individuos no sólo que no pueden ser considerados culpables en tanto no se pruebe su culpabilidad, sino que también deben ser tratados como inocentes hasta que se pruebe su culpabilidad, lo que sería un obstáculo insalvable frente a la pretensión de encarcelamiento cautelar.

Por consiguiente, para justificar el encarcelamiento de aquel que debe ser tratado como inocente si no ha sido condenado, se entiende que no se trata como culpable al individuo si la medida, aunque materialmente idéntica, no tiene finalidad punitiva, no quedando por tanto abarcada por la presunción de inocencia. De este modo, en la “concepción cautelar” de la prisión preventiva: el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de la investigación son razones justificativas suficientes para encarcelar preventivamente. Así, la prisión preventiva es considerada como un instrumento procesal a fin de evitar el daño jurídico que podría representar la libertad del imputado, para la reconstrucción genuina del acontecimiento histórico con apariencia delictiva y la disponibilidad oportuna del imputado en el proceso y al momento de tener que aplicar la ley penal.

Partiendo de ello, para determinar si la prisión preventiva tiene finalidad genuinamente cautelar, habrá que estar a las circunstancias fácticas que condicionan su aplicación.

El carácter excepcional de la restricción cautelar de la libertad del imputado durante el proceso exige la ponderación de todas las medidas coercitivas que prevé la ley, incluidas las sustitutivas de la prisión preventiva que contempla nuestro ordenamiento. Esto es, aquellas medidas que se satisfacen con la imposición de condiciones menos gravosas que el encarcelamiento. (arts 288 y cctes. C.P. P.), y con las obligaciones que se refieren los arts. 268 y cctes. del CP.

Si alguno de estos peligros que motivaron el encierro cautelar desaparece o se atenúan, la medida deberá cesar o ser sustituida por una más leve. A su vez, la medida de coerción debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir, y no puede exceder un término que se acepte como razonable para llegar a dictar una sentencia a salvo de los riesgos que puedan obstaculizar su dictado o falsear su base probatoria, para evitar que su excesiva duración se convierta en una pena anticipada.

Para disponer la prisión preventiva la ley exige que existan elementos de convicción suficientes para sostener como probable tanto la existencia del hecho investigado como la participación punible del imputado en él. Existe probabilidad cuando coexistiendo elementos de convicción positivos (prueba de cargo) y negativos (prueba de descargo), los primeros son superiores a los segundos en cuanto a idoneidad para proporcionar conocimiento en virtud de su preponderancia cualitativa.

Actualmente (y con la entrada en vigencia del art. 281, CPP – Ley 10.201–, posteriormente modificado por Ley 10366 y Ley 10.457) la prueba de la peligrosidad procesal es condición insoslayable para la aplicación legítima del encarcelamiento cautelar, cualquiera sea el delito atribuido y la pena conminada en abstracto.

La nueva redacción legislativa está en línea además con lo resuelto tanto por la Corte IDH, la Comisión IDH y la CSJN, como también por esta misma Cámara de Acusación (sobre todo en “Irusta”

y demás fallos concordantes), en cuanto a que la sola entidad de la pena conminada en abstracto o la imposibilidad de condena condicional no es suficiente para fundar la prisión preventiva. El pronóstico punitivo desfavorable por la gravedad de la pena prevista en la legislación o por tener que ser de cumplimiento efectivo es simplemente un indicio más, que puede ser valorado junto con otros para inferir la existencia de peligro procesal, pero que, al igual que lo relativo a la personalidad del imputado, por sí solo no basta para fundar la prisión preventiva (recuérdese en este sentido lo dicho por la Corte IDH en la citada causa “Bayarri vs. Argentina”, parágrafo 74).

En cuanto al sistema procesal brasileiro, se advierte de la actual redacción que persigue una finalidad estrictamente cautelar y se adapta a los parámetros convencionales, pero aplicándose a determinados delitos.

Esto me lleva a concluir que al enumerarse los delitos en los cuales sería procedente el dictado de la prisión preventiva, se está creando una categoría de delitos que nunca van a estar alcanzados por esta medida de coerción., pese a que pudiera existir en el caso, indicadores concretos de peligro procesal.

Advertimos entonces que hay una inconsistencia en la regulación, señalando una finalidad estrictamente cautelar, pero a su vez limitándola a algunos delitos en particular.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Acusación	Acus.
Artículo	Art.
Boletín Oficial de Córdoba	BOC
Cámara	Cam.
Citado/a	Cit.
Código Penal de la Nación	CPN
Código Procesal Penal	CPP
Código Procesal Penal de la Nación	CPPN
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	Comisión IDH
Concurrentes	Cctes.
Conforme	Cfme.
Constitución Nacional	CN
Constitución Provincial	Const. Pcial.
Convención Americana de Derechos Humanos	CADH
Córdoba	Cba.
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte IDH
Corte Suprema de Justicia de la Nación	
CSJN	
Declaración Americana de los Derechos del Hombre	DADH
Declaración Universal de los Derechos del Hombre	DUDH
Editorial	Ed.
Fojas	Fs.
Ibídem	Ibíd.
Inciso	Inc.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCP
Párrafo	Párr.
Procuración General de la Nación	PGN

Provincia	Prov.
Sentencia	Sent.
Subsiguiente	Ss
Verbigracia	Vgr.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Arocena Gustavo A. - Balcarce Ignacio F. - Cesano José D. -Prueba en materia penal- Edit. Astrea, Bs. As., año 2016
- Ayán Manuel N. -Recursos en materia penal- Edit. Lerner, Córdoba, año 2002.
- Bacigalupo Enrique -El debido proceso penal- Edit. Hammurabi, Bs. As., año 2007.
- Balcarce Fabián I. -Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal-. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba, año 2002.
- Balcarce Fabián I. -El ocaso de las presunciones iuris et de iure en materia de medidas cautelares privativas de la libertad ambulatoria del imputado y otras reflexiones en torno a esta materia-; en: Actualidad Jurídica de Córdoba. Nro. 46, julio de 2005.
- Balcarce Fabián I. -Medidas limitativas de la libertad individual en el proceso penal- Edit. Mediterránea, Córdoba, año 2006.
- Bernardini Pablo A. - Crespo Albaro -Criterio jurisprudenciales del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sobre peligrosidad procesal en la prisión preventiva- Boletín Judicial Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

- Bovino Alberto -Temas de derecho procesal penal guatemalteco-Edit. Fundación Mirna Mack, Guatemala, año 1996.
- Bovino Alberto -Contra la inocencia, en Justicia Penal y Derechos Humanos- Edit. Del Puerto, Bs. As., año 2004.
- Cafferata Nores José I. y otros -Manual de Derecho Procesal Penal- Edit. Ciencia Derecho y Sociedad, Córdoba, año 2003.
- Cafferata Nores José I. -Medidas de coerción en el proceso penal- Edit. Lerner, Córdoba, año 1983.
- Cafferata Nores José I. -Introducción al nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Ley n° 8123- Edit. Lerner, Córdoba, año 1992.
- Cafferata Nores José I. - Tarditti Aída -Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba- Edit. Mediterránea, Córdoba, año 2009.
- Cafferata Nores José I. - Frascaroli María Susana -La Entidad de la Amenaza Penal emanada del delito atribuido ¿justifica por sí sola la imposición del Encarcelamiento del imputado durante el proceso?-, en: Cafferata Nores José I. -Ejercicio Concreto del Poder Penal. Límites, abusos, desafíos – Edit. Mediterránea, Córdoba, año 2006.
- Cafferata Nores José I. -La Excarcelación- Edit. Lerner, Córdoba, año 1977
- Cafferata Nores José I. -Derecho Procesal Penal, consensos y nuevas ideas- Edit. Imprenta Congreso de la Nación, Bs. As., año 1998.
- Cafferata Nores José I. -La prueba en el proceso penal- Edit. Depalma, Bs. As., año 1998.
- Cafferata Nores José I. -Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) Edit. Depalma, Bs. As., año 1992
- Cafferata Nores José I. – Hairabedián Maximiliano -La prueba en el proceso penal- Edit. Lexis Nexis, Bs. As., año 2008.

- Cafferata Nores José I. – Gavier Tristán –Prisión preventiva. Caso Loyo Fraire- Edit. Mediterránea, Córdoba, año 2014.
- Cafferata Nores José I. –Proceso penal y Derechos Humanos- Edit. CELS, Bs. As., año 2011.
- Carrió Alejandro D. –Garantías Constitucionales en el proceso penal. Edit. Hammurabi, Bs. As., año 1991.
- Chiara Díaz Carlos -El proceso penal y la coerción personal- en: Excarcelación- Revista de Derecho Procesal Penal, Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, año 2004.
- Clariá Olmedo Jorge A. -Derecho Procesal Penal- Edit. Lerner, Córdoba, año 1984.
- Clariá Olmedo Jorge A. –La prueba de la verdad en los procedimientos penales- Edit. EDIAR, Bs. As., año 1945
- Clariá Olmedo Jorge A. –El proceso penal- Edit. Depalma, Bs. As., año 1985.
- Dei Vecchi Diego -Peligrosidad judicial y encarcelamiento cautelar-. Tesis doctoral inédita facilitada por el autor.
- Edwards Carlos Enrique -Garantías constitucionales en materia penal- Edit. Astrea, Bs. As., año 1996.
- Ferrer Beltrán Jordi –La valoración racional de la prueba- Edit. Marcial Pons, Madrid, año 2007.
- Ferrer Carlos Francisco -La Restricción de la libertad en la investigación fiscal preparatoria del nuevo código procesal penal (Ley 8123)- en: Foro de Córdoba. Año III, N° 11, año 1992.
- Framarino Dei Malatesta Nicola -Lógica de la prueba en materia criminal. Tomo I-Edit. Temis, Bogotá, año 1973.
- Hairabedián Maximiliano -El pronóstico de pena efectiva ¿siempre conduce a la prisión preventiva?- en: Semanario Jurídico. Nro. 1364, 25/10/01, Córdoba.
- Hassemer Winfried -Crítica al Derecho Penal de hoy- Edit. Universidad Externado de Colombia, año 1998.

- Jauchen Eduardo M. -Tratado de Prueba en Materia Penal- Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, año 2014.
- Jauchen Eduardo M. -Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomos I a III- Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, año 2013.
- Jauchen Eduardo M. -Derechos del imputado- Edit. Rubinzal Culzoni, Bs. As., año 2007.
- Maier Julio B. -Derecho Procesal Penal.Tomo III- Edit. Ad Hoc, Bs. As., año 2015.
- Maier Julio B. -Derecho procesal penal. Tomo I y II- Edit. Del Puerto, Bs. As., año 1999 y 2003.
- Morello Mario Augusto -Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso- Edit. Hammurabi, Bs. As., año 1987.
- Palacio de Caeiro Silvia -Competencia Federal. Edit. La Ley, Bs. As., año 1999.
- Palacio de Caeiro Silvia -Recurso extraordinario federal- Edit. Alveroni, Córdoba, año 1997.
- Pérez Barberá Gabriel -La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal-, en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Nro. 4-5; Edit. Ad-Hoc, Bs. As., año 1997.
- Pérez Lloveras Facundo -Doctrina Judicial de la Cámara de Acusación de Córdoba- Edit. Alveroni, Córdoba, año 2014
- Rizzardi Jesús Alberto J. -Medidas cautelares en el proceso penal. Prisión Preventiva: ¿Condena o Medida Cautelar?-, en: Revista Derecho Penal. T. 9., Edit. Juris, Sta. Fe, año 2003.
- Sarrabayrouse Carlos Eugenio -La inaplicabilidad de las presunciones en materia de prisión preventiva-, en: XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Libro de ponencias, Mar del Plata, 2007.
- Sergi Natalia -Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo-, en: Estudios sobre justicia penal – Homenaje a Julio B. Maier- Edit. Del Puerto, año 2007.

Solimine Marcelo -Tratado sobre las causales de excarcelación y prisión preventiva- en: Código Procesal Penal de la Nación- Edit. Ad-Hoc, Bs. As., año 2003.

Taruffo Michele -La prueba de los hechos- Edit. Trotta, Madrid, año 2009.

Vázquez Rossi Jorge -El proceso penal- Edit. Universidad, Bs. As., año 1986.

VanNostrand Marie - Keebler Gena -Petrial Risk Assessment in the Federal Court-, en Federal Probation. N° 73, año 2009.

Vélez Mariconde Alfredo -Derecho Procesal penal. Tomos I a III- Edit. Lerner, Córdoba, año 1969.

Vélez Mariconde Alfredo -Estudios de Derecho Procesal Penal. Tomo I y II- Edit. Imprenta de la UNC.- Córdoba, año 1956.

Legislación

Código Procesal Penal de Brasil.

Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba de 1939.

Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba -Ley 10366-.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la provincia de Córdoba.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

TUTELAS ESPECIAIS E DIFERENCIADAS

A ABRANGÊNCIA OBJETIVA E SUBJETIVA DA MEDIÇÃO

Leonardo Carneiro da Cunha¹

Trícia Navarro Xavier Cabral²

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro tem passado por relevantes mutações ideológicas, políticas, jurídicas, econômicas e sociais, o que, por sua vez, vem refletindo na evolução legislativa de diversos temas.

Não obstante, as tradicionais formas administração a justiça e de tratamento os conflitos também precisaram de reavaliação, pois o sistema judiciário já não mais comportava as dificuldades quantitativas e qualitativas que o modelo de jurisdição estatal apresentava.

Nesse contexto, a conciliação, a mediação e outras formas legítimas de solução de conflitos passaram a ganhar destaque, o que resultou em diversas iniciativas legislativas que garantiram a adequada introdução de técnicas autocompositivas no Brasil.

¹ Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa.

Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado e consultor jurídico. Presidente da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo

² Pós-Doutoranda em Processo Civil pela USP. Doutora em Direito Processual pela UERJ. Mestre em Direito Processual pela UFES. Juíza Estadual no Espírito Santo. Membro da Comissão Acadêmica do FONAMEC. Membro do IBDP. Professora do PPGDIR da UFES.

Na realidade, o instituto da conciliação está presente desde a época do Brasil Império³, cuja atribuição competia aos juízes de paz, nos termos dos arts. 161 e 162⁴ da Constituição Imperial outorgada em 1824⁵.

O CPC/1939 só abordava a ideia de autocomposição entre as partes no tratamento do desquite por mútuo consentimento, utilizando a terminologia “reconciliação”. Já o CPC/1973, embora disciplinasse a possibilidade de conciliação em alguns dispositivos, não foi uma relevante fonte de transformação social pelo uso de métodos autocompositivos.

Outro importante momento de disseminação da conciliação no Brasil foi quando da criação dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), em que previu uma audiência obrigatória de conciliação no início do procedimento, possibilitando um contato rápido e informal entre as partes, o que constantemente propiciava o alcance do acordo.

De qualquer modo, enquanto a conciliação era tratada pelo legislador, pela doutrina e também era de alguma forma aplicada na prática forense como um instrumento de pacificação social, a mediação – técnica utilizada prioritariamente quando há vínculo anterior entre as partes e uma necessidade maior de se reestabelecer a comunicação entre elas - só começou a ganhar alguma atenção dos juristas nacionais na década de 90, e ainda com aplicação restrita basicamente ao campo privado.

³ Sobre esse aspecto histórico da conciliação, cf.: CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sias. *A conciliação no Brasil e a importância dos juízes leigos para o seu desenvolvimento*. Disponível em: file:///D:/SW_Users/PJES/Downloads/18025-50580-1-PB.pdf. Acesso em: 12.07.2018.

⁴ 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 juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

⁵ Cf.: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

Porém, a influência dos sistemas estrangeiros foi fundamental para que a mediação ganhasse adeptos no Brasil, já que o incremento do uso de métodos não adversariais de resolução de conflitos⁶ seguia uma forte tendência mundial⁷, o que, inclusive, fez com que a matéria fosse legalmente introduzida em diversos ordenamentos jurídicos como na Argentina⁸, no Uruguai, no Japão⁹, na Austrália, na Itália¹⁰, na Espanha, na França¹¹, entre outros, tendo sido objeto, ainda, da Diretiva n.º. 52, de 21 de maio de 2008, emitida pelo Conselho da União Europeia.

Nesse contexto, a mediação abriu novas possibilidades para a adequada resolução dos conflitos sociais, permitindo não só o encerramento das controvérsias, mas também o restabelecimento de relações interpessoais.

No Brasil, a primeira proposta de regulamentação da mediação no Brasil surgiu com o Projeto de Lei n.º 4.827/1998, apresentado à Câmara dos Deputados pela Deputada Federal Zulaiê Cobra, objetivando institucionalizá-la como método de prevenção e solução

⁶ ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 9). Salvador: JusPODIVM, 2017.

⁷ Nos Estados Unidos, o assunto é tratado por: MOORE, Christopher W. *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003. Ver ainda: CHASE, Oscar G. I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D'America. In: VARANO, Vincenzo (Org.). *L'altragiustizia: il metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 129-156, 2007.

⁸ Cf.: ABREVAYA, Sergio Fernando. *Mediação prejudicial*. 1ª ed. Buenos Aires: Historica Emilio J. Perrot, 2008. (Colección Visión Compartida).

⁹ Sobre o tema: TANIGUCHI, Yasuhei. How much does japonese civil procedure belong to the civil law and to the common law. In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet. *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, p. 111-224, 2010, p. 210-211.

¹⁰ Ver: TROCKER, Nicolò. Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza dela Corte costituzionale. *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 439-487, 2006.

¹¹ FERRAND, Frédérique. *La conception du procès civil hors de France. De la commémoration d'um code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis SA, 2006.

consensual de conflitos. No entanto, este Projeto não evoluiu até a sua aprovação final.

No Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça, atento à necessidade de implementação de mecanismos adequados de solução de conflitos como forma de melhorar a justiça brasileira, editou a Resolução nº 125/10, que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

A sedimentação da mediação para a solução adequada de disputas atingiu seu ápice legislativo em 2015, quando foram promulgadas a Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil) e a Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação). A regulamentação legal do instituto consagrou o que a doutrina e a prática forenses já tentavam de forma persistente implementar em nossa cultura jurídica.

As duas legislações tramitaram de modo paralelo, quase simultaneamente, objetivando compatibilizar ao máximo os textos. E ainda assim, em alguns aspectos, foram utilizados critérios distintos para regulamentar o assunto, o que, em certos casos, chegou a indicar aparentes conflitos normativos.

Por fim, interessante observar que outros projetos legislativos estão tratando dos meios adequados de resolução de disputas, revelando que institutos como a mediação vêm efetivamente se solidificando em nossa sociedade.

Tramita no Senado a Proposta de Emenda à Constituição nº 108, de 2015, que acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental, nos seguintes termos: “Inclui entre os direitos e deveres individuais e coletivos o estímulo pelo Estado à adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos.”¹²

¹² Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122592>. Acesso em 12.03.2018.

Há também o Projeto de Lei 8058/2014, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira, que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Nele consta um capítulo específico sobre “os meios alternativos de solução de controvérsias”, e inclui a mediação como uma das formas de autocomposição naqueles tipos de conflito.¹³

Por fim, registre-se que, dessas fontes legislativas, surgem outros atos normativos ou orientadores, de cunho administrativo, que regulamentam o tratamento do uso da mediação perante entes públicos e privados.

Assim, com a consagração definitiva da mediação no Brasil, pretende-se com o presente estudo analisar os principais aspectos legais e procedimentais que envolvem a abrangência objetiva e subjetiva da mediação, tendo como principal referência disposto no art. 3º, da Lei nº 13.140/15, sem prejuízo da análise de outras referências legais que tratam da matéria, especialmente as inseridas no Código de Processo Civil.

O intento, portanto, é avaliar as possibilidades e também os limites do uso da mediação como método adequado de resolução de conflitos, a fim de que fomentar as discussões em torno da temática.

A MEDIAÇÃO NO CPC E NA LEI DE MEDIAÇÃO

A mediação ganhou alguns contornos distintos na Lei Processual e na Lei de Mediação, a iniciar pelo critério utilizado para a sua caracterização. Enquanto esta última¹⁴ preferiu conceituar o tema,

¹³ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A01243073F833F56BE4E26EA27FA52F7.proposicoesWebExterno2?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014. Acesso em 12.03.2018.

¹⁴ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

estabelecendo como parâmetro a figura do mediador, aquela¹⁵ optou por não criar uma conceituação, enaltecendo a existência de vínculo anterior entre as partes para fins de aplicação do instituto.

A referência indicada pelo legislador processual - vínculo anterior entre as partes - para priorizar o uso da mediação se justifica para fazer uma contraposição com a conciliação, cuja aplicação se dará, preferencialmente, quando não houver vínculo prévio entre os litigantes.

De qualquer forma, nas duas fontes legislativas, a mediação tem como finalidade a compreensão e a solução consensual de questões e de interesses em conflito.

Ainda na perspectiva comparativa do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, situação que merece destaque envolve a abrangência objetiva da mediação, ou seja, as situações conflituosas que comportam o uso da mediação para a sua solução.

No Código de Processo Civil o tema está disciplinado no art. 165, se referindo de forma genérica a questões e interesses em conflito. Extrai-se, ainda, do art. 174, que o objeto da mediação pode envolver conflitos no âmbito administrativo, prevendo que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios criarão câmaras de mediação

Parágrafo único. *Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.*

¹⁵ Art. 165. 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.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 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 restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

e conciliação para a resolução de conflitos, exemplificando em três incisos as hipóteses de cabimento.

Já na Lei de Mediação, a identificação do objeto da mediação está tratada no art. 3º¹⁶, que pode ser: a) direitos disponíveis; e b) direitos indisponíveis que admitam transação. Interessante registrar que na fase de tramitação legislativa, houve oscilação quanto ao a amplitude do uso da mediação, sendo que no PL 7.169/2014, versão da Câmara dos Deputados, chegou-se a excluir expressamente alguns assuntos, como a interdição, o poder familiar e as relações de trabalho.¹⁷

Assim, tanto a Lei de Mediação quanto o Código de Processo Civil tratam da utilização da mediação e da conciliação em conflitos envolvendo a Administração Pública. Sem dúvida essa previsão legal representa uma quebra de paradigmas envolvendo a possibilidade de disputas que envolvam interesse público também poderem ser resolvidas mediante acordo, com benefícios para todos os envolvidos.

A questão, que sempre foi alvo de intensos debates na doutrina, começa a ter uma interpretação mais contemporânea, levando em consideração o grau de interesse público envolvido e permitindo que controvérsias transacionáveis, ainda que referentes a direitos indisponíveis, sejam passíveis de autocomposição, sepultando de forma correta restrições injustificáveis e sem efetividade.

Na Lei de Mediação a matéria é tratada nos artigos 32 a 40, com um grau de detalhamento bem mais completo, o que confere a segurança jurídica necessária para a aplicação do instituto. Ela aborda

¹⁶ Art. 3º. Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º. A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º. O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

¹⁷ Art. 3º [...] §3º. Salvo em relação aos aspectos patrimoniais ou às questões que admitam transação, não se submete à mediação o conflito em que se discuta: I – filiação, adoção, poder familiar ou invalidade de patrimônio; II – interdição; III – recuperação judicial ou falência; IV – relações de trabalho.

a necessidade de criação de órgãos específicos para a mediação, as hipóteses de cabimento, os efeitos processuais, a possibilidade de mediação coletiva, aspectos procedimentais.

Não obstante, a Lei de Mediação regulamenta a transação por adesão nos conflitos entre a Administração Pública, suas autarquias e fundações, disciplinando, inclusive, questões tributárias e de responsabilização de servidores e empregados que participem da composição extrajudicial.

Registre-se, por sua vez, que as diferentes peculiaridades existentes entre os acordos firmados no âmbito privado e no público devem ser consideradas, especialmente no que diz respeito a aspectos que limitam a atuação da Administração Pública, identificados em três princípios: legalidade (ou da juridicidade), isonomia e publicidade.

FALTA DE UNIFORMIDADE DE LINGUAGEM NA LEGISLAÇÃO

O Código de Processo Civil estimula a adoção, quando cabível, de meios consensuais de solução de disputas. E o faz sem qualquer distinção. Nesse ponto, não adota mais a dicotomia *direito disponível x direito indisponível*; refere-se simplesmente à autocomposição, a meios consensuais, a direitos que admitem autocomposição.

E assim o faz, porque a indisponibilidade não impede a autocomposição. O direito de família, o direito de trabalho, o direito do consumidor, entre outros, são indisponíveis, mas admitem autocomposição. O direito da Fazenda Pública é indisponível, mas também admite autocomposição, sendo, aliás, arbitrável: é possível, como visto, arbitragem com o Poder Público, justamente porque o direito é patrimonial e passível de ser objeto de uma autocomposição.

Há, na realidade, graus de indisponibilidade do direito. A circunstância de o direito ser indisponível não impede que

haja autocomposição. É possível, a depender do grau de (in) disponibilidade, que se promova a autocomposição, dando solução à disputa envolvendo aquele direito que é indisponível. Suas repercussões financeiras podem ser negociadas, transacionadas, sendo, enfim, objeto de uma autocomposição.

A Lei nº 13.140, de 2015, usa a expressão “direito indisponível”. Questiona-se o uso da expressão, que pode causar dificuldades de compreensão ou estorvar a prática da autocomposição, servindo como desestímulo à sua obtenção. Se o direito é “indisponível”, mas é “transacionável”, não é tão “indisponível” assim... a expressão poderia ter sido evitada, mas, como foi utilizada, é preciso esclarecer que a mediação é possível quando se permite a solução consensual, mediante autocomposição entre as partes envolvidas.

A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO PÚBLICO E PRIVADO

A Lei nº 13.140, de 2015, disciplina a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Quando se trata de Administração Pública, as disposições normativas não utilizam a expressão mediação, justamente porque não há previsão de mediação no âmbito da Administração Pública. Realmente, o seu art. 32 prevê a criação de câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos, confirmando o disposto no art. 174 do CPC. Por sua vez, o seu art. 35 dispõe sobre transação por adesão, que não é uma mediação: a Administração elabora e disponibiliza um termo de transação para que, quem tiver interesse, a ele adira, celebrando-se, assim, a autocomposição entre a Administração Pública e o particular.

No âmbito tributário, são tantas as restrições previstas no art. 38 da Lei nº 13.140, de 2015, que se pode dizer não ser possível a autocomposição, a não ser em casos de parcelamento previsto em lei ou

em hipóteses de transação por adesão. Nesses casos, a Administração Pública cede muito pouco, sendo, até mesmo, questionável se há uma transação, pois esta se caracteriza quando há “concessões mútuas”.

Deixe-se assente que a mediação é regida, entre outros, pelo princípio da autonomia da vontade. Quer isso dizer que as partes podem autocompor-se sobre todo o objeto da disputa ou sobre parte dele. Também é possível que se inclua, na autocomposição, matéria estranha à disputa.

Todo direito que possa ser negociado, acordado, transacionado pode ser objeto de mediação. A mediação é uma técnica que intermedia uma negociação, contribuindo para que se celebre uma autocomposição. Geralmente, diz-se que são negociáveis ou transacionáveis os direitos patrimoniais; deve haver patrimonialidade para que se possa ter autocomposição. No campo da arbitragem, fala-se em arbitrabilidade. O conceito de arbitrabilidade é, porém, mais restrito, pois há direitos que, embora patrimoniais e com margem para negociação ou transação, não se submetem à arbitragem, por expressa vedação legal.

Por força do disposto no art. 852 do Código Civil, entende-se que as questões de direito de família não se submetem à arbitragem. Conquanto não se permita arbitragem, é possível haver mediação. Aliás, as controvérsias de família são melhor e mais adequadamente solucionadas pela mediação, cuja adoção é recomendável e se afigura como a medida ideal.

AUTOCOMPOSIÇÃO JUDICIAL E AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRA-JUDICIAL

A autocomposição pode ser extrajudicial ou judicial. É possível que as partes cheguem a um consenso sem que haja ainda um processo judicial ou arbitral em curso ou durante a tramitação de um processo.

Seja como for, a autocomposição pode realizar-se espontaneamente ou de forma conduzida, pelas técnicas da mediação ou da conciliação (CPC, arts. 139, V, e 165). Obtida a autocomposição no processo judicial, há resolução do mérito, cabendo ao juiz apenas homologá-la (CPC, art. 487, III, *b*). A autocomposição pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que o juiz deve homologá-la (CPC, art. 354, parágrafo único), prosseguindo o processo quanto à outra parcela. Estando a causa no tribunal, a autocomposição pode ser homologada por decisão do relator (CPC, art. 932, I) ou, até mesmo, por acórdão do tribunal.

A sentença homologatória da transação (CPC, art. 487, III, *b*), a decisão do relator que homologa a transação (CPC, art. 932, I) e a decisão que homologa transação de parcela do processo (CPC, art. 354, parágrafo único) são de mérito, constituindo títulos executivos judiciais, a lastrearem um cumprimento da sentença, em caso de inadimplemento.

A autocomposição pode ser unilateral ou bilateral. O art. 487, III, do CPC refere-se à sentença homologatória de autocomposição unilateral (reconhecimento da procedência do pedido e renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação) e, igualmente, à sentença homologatória de autocomposição bilateral (transação). Qualquer uma delas é título executivo judicial.

Para que haja autocomposição bilateral, ou transação, é preciso que se verifiquem concessões mútuas. Vale dizer que descaracteriza a transação a abdicação, a renúncia unilateral ou a concessão feita por apenas uma das partes. Cumpre, não custa repetir, que se configurem *concessões mútuas*, ou seja, cada uma das partes deve ceder em alguma medida para que se caracterize a transação.

A transação pode destinar-se a *prevenir* um litígio, tratando-se de um conflito que não tenha ainda sido submetido à apreciação judicial. Caso, entretanto, já exista processo em curso, a cessação da resistência

poderá operar-se *endoprocessualmente*, mediante a formalização de *transação judicial*. Nessa hipótese, haverá resolução do mérito, a ser concretizada por meio de uma sentença homologatória (CPC, art. 487, III), porquanto o juiz nada decide; são as próprias partes que põem cobro ao litígio.

Já se viu que a transação pode ocorrer com o processo em curso ou antes da propositura da demanda; na primeira hipótese, haverá transação judicial e, na segunda, extrajudicial. Ao tratar da matéria, o Código Civil assim dispõe no seu art. 842: “A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz.”

Significa que a transação judicial deve ser feita por escritura pública ou por termo nos autos. A expressão *termo nos autos* equivale a *registro escrito nos autos do processo*. Desse modo, a transação poderá ser feita por instrumento particular subscrito pelas partes e submetido ao crivo do juiz para que este a homologue, tendo o mesmo efeito de transação feita perante o cartório ou em audiência, na presença do juiz, que ali mesmo procede à imediata homologação. Elaborar a transação e depois submetê-la ao juiz para homologação é o mesmo que realizá-la em cartório ou na presença do magistrado. O importante, como expressa o aludido art. 842 do Código Civil, é que a transação seja subscrita pelas *partes* e homologada pelo *juiz*, tendo o mesmo valor que uma escritura pública, salvo no tocante à natureza do título executivo que irá desencadear: sendo transação homologada pelo juiz, passará a ser título executivo judicial (CPC, art. 487, III), enquanto a escritura pública ostenta a feição de título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, II). A diferença está em que, sendo a execução fundada em título judicial, deve ser adotado o procedimento do cumprimento de sentença, cabendo ao executado defender-se por uma impugnação,

que somente poderá versar sobre as matérias constantes do § 1º do art. 525 do CPC.

A autocomposição judicial pode versar sobre matéria estranha ao objeto do processo, envolvendo um terceiro, ou seja, um sujeito estranho ao processo, que não seja autor, nem réu, nem interveniente (CPC, art. 515, § 2º). Para que possa ser homologada uma autocomposição que verse sobre relação jurídica diversa daquela deduzida no processo e envolva um terceiro, é preciso que o juízo seja competente para examinar tal relação jurídica. Imagine-se, por exemplo, uma demanda proposta por “A” em face de “B” perante a Justiça Estadual. Obtida a autocomposição, esta envolve uma relação jurídica estranha da qual faça parte a União ou o INSS. Nesse caso, não será possível homologar a autocomposição relativamente à relação jurídica que envolve o ente federal, pois a Justiça Estadual não dispõe de competência absoluta para examiná-la. Isso porque será necessária a intervenção do sujeito no processo, para que seja proferida a sentença homologatória – que, como foi dito, trata-se de uma verdadeira decisão *de mérito* – e, portanto, não havendo competência para decidir a relação, não se pode decidir sobre ela, ainda que para homologar o acordo ou, muito menos, homologar o negócio sem a participação do sujeito, já que sua vontade é essencial para a própria existência da transação. Não é possível proferir decisão, ainda que homologatória, sem a participação do sujeito no processo, notadamente decisão que influi em sua esfera jurídica – tanto chancelando as obrigações com as quais pactuou como garantindo o procedimento de cumprimento de sentença como meio para a execução forçada, o que restringe as matérias suscetíveis em defesa.

Havendo competência, o juiz poderá homologar a autocomposição judicial. A decisão homologatória será de mérito, mesmo em relação à parte estranha ao objeto do processo, que não estava posta em discussão, constituindo título executivo judicial.

É possível haver a autocomposição mesmo quando a questão já tenha sido resolvida por sentença de mérito transitada em julgado. Caso os interessados tenham ciência da sentença transitada em julgado e, ainda assim, resolvam celebrar a transação, esta é válida, podendo, inclusive, ser obstada a execução do julgado, mediante o ajuizamento de impugnação (CPC, art. 525, § 1º, VII; CPC, art. 535, VI). Não é necessária a homologação da autocomposição celebrada após a coisa julgada; a transação superveniente deve simplesmente ser observada, podendo, como dito, obstar a execução do julgado. Será, porém, nula a transação, na hipótese de um dos transatores não saber da existência da coisa julgada ou caso se apure, por título posteriormente descoberto, que nenhum dos transatores tinha direito sobre o seu objeto (CC, art. 850).

Muito embora não seja *necessária* a homologação de autocomposição após o trânsito em julgado da sentença de mérito, ela é *possível*. Com efeito, e salvo disposição em contrário, a transação acarreta a extinção da obrigação certificada em sentença, substituindo-a pela estipulada no negócio. Assim, a obrigação constante da sentença não é a mesma que a da transação. A transação assinada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal é título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, IV) e produz efeitos imediatamente. Nada obstante, pode interessar ao credor o rito diferenciado da execução de título judicial, notadamente o limite cognitivo mais rígido da impugnação à execução, pelo que é plenamente possível a homologação de acordo judicial, mesmo que sobre o tema objeto da declaração judicial. Esse tipo de acordo é possível e válido, e cabe ao juiz, respeitando a autonomia das partes e presentes seus pressupostos e requisitos, especialmente a devida informação dos sujeitos acordantes, homologar a transação.

São títulos executivos judiciais não somente a decisão que homologa a autocomposição judicial, mas também a que homologa a autocomposição extrajudicial. É possível que qualquer acordo, transação, contrato, negócio jurídico, enfim, possa ser levado ao juízo absolutamente competente para ser homologado, constituindo-se, assim, título executivo judicial. A homologação deve realizar-se em procedimento de jurisdição voluntária, instaurado por ambos interessados, no qual o juiz examinará o preenchimento dos pressupostos e requisitos para a celebração do negócio jurídico (CPC, art. 725, VIII).

As partes também podem requerer a homologação de autocomposição extrajudicial diretamente ao CEJUSC¹⁸,

¹⁸ RECURSO ESPECIAL - DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS E GUARDA DE FILHOS - ACORDO EXTRAJUDICIAL HOMOLOGADO PELO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA (CEJUSC) - ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR PREVENÇÃO SUSCITADA PELO MP ESTADUAL - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES - ATO QUE PASSADOS TRÊS ANOS, COMO RESSALTOU O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, NÃO GEROU QUALQUER NOVA CONTROVÉRSIA ENTRE OS GENITORES - INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - PRECEDENTES DO STJ - RESOLUÇÃO CNJ Nº 125/2010 - INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS.

Hipótese dos autos: inobstante a existência de prévia ação de alimentos junto ao Juízo da 1.^a Vara de Família da Comarca de Rio Branco/AC, decidida por sentença homologatória de acordo, os recorridos, conjunta e espontaneamente, procuraram os serviços do CEJUSC e, ao final da realização de audiência de conciliação, registrada às fls. 07 (e-STJ), retificaram os termos de guarda e de prestação de alimentos do filho, tendo sido homologada a convenção extrajudicial pelo Juízo Coordenador do CEJUSC (fl. 12, e-STJ), nos termos do art. 9º da Resolução CNJ n.º 125/2010.

1. A decisão recorrida foi publicada antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo 2/2016 do Plenário do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 849.405/MG).

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, à luz do princípio constitucional da prestação jurisdicional justa e tempestiva (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/1988), que, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC/1973), somente se reconhece eventual nulidade de atos processuais caso haja a demonstração efetiva de prejuízo pelas partes envolvidas. Precedentes do STJ.

3. É inadiável a mudança de mentalidade por parte da nossa sociedade, quanto à busca da sentença judicial, como única forma de se resolver controvérsias, uma vez que a Resolução CNJ n.º 125/2010 deflagrou uma política pública nacional a ser seguida por todos os juízes e tribunais da

independentemente de realização de sessões de mediação naquele órgão¹⁹. Trata-se de viabilidade ainda não explorada na prática forense, muito em função do desconhecimento das partes e dos profissionais do direito. São várias as vantagens: celeridade na homologação, ausência de custas²⁰ e possibilidade de envolver acordo de qualquer natureza ou valor, como já ocorre no âmbito dos Juizados Especiais, por força do art. 57, da Lei nº 9.099/95. O acordo é homologado pelo Juiz Coordenador e constitui título executivo judicial²¹, nos termos do art. 20, da Lei de Mediação. Interessante situação concreta ocorreu no Espírito Santo, em que havia pendente ação revisional de alimentos e guarda de menor, e, ao

federação, confirmada pelo atual Código de Processo Civil, consistente na promoção e efetivação dos meios mais adequados de resolução de litígios, dentre eles a conciliação, por representar a solução mais adequada aos conflitos de interesses, em razão da participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça sobejamente os seus anseios.

4. A providência de buscar a composição da lide quando o conflito já foi transformado em demanda judicial, além de facultada às partes, está entre os deveres dos magistrados, sendo possível conclarar os interessados para esse fim a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 125, inc. IV, do Código de Processo Civil de 1973 (“o juiz dirigirá o processo, competindo-lhe tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”).

5. O papel desempenhado pelo juiz-coordenador do CEJUSC tão-somente favoreceu a materialização do direito dos pais de decidirem, em comum acordo, sobre a guarda de seus filhos e a necessidade ou não do pagamento de pensão, razão pela qual, passado mais de três anos da homologação da convenção extrajudicial entre os genitores no âmbito do CEJUSC, sem a notícia nos autos de qualquer problema dela decorrente, revela-se inapropriada a cogitação de nulidade do ato conciliatório em face de eventual reconhecimento de desrespeito à prevenção pelo juízo de família.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1531131/AC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 15/12/2017).

¹⁹ **FONAMEC - ENUNCIADO nº 50** – É possível a homologação pelo Juiz Coordenador do CEJUSC de acordos celebrados extrajudicialmente.

²⁰ **FONAMEC - ENUNCIADO nº 19** – Os conflitos do setor pré-processual dos CEJUSCs não estão sujeitos ao pagamento de custas processuais e nem a limite de valor da causa, salvo disposição em contrário existente na legislação local, quanto à cobrança de custas. (*Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016*).

²¹ **FONAMEC - ENUNCIADO nº 29** - Os acordos homologados no setor pré-processual do CEJUSC constituem títulos executivos judiciais e poderão ser executados nos juízos competentes, mediante distribuição. (*Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016*).

formularem acordo, as partes inseriram cláusula sobre a partilha de bens não ocorrida à época do divórcio. O Ministério Público e o Juiz de família se recusaram a homologar a referida cláusula ante a incompetência do juízo, e este item do acordo foi levado para homologação no CEJUSC, constituindo em título executivo extrajudicial, o qual, em caso de eventual descumprimento, será remetido ao juízo cível para a regular tramitação do cumprimento de sentença.

A autocomposição extrajudicial pode ser título executivo extrajudicial, na forma do art. 784 do CPC e do art. 20, da Lei nº 13.140/2015, cuja defesa do executado pode ser ampla (CPC, art. 917, VI); a homologação judicial de tal autocomposição extrajudicial tem, portanto, a utilidade de restringir a matéria de defesa do executado aos limites do § 1º do art. 525 do CPC. Vale dizer que o credor, dispondo de um negócio jurídico que se encaixe num dos tipos capitulados no art. 784 do CPC, pode propor execução fundada em título executivo extrajudicial na eventualidade de descumprimento por parte do devedor (CPC, arts. 824 e seguintes). Se, mesmo dispondo do título extrajudicial, o credor pretender transmudá-lo em título judicial, bastará, em conjunto com o devedor, requerer, mediante simples petição, ao juiz que homologue tal negócio, num procedimento de jurisdição voluntária. Um título extrajudicial é, assim, transformado em título judicial, permitindo, em caso de eventual descumprimento, que seja promovida uma execução, cujo procedimento será o do cumprimento da sentença (CPC, arts. 523 e seguintes).

Há, portanto, uma diferença no tratamento normativo do negócio jurídico. A execução de título *judicial* não permite qualquer discussão; a cognição é limitada, exatamente porque se trata de uma execução de sentença (somente podem ser alegadas as matérias constantes do § 1º do art. 525, todas elas relativas a fatos posteriores ao negócio jurídico). A execução de título *extrajudicial* permite ao executado a alegação de qualquer matéria de defesa, sem limitação alguma (CPC, art. 917). A

diferença tem fundamento na coisa julgada, que é atributo das decisões judiciais, mesmo as homologatórias.

HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL

O § 2º do art. 3º da Lei nº 13.140, de 2015, estabelece que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo. A homologação, quando exigida, consiste em condição de eficácia do ato jurídico. Se a lei impõe a homologação judicial, o negócio jurídico existe, é válido, mas só produz efeitos com a homologação.

Nas hipóteses previstas em tal dispositivo, o negócio só produz efeitos depois de homologado. A homologação, nesses casos, é uma condição legal de eficácia do negócio.

O dispositivo refere-se a *consenso*, mas se deve considerar que o consenso ali previsto é *consenso com processo judicial pendente*. Só faz sentido exigir a homologação judicial, se houver processo pendente. Levar a autocomposição à homologação judicial é, aliás, um direito da parte. A não ser assim, todos os acordos orais, os milhões de acordos orais que são celebrados diariamente em todo o Brasil entre pais e filhos sobre questões de alimentos, por exemplo, teriam de ser levados a homologação de um juiz. Admitir essa interpretação seria extrapolar os limites mínimos do razoável.

O dispositivo, não custa repetir, refere-se a *consenso*, não prevendo especificamente a necessidade de ter havido uma mediação. Embora se trate de lei que regule a mediação, a referência, feita na disposição normativa ora comentada, é geral, alcançando qualquer consenso ou autocomposição, independentemente de mediação. O que decorre do enunciado normativo é que, havendo um processo judicial em curso, relativo a direito indisponível, e existindo, entre as

partes, um consenso ou elas tendo chegado a uma autocomposição, tal consenso ou autocomposição há de se submeter a uma homologação judicial. É disso que trata o dispositivo.

A homologação judicial é necessária para que o processo judicial em curso seja extinto. A homologação também serve, como já se viu no item anterior, para que se confira ao negócio jurídico celebrado entre as partes o cariz de título executivo judicial.

O dispositivo sob comentário não pode ser interpretado isoladamente. É preciso que se lhe confira uma interpretação sistêmica. Não é razoável considerar que todo e qualquer negócio jurídico que envolva direito indisponível deva ser homologado judicialmente. Isso contraria a própria ideia de valorização da autonomia da vontade, eliminando o empoderamento que se concede às partes que solucionarem, elas mesmas, seus problemas.

Apenas nos casos em que haja processo judicial pendente é que se deve submeter o consenso a homologação. No caso de um consenso extrajudicial, obtido ou não por mediação, não é necessária homologação judicial. Não havendo processo judicial em curso que envolva as partes sobre aquele direito indisponível, o negócio jurídico celebrado entre elas produzirá efeitos imediatos, independentemente de homologação.

INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O § 2º do art. 3º da Lei nº 13.140, de 2015, dispõe que “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis” exige “a oitiva do Ministério Público”.

É preciso compatibilizar o dispositivo com o ordenamento jurídico, interpretando-o conforme as disposições constitucionais que tratam das funções do Ministério Público. O perfil constitucional

do Ministério Público, reconstruído em 1988, impunha a revisão de sua participação no processo civil – como, aliás, já se defendia doutrinariamente há muitos anos²². Exatamente por isso, o Código de

²² Toda essa discussão doutrinária resultou na Recomendação n. 16/2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, que consolida a opinião em torno do tema. O art. 732 do CPC-1973, referido no texto da recomendação, corresponde aos arts. 528 e segs., CPC-2015. Eis o texto da Recomendação:

RECOMENDAÇÃO nº 16, de 28 de abril de 2010. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, e pelo artigo 31, inciso VIII, do seu Regimento Interno; CONSIDERANDO a decisão unânime do Colegiado proferida na Sessão do dia 28 de abril de 2010 no procedimento nº 0.00.000.000935/2007-71; CONSIDERANDO a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis; CONSIDERANDO a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente; CONSIDERANDO a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente; CONSIDERANDO a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; CONSIDERANDO a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLVE, respeitada a independência funcional dos membros da Instituição, expedir a seguinte RECOMENDAÇÃO, sem caráter vinculativo: Art. 1º. Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro do Ministério Público, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos. Art. 2º. Em se tratando de recurso interposto pelas partes nas situações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, resguarda-se ao agente ministerial de primeiro grau a manifestação sobre a admissibilidade recursal. Parágrafo único. Será imperativa, contudo, a manifestação do membro do Ministério Público a respeito de preliminares ao julgamento pela superior instância eventualmente suscitadas nas razões ou contrarrazões de recurso, bem assim acerca de questões novas porventura ali deduzidas. Art. 3º. É desnecessária a atuação de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição, podendo oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação em segundo grau. (Alterado pela Recomendação nº 19, de 18 de maio de 2011). Art. 4º. O membro do Ministério Público pode ingressar em qualquer causa na qual reconheça motivo para sua intervenção. Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: I - Intervenção

Processo Civil contém regras que, comparadas às do CPC revogado, foram redesenhadas, entre as quais se destaca a que prevê os casos em

do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in articulo mortis* – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil; III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz; IV - Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz; V - Ação ordinária de partilha de bens; VI - Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes; VII - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; VIII - Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes; IX - Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes; X - Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho; XI - Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001; XII - Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido; XIII - Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista; XIV - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial; XV - Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa; XVI - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93); XVII - Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes; XVIII - Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada; XIX - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção; XX - Em ação civil pública proposta por membro do Ministério Público, podendo, se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau; (Alterado pela Recomendação nº 19, de 18 de maio de 2011). XXI - Assistência à rescisão de contrato de trabalho; (Revogado pela Recomendação nº 22, de 17 de setembro de 2013) XXII - Intervenção em mandado de segurança. Art. 6º. Recomenda-se, ainda, que as unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia, disciplinem a matéria da intervenção cível, também por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou vinculativo, nos termos acima referidos. Art. 7º. Recomenda-se que as unidades do Ministério Público, no âmbito de sua autonomia, priorizem o planejamento das questões institucionais, destacando as que, realmente, tenham repercussão social, devendo, para alcançar a efetividade de suas ações, redefinir as atribuições através de ato administrativo, ouvidos os Órgãos Competentes, e, também, que repensem as funções exercidas pelos membros da Instituição, permitindo, com isto, que estes, eventualmente, deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude de suas atribuições, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade.

que é obrigatória a intimação do Ministério Público, para atuar como fiscal da ordem jurídica.

O CPC de 2015 fez uma evidente opção pela equalização constitucional da intervenção do Ministério Público no processo civil, racionalizando-a. Há um conjunto de regras nesse sentido; todas podem ser reconduzidas a uma mesma norma superior: a participação do Ministério Público no processo civil, como fiscal da ordem jurídica, somente se justifica nos casos em que há interesse público, social ou individual indisponível em discussão (CF, art. 127).

Com efeito, não se impõe mais a intervenção do Ministério Público em ações de estado, tal como fazia o CPC de 1973. Em ações de família, a intervenção do Ministério Público apenas se impõe se houver interesse de incapaz (CPC, art. 698). Além disso, deixou-se claro que a participação da Fazenda Pública em juízo não torna, só por isso, imperiosa a intimação do Ministério Público para atuar como fiscal da ordem jurídica (CPC, art. 178, parágrafo único). Na ação rescisória, a intimação obrigatória do Ministério Público apenas se justifica se a causa subsumir-se a uma das hipóteses gerais de intervenção (CPC, art. 967, parágrafo único). Ao tempo do CPC de 1973, prevalecia o entendimento de que a intervenção ministerial era obrigatória *em qualquer ação rescisória*, a despeito do silêncio normativo²³. No conflito de competência, a intimação obrigatória do Ministério Público também apenas se justifica se a causa subsumir-se a uma das hipóteses gerais de intervenção (CPC, art. 951, parágrafo único). No CPC de 1973, havia dispositivo que expressamente impunha a participação do Ministério Público em *todos* os conflitos de competência (CPC, art. 116, parágrafo único).

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 199-200; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 373-374; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 429. Em sentido diverso, com entendimento agora encampado pelo CPC-2015, ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade no processo civil*. São Paulo: RT, 2006.

Nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, a intimação do Ministério Público somente é indispensável nos casos que se encaixem em uma das hipóteses gerais do art. 178 do CPC (CPC, art. 721).

Tudo isso está a demonstrar que não basta que o direito seja indisponível para que o Ministério Público intervenha. O direito da Fazenda Pública é indisponível, mas a sua simples presença no processo não exige a intervenção do Ministério Público. O direito disputado em ações de família é indisponível, porém o Ministério Público apenas deve intervir se houver interesse de incapazes.

Significa, então, que o § 2º do art. 3º da Lei nº 13.140, de 2015, deve ser interpretado em combinação com o disposto no art. 178 do CPC e em conformidade com as disposições constitucionais relacionadas às funções do Ministério Público. Em outras palavras, o Ministério Público somente precisa intervir se a autocomposição for celebrada em processo que se enquadre numa das hipóteses previstas no art. 178 do CPC.

Cumprir observar, ademais, que o § 2º do art. 3º da Lei nº 13.140, de 2015, exige “*a oitiva*” do Ministério Público. A expressão “*oitiva*” dá a entender que seria necessária expressa manifestação do Ministério Público.

Muito embora a redação do dispositivo possa causar essa impressão, não é assim que se deve entender. Isso porque, em qualquer caso de intervenção obrigatória do Ministério Público, é suficiente sua intimação, não sendo necessária sua manifestação. Com efeito, o STF, ao julgar a ADIn 1.936-0, reafirmou seu entendimento segundo o qual a falta de manifestação do Ministério Público, nos casos em que deve intervir, não acarreta a nulidade do processo, desde que tenha havido sua regular intimação. De acordo com o STF, para se atender à exigência normativa de sua intervenção, basta a intimação do Ministério Público, sendo prescindível seu pronunciamento expresso.

O panorama do novo perfil da intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro permite que se chegue a uma conclusão: para manter a coerência do sistema, é preciso interpretar dispositivos que imponham a participação do Ministério Público nesse mesmo sentido: só deve intervir nos casos em que realmente haja essa necessidade e, ainda assim, é suficiente sua intimação, não sendo necessária sua efetiva e expressa manifestação.

É, ainda, de se registrar um detalhe: o § 2º do art. 3º da Lei nº 13.140, de 2015, somente se aplica para a mediação judicial. A autocomposição extrajudicial prescinde da intervenção do Ministério Público. O instrumento de autocomposição pode ser celebrado perante o Ministério Público, passando a ostentar a natureza de título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, IV), mas não é necessário que seja lá celebrado ou que se exija a sua “oitiva”. O dispositivo contém incidência restrita ao âmbito judicial, não incidindo para as autocomposições feitas extrajudicialmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil alcançou ao longo dos anos relevantes avanços legislativos no que concerne aos métodos adequados de solução de controvérsias, formando um verdadeiro microssistema normativo que beneficia o jurisdicionado em termos de custo, de tempo e de qualidade na forma de se resolver os conflitos sociais.

A implementação dessa política voltada à apropriada resolução das contendas tem sido rápida e bem recepcionada pela comunidade jurídica. Mas ainda há muito a amadurecer.

Primeiramente a sociedade precisa estar mais informada sobre a possibilidade de uso de meios como a mediação, a conciliação e arbitragem, inclusive preferencialmente em relação ao Poder Judiciário.

Por sua vez os profissionais do direito devem conhecer melhor essas ferramentas, o que passa pela mudança de perspectiva e de conteúdo do ensino jurídico, para também incentivar as partes a adotarem uma conduta mais consensual, principalmente mostrando as vantagens em torno da autocomposição.

No aspecto da abrangência objetiva e subjetiva, há necessidade de se repensar outros campos de aplicação da mediação de forma mais efetiva, como no âmbito das serventias extrajudiciais, em que se tem fé pública, credibilidade e fiscalização das atividades, podendo em muito contribuir disponibilizando os referidos serviços à sociedade, com um quadro de mediadores devidamente capacitados, conforme já autorizado pelo art. 42, da Lei de Mediação. E não é demais pensar, em um futuro próximo, em protocolos institucionais dos cartórios com o Ministério Público e com a Defensoria Pública, visando resolver contendas que geralmente desaguam no Judiciário.

O Poder Judiciário também tem grande responsabilidade na disseminação da cultura do consenso, não só oferecendo meios adequados de solução de conflitos às partes e prestigiando a autonomia privada, mas também aprimorando o cadastro de mediadores, regulamentando a remuneração desses profissionais, e aplicando, com seriedade, o que determina a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

A incidência da autocomposição no âmbito da Administração Pública ainda é tímida, mormente diante da falta de regulamentação pelos órgãos públicos, criando critérios que deem a necessária segurança jurídica para os agentes públicos.

Ademais, alguns temas hoje excluídos do uso da mediação precisam ser repensados, como a recuperação judicial e a falência. No Rio tramita com sucesso a recuperação judicial da empresa OI, mas sua admissão foi e ainda é questionada por alguns setores.

Não obstante, de acordo com o art. 46, da Lei n. 13.140/15, as mediações podem ser feitas pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo, inclusive as domiciliadas no exterior. Tem sido frequente a criação e o uso de plataformas *online* para a solução consensual das controvérsias. É um modo fácil, rápido e geralmente barato de se resolver o conflito, mas que ainda carece de uma eficiente forma de fiscalização.

A mediação também se mostra apropriada para solucionar conflitos envolvendo relação de trabalho – de natureza individual ou coletiva -, como já indicava o art. 42, parágrafo único, da Lei n. 13.140/15 e que agora a nova Lei Trabalhista (Lei n. 13.467/17) parece ter encampado, embora não utilize o termo mediação.

Portanto, a mediação como instrumento adequado a resolver conflitos no Brasil está em pleno processo de amadurecimento, mas se considerarmos que o instituto tem apenas 02 (dois) anos de regulamentação, deve-se reconhecer que os avanços jurídicos e sociais até aqui já foram expressivos.

REFERÊNCIAS

- ABREVAYA, Sergio Fernando. Mediação prejudicial. 1ª ed. Buenos Aires: Historica Emilio J. Perrot, 2008. (Colección Visión Compartida).
- CHASE, Oscar G. I metodi alternativi di soluzione dele controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D’America. In: VARANO, Vincenzo (Org.). L’altragiustizia: il metodi alternativi di soluzione dele controversie nel diritto comparato. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 129-156, 2007.

- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 12^a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 429.
- FERRAND, Frédérique. La conception du procès civil hors de France. De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France. Paris: Lexis Nexis SA, 2006.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 373-374.
- MOORE, Christopher W. The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 199-200.
- TANIGUCHI, Yasuhei. How much does japonsese civil procedure belong to the civil law and to the common law. In: CHASE, Oscar G.; WALKER, Janet. Common law, civil law, and the future of categories. Toronto: Lexis Nexis, p. 111-224, 2010, p. 210-211.
- TROCKER, Nicolò. Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza dela Corte costituzionale. Diritto processuale civile e Corte Costituzionale. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 439-487, 2006.
- ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 9). Salvador: JusPODIVM, 2017.
- ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e efetividade no processo civil. São Paulo: RT, 2006.

A DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: PRETENSÕES VEICULÁVEIS, SOCIEDADES ALCANÇADAS E LEGITIMIDADE

Rodrigo Mazzei¹

Tiago Figueiredo Gonçalves²

INTRODUÇÃO

No rol dos procedimentos especiais (de jurisdição contenciosa) codificados (arts. 539 a 718 do CPC/15), foram inseridos no atual diploma três novos procedimentos sem correspondentes no CPC/73. Entre eles está o procedimento da ação de dissolução parcial de sociedade, cuja regulamentação se encontra entre os arts. 599 e 609 do Código.³

O procedimento não tinha previsão no texto do “Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil” elaborado por comissão de juristas presidida por Luiz Fux e constituída por ato do presidente do Senado Federal. Sua inserção se deu, ao longo do processo legislativo, por força de emenda legislativa ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166/2010,

¹ Pós-doutorado pela UFES, Doutor pela FADISP e Mestre pela PUC-SP. Professor da graduação e do mestrado da UFES. Advogado.

² Doutor e Mestre pela PUC/SP. Professor da graduação e do mestrado da UFES. Professor do UNESC. Advogado.

³ Para um panorama geral sobre a regulamentação dos procedimentos especiais no CPC/15, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo código de processo civil. In: Cassio Sarpinella Bueno. (Org.). *PRODIREITO. Direito Processual Civil. Programa de atualização em Direito: Ciclo 1*. 1ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, v. 2, p. 97-128.

a partir de sugestão de Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Guedes Nunes, conforme noticiam em carta aberta de apoio à aprovação do Código de Processo.⁴ De acordo com os signatários da missiva, a proposta de emenda “buscou regular o processo de conflito empresarial mais frequente e economicamente relevante do Poder Judiciário e colmatar uma lacuna que remonta ao Código de Processo Civil de 1939 (anterior ao atualmente em vigor), que ainda permanece vigente na parte em que trata da ação de dissolução de sociedade”, tendo sido elaborada “com base em pesquisa empírica e estatística”.⁵

Neste ensaio, faremos recorte de maneira a circunscrever nossa análise a alguns aspectos específicos relacionados à ação de dissolução parcial. Muito especialmente, buscaremos identificar: (i) as pretensões passíveis de serem veiculadas pelo procedimento especial de dissolução parcial; (ii) as sociedades empresárias que se sujeitam à dissolução parcial; (iii) quais são os legitimados ativos e passivos na ação de dissolução parcial.

DISSOLUÇÃO TOTAL E DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE E PROCEDIMENTOS PARA O EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS PRETENSÕES

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes. Carta de apoio ao novo CPC sugere procedimento especial para tratar da dissolução parcial de sociedade. São Paulo, 22 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI168124,101048-Carta+de+apoio+ao+novo+CPC+sugere+procedimento+especial+para+tratar>

⁵ Na doutrina, tem-se afirmado que se mostrou oportuna a criação e a tratativa do procedimento da dissolução parcial: THEODORO JÚNIOR Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*, vol. II. 50. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 218. CÂMARA, Helder Moroni. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 930. FERREIRA NETO, Ermiro. Notas sobre o procedimento de dissolução parcial de sociedade no novo Código de Processo Civil à luz do direito material. In: Fredie Didier Júnior; Marcos Ehrardt Júnior; Rodrigo Mazzei. (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. 1ed. Salvador: Podivm, 2016, v. 14, p. 437-460, p. 439.

A dissolução total da sociedade empresária ocorre quando a mesma deixa de existir, em vista da quebra de todos os vínculos entre os sócios, o que, por conseguinte, acarreta igualmente a necessidade de sua liquidação. A dissolução parcial, de seu turno, verifica-se quando um ou alguns do(s) sócio(s) – seja em virtude de morte, exclusão, retirada (imotivada) ou recesso (retirada motivada) – não pode ou não quer mais integrar os quadros societários, havendo o desfazimento do vínculo societário no tocante a ele(s). A sociedade continua a existir, mas agora sem a presença daquele(s) sócio(s).⁶

O regramento material quanto à dissolução parcial da sociedade só veio a lume com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que passou a reger a matéria entre os arts. 1.028 a 1.032, sob o título de resolução da sociedade em relação a um sócio. Até então, a lei material, tanto o Código Comercial de 1850 (arts. 335 a 343) como o Código Civil de 1916 (arts. 1.399 a 1.409), cuidavam tão somente da dissolução total da sociedade. A despeito disto, tanto em doutrina⁷ quanto em jurisprudência (STF, RE 89.464-SP), já se admitia a dissolução parcial, mesmo porque a realidade prática não podia sucumbir ao vácuo legislativo.

Com a entrada em vigor do CC/02, passa a existir, no plano do direito material, regramento atinente à dissolução parcial de sociedade. No ambiente processual, contudo, a ausência de regulamentação ainda se via presente. Isso porque o CPC/73, por seu art. 1.218, limitou-se a

⁶ Não se pode deixar de registrar a existência de dissenso na utilização da expressão “dissolução parcial”, já que na perspectiva de uma parcela da doutrina se revelam contraditórias as ideias de dissolução e de permanência da sociedade. Invoca-se até mesmo a diferença de princípios em que se fundamentam “o afastamento do sócio e a dissolução da sociedade”. Nesse sentido, toda dissolução seria total, de modo que, quando da ruptura do vínculo em relação a uma parcela dos sujeitos que o compõem, o cenário remeteria a uma ideia de desligamento de um ou alguns dos sócios, ou de resilição parcial do contrato. ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 3. ed. atual. por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82. Consulte-se também: ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. *Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio e a ação de dissolução parcial*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 41.

⁷ Entre outros: ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 3. ed. atual. por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

asseverar a ultratividade do CPC/39 naquilo em que ele dispunha, por seus arts. 655 a 674, sobre a dissolução e liquidação das sociedades, enquanto lei especial não viesse incorporando tal procedimento, o que não veio a acontecer.

Sucedeu que o CPC/39 regulava tão somente o procedimento da ação de dissolução total de sociedade, e, por tabela, o mesmo ocorreu com o CPC/73. Considerando que a dissolução parcial se tornou uma realidade prática incontornável, inclusive com regulação no plano do direito material a partir do CC/02, começou-se a empregar o procedimento do CPC/39 voltado para a ação de dissolução total também para as demandas de dissolução parcial. Agora o CPC/15 traz em seu bojo procedimento especial destinado exclusivamente à dissolução parcial de sociedade.

Se de um lado o CPC/15, com o regramento dos arts. 599 a 609, tentou solucionar o problema proveniente da ausência de procedimento judicial para a ação de dissolução parcial de sociedade, acabou por outro lado criando imbróglio no que diz ao procedimento para a ação de dissolução total. Com efeito, os arts. 599 a 609 são voltados exclusivamente para regulamentar o procedimento da ação de dissolução parcial de sociedade. Enquanto que o procedimento especial da ação de dissolução total previsto nos arts. 655 a 674 do CPC/39, que se encontrava em ultratividade em decorrência do art. 1.218 do CPC/73, agora restou substituído pelo procedimento comum, a teor do que dispõe o § 3º do art. 1.046 do CPC/15. Com isso, tem-se que, com a entrada em vigor do CPC/15, as ações de dissolução total de sociedade passam a observar as regras do procedimento comum.

Parece-nos, contudo, ser possível que o magistrado utilize por apoio, naquilo que for compatível e útil, o regramento da ação de dissolução parcial de sociedade (arts. 599 a 609 do CPC/15) para a ação de dissolução total, muito especialmente o regramento atinente à apuração de haveres (arts. 604 a 609 do CPC/15), na medida em que a

dissolução total acarreta nada mais nada menos que a necessidade de liquidação da sociedade.⁸

Esta possibilidade, a nosso sentir, encontra fundamento no art. 327, § 2º, do CPC/15, cujo *telos* permite aplicá-lo independentemente de se ter na hipótese uma cumulação de pedidos, não obstante sua construção seja precipuamente voltada para situações em que a cumulação ocorra. Este aproveitamento ou encarte de regras do procedimento especial da ação de dissolução parcial no procedimento comum que passa a ser utilizado na ação de dissolução total se justifica diante de peculiaridades do direito material a ser tutelado, às quais a aplicação direta e simples do procedimento comum não oferece solução.⁹

DAS SOCIEDADES SUJEITAS À DISSOLUÇÃO PARCIAL

São tomadas por objeto material do pedido de dissolução parcial tanto a sociedade empresária contratual quanto a sociedade simples. Para a sociedade anônima e a comandita por ações fica, em princípio, excluída a hipótese de dissolução parcial, com a ressalva que o CPC/15

⁸ No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR Humberto. *Curso de direito processual civil – procedimentos especiais*, vol. II. 50. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 219.

⁹ Interessante o entendimento sustentado por Ermiro Ferreira Netto, para quem, com fundamento no art. 599, III, do CPC/15, o procedimento da ação de dissolução parcial de sociedade se aplica também à dissolução total, na medida em que o objetivo da dissolução total é a apuração de haveres dos sócios. Afirma, verbo ad verbum: Nos termos do inciso III do art. 599, o procedimento de dissolução parcial deve ser aplicado também quando tiver por objeto somente a resolução ou a apuração de haveres. Posto nestes termos, não há aparentemente nenhum tipo de limite à aplicação do regulamento também às dissoluções totais, porquanto nestes casos estar-se-á tratando, justamente, apenas da apuração de haveres dos sócios. FERREIRA NETO, Ermiro. Notas sobre o procedimento de dissolução parcial de sociedade no novo Código de Processo Civil à luz do direito material. In: Fredie Didier Júnior; Marcos Ehrardt Júnior; Rodrigo Mazzei. (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. 1ed. Salvador: Podivm, 2016, v. 14, p. 437-460, p. 453.

faz no § 2º do art. 599 quanto à sociedade anônima de capital fechado, e que é objeto de comentários em item próprio, *infra*.

Importante destacar que, partindo da premissa de Fábio Ulhoa Coelho de que a expressão “sociedade simples” é empregada pelo CPC/15 em seu sentido largo, equivalente ao de sociedade não empresária, as cooperativas também se sujeitariam à dissolução parcial em conformidade com o disposto no procedimento judicial dos arts. 599 a 609.¹⁰ Veja que a Lei 5.764/71, que dispõe sobre a política nacional de cooperativismo, e que institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, prevê, por seus arts. 63 a 78, tão somente a dissolução extrajudicial total da cooperativa, de modo que a *dissolução parcial judicial* da cooperativa pode se dar então de acordo com o procedimento dos arts. 599 a 609 do CPC/15.

Dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado pela quebra da “affectio societatis”

As sociedades anônimas, identificadas por Fábio Ulhoa como sociedades institucionais, não possuem caráter *intuito personae*, como sói ocorrer com as sociedades contratuais; sim caráter *intuito pecuniae*. Em sua constituição, *comumente*, leva-se em consideração tão apenas o objetivo final, quer dizer, a exploração de objeto que propicie a geração de lucros, pouco importando quem sejam os acionistas que se associam. Diz-se *comumente*, pois pode acontecer excepcionalmente de a sociedade anônima de capital fechado ser constituída em caráter *intuito personae*, o que se verifica com certa frequência em empresas familiares. Levando-se em conta esta realidade fática, e tendo por base o princípio da preservação da empresa, o STJ firmou entendimento no sentido de admitir a dissolução parcial de sociedade anônima de capital

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. A ação de dissolução parcial de sociedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, t. 1, p. 141-155, abr./jun. 2011, p. 150.

fechado, quando configurada a quebra da *affectio societatis*,¹¹ o que, de resto, passou a ser reconhecido também pela doutrina,¹² a qual não deixa de chamar atenção, de outro turno, para a necessidade de que tal aconteça sempre com alguma medida de excepcionalidade, assim como também excepcional devem ser os casos de exercício de direito de retirada, de modo a não serem olvidados “outros princípios que norteiam a própria razão de ser das sociedades mercantis em geral (p. ex. princípio majoritário) ou a sua própria continuidade, sem prejuízo do exercício de sua função social.”¹³

Quer-nos parecer que o CPC/15, por seu art. 599, § 2º, ao abrir ensejo à ação de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado que a mesma não pode preencher o seu fim, não coloca esta como a única hipótese em que a sociedade anônima de capital fechado pode ser objeto de dissolução parcial. Destaca, tão e só, que também neste caso (demonstração de que não pode preencher o seu fim) é possível a dissolução parcial, na linha do que já vinha decidindo o STJ, sem prejuízo da possibilidade da dissolução parcial de sociedade anônima quando verificada a quebra da *affectio societatis*, independentemente da demonstração de outros elementos como a ausência de lucros, ou a não distribuição de dividendos.

Ademais, na ação de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado pela quebra da *affectio societatis* não se põe a exigência

¹¹ STJ, REsp 111.294/PR; STJ, REsp 1.303.284/PR; STJ, REsp917.531/RS; STJ, AgRg no REsp 1.079.763/SP.

¹² CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 4º vol., t. I (arts. 206 a 242). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62. RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Dissolução de sociedades*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185. CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do código civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 412. MONTEIRO, André Luis. *Dissolução parcial de sociedade anônima fechada pela quebra da affectio societatis*. In: Luiz Guilherme Marinoni (Diretor). *Precedentes jurisprudenciais: direito societário*. São Paulo: RT, 2014, p. 549.

¹³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, João Paulo Hecker da. *Dissolução parcial de sociedade anônima fechada*. In: Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. (Coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 591-615, p. 609.

de que o(s) acionista(s) legitimado(s) ativo(s) represente(m) cinco por cento ou mais do capital social, tal como o Código coloca para quando a pretensão de dissolução parcial é fundada na impossibilidade de a sociedade preencher o seu fim.

Dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado por não poder preencher o seu fim

A dissolução judicial total da sociedade anônima, nos termos do art. 206, II, “b”, da Lei 6.404/76, é autorizada quando demonstrado que a mesma não pode preencher seu fim, desde que proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social. Com o mesmo fundamento (impossibilidade de preencher o seu fim), e condicionando a legitimidade a acionista(s) que represente(m) cinco por cento ou mais do capital social, vem agora o CPC/15, atento ao princípio da preservação da empresa, admitir a dissolução parcial da sociedade anônima de capital fechado.

Configurada a impossibilidade de a sociedade preencher o seu fim, a dissolução parcial, anota Lessa Neto, permite, em determinados casos, “a reestruturação do negócio com a entrada de um investidor, por exemplo.”¹⁴ O Código não exige número mínimo de acionistas para a propositura da ação, mas cria um litisconsórcio necessário ativo para os acionistas que não representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social. Em verdade, a condição não está na formação do litisconsórcio, mas sim na propositura de demanda por quem represente cinco por cento do capital social ou mais. Se apenas um acionista for detentor de cinco por cento ou mais do capital social, tem assegurada sua legitimidade para a propositura da ação, não havendo exigência de sua litisconsorciação com quem quer que seja. Por outro

¹⁴ LESSA NETO, João Luiz. Art. 599. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 859.

lado, aquele que possui menos de cinco por cento do capital social precisa, para propor a demanda, litisconsorciar-se com outros tantos acionistas que sejam para alcançar o mínimo de cinco por cento do capital social. Trata-se de fenômeno idêntico àquele do § 1º do art. 94, I, da Lei 11.101/05.

PRETENSÕES CUMULÁVEIS NA AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL

As pretensões que podem ser veiculadas pela ação de dissolução parcial de sociedade, nos termos do art. 599 do CPC/15, são de duas ordens, restando evidenciado do texto normativo que a cumulação de tais pedidos não é obrigatória. O autor pode pretender, em cumulação própria sucessiva¹⁵, a resolução da sociedade e a apuração de haveres, mas pode pretender tão somente, ou a simples resolução parcial da sociedade, ou a apuração de haveres. Factível, por exemplo, acontecer de os sócios não divergirem quanto à resolução em relação a um ou alguns do(s) sócio(s), mas não existir consenso quanto àquilo a lhe(s) ser(em) pago pela participação que detém(êm) no capital social. Ou o contrário, isto é, os sócios estarem unânimes no que diz respeito à avaliação da sociedade, mas não chegarem a consenso quanto ao desfazimento ou não do vínculo. Em conformidade com o texto legal, então, é possível que em uma ação de dissolução parcial de sociedade não exista a formulação de pedido de dissolução parcial de sociedade.¹⁶ Em quaisquer dos casos, para a ação de dissolução parcial, havendo

¹⁵ Com análise das possibilidades de cumulação de pedidos, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Org.). *Processo e Direito Material*, Salvador: Juspodivm, 2009, p. 223-246.

¹⁶ Enfatizando esta incongruência de se prever um procedimento para a dissolução parcial de sociedade em que não há a formulação de pedido de dissolução parcial: SCHMITZ, Leonard Ziesemer; BERTONCINI, Rodrigo Junqueira. A ação de dissolução parcial de sociedades no CPC/2015: aspectos destacados de direito material. *Revista de Direito Privado*, vol. 70/2016, p. 211-236, out/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 215.

ou não a cumulação de pedidos, o Código prevê a observância do procedimento especial dos arts. 599 a 609.

De resto, o procedimento da ação de dissolução parcial não se mostra apropriado para o sócio excluído exercer pretensão de retorno à sociedade. A legitimidade que lhe é conferida pelo Código (art. 600, VI) deve ser compreendida em sintonia com as espécies de pretensão que podem ser exercidas através de tal ação, em conformidade com o que o Código também dispõe a respeito (art. 599, I). Ademais, a redação do art. 599, I, ao contemplar como objeto da ação de dissolução parcial a *resolução da sociedade*, não dá margem à conclusão de que o procedimento especial é aplicável tanto para se exercer pretensão sobre o desfazimento quanto sobre o restabelecimento do vínculo societário. Não há nada que tangencie o pedido de restabelecimento do vínculo societário que justifique a observância de procedimento especial. O sócio excluído que pretenda em juízo decisão que determine seu retorno aos quadros da sociedade deve fazê-lo através de demanda que observe o procedimento comum.¹⁷

Nada impede, contudo, que o sócio excluído, em cumulação imprópria, formule o pedido de restabelecimento do vínculo societário com o de apuração de haveres, observando-se então o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas no procedimento da dissolução parcial (art. 327, § 2º), muito especialmente a necessidade de a apuração de haveres observar o quanto disposto nos arts. 604 a 610 (art. 603, §2º).

¹⁷ Fábio Ulhoa Coelho, ainda durante o processo legislativo, chamava atenção para uma possível dubiedade na redação do art. 599, sugerindo o seu esclarecimento, até mesmo porque, para ele, no caso de pretensão voltada ao restabelecimento do vínculo “o mais indicado fosse submeter a demanda ao procedimento ordinário”. COELHO, Fábio Ulhoa. A ação de dissolução parcial de sociedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, t. 1, p. 141-155, abr./jun. 2011, p. 155.

LEGITIMIDADE ATIVA

Encontra-se no art. 600, em seus seis incisos e parágrafo único, rol de legitimados à propositura da ação de dissolução parcial de sociedade. Trata-se, naturalmente, de rol exemplificativo, que se circunscreve à resolução e à apuração de haveres de sociedade empresária contratual ou simples, nos casos de retirada, exclusão, ou morte do sócio, não contemplando a legitimidade ativa para a ação de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que se encontra disciplinada, no caso específico de dissolução parcial fundada na impossibilidade de preenchimento do fim da sociedade, no próprio § 2º do art. 599 do Código, e que, quando se trata de dissolução parcial com fundamento na quebra da *affectio societatis*, é de qualquer dos acionistas.

Legitimidade ativa do espólio em caso de morte do sócio

A morte de um dos sócios acarreta a liquidação de sua quota, salvo se os herdeiros, em consenso com os sócios remanescentes, acordarem quanto ao seu ingresso na sociedade (CC/02, art. 1.028, III), ou se o próprio contrato social dispuser de maneira diversa (CC/02, art. 1.028, I). O CPC/15, por seu art. 600, I, ao conferir legitimidade ao espólio do sócio falecido para pretender a liquidação “quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade” não descarta a possibilidade de ser admitido o ingresso de algum(ns) sucessor(es) do sócio falecido, e de outro(s) não.

Basta, então, que um dos sucessores não tenha interesse ou não seja admitido a ingressar na sociedade para abrir-se a via da dissolução parcial, com legitimidade do espólio para pretendê-la. Aliás, dentro da normalidade, a legitimidade do espólio vai se justificar quando um(ns) herdeiro(s) quer(em) e outro(s) não quer(em) ingressar na sociedade, ou quando a sociedade admite o ingresso de um(ns) e não de outro(s).

Pois, se o ingresso de todos os herdeiros é admitido pelos demais sócios, não há que se falar em dissolução parcial da sociedade; como também não há de se falar em dissolução parcial se todos os herdeiros, com o assentimento dos sócios remanescentes, se dispuserem a ingressar na sociedade.

Legitimidade ativa do(s) sucessor(es) em caso de morte do sócio

Se já concluído o inventário (judicial ou extrajudicial) sem que tenha havido ainda a propositura da ação de dissolução parcial da sociedade, passa a ter legitimidade para propô-la o(s) herdeiro(s) cujo quinhão foi contemplado com as quotas ou com parcela das quotas do *de cujus*. Enquanto não aberto o inventário, o herdeiro necessário não possui legitimidade ativa para a propositura da ação, salvo se o fizer em defesa de interesse do espólio.¹⁸ Se ao cônjuge sobrevivente tocar as quotas em partilha,¹⁹ ou ainda se tais quotas compuserem a meação não partilhável, é legitimado ativo para promover a ação de dissolução parcial de sociedade.

Há de se observar que o CPC/15 deve ser interpretado em consonância com o disposto no Código Civil, já que há aparente conflito com o art. 1.027 da codificação de direito material. Isso porque a legislação codificada de 2002 prevê no citado dispositivo que “Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade”. A simbiose das regras indica que o(s) herdeiro(s) terá(ão) (seja no ambiente do inventário ou após a partilha, observando a titularidade respectiva) o direito a concorrer(em) à divisão periódica

¹⁸ STJ, REsp 1.645.672/SP.

¹⁹ O cônjuge que recebeu em partilha a metade das cotas sociais tem legitimidade ativa para apurar os seus haveres. (STJ, REsp 114.708/MG)

dos lucros até a dissolução da pessoa jurídica. Tal fato não afasta o direito do(s) herdeiro(s) de postular(em) a apuração de haveres, para efeito de dissolução parcial da sociedade em relação às quotas do sócio falecido.

O disposto no art. 1.027 do Código Civil deve ser lido de forma restritiva, no sentido de que o(s) herdeiro(s) não pode(m) adjudicar as quotas para exercer, em substituição, a posição do sócio falecido, pois tal procedimento é contrário à noção de *affectio societatis*²⁰. Todavia, não se deve efetuar interpretação que vede que o(s) herdeiro(s) postule(m) a apuração de haveres, visando à dissolução parcial. Tal postura criaria situação crítica para o(s) herdeiro(s), uma vez que sua participação na sociedade não é certa (por conta da *affectio societatis*) e deixaria esvaziado também – ao menos em grande monta - o poder de disposição acerca das quotas²¹. Assim, o art. 600, incs. I e II, do CPC/15 acaba por arejar o art. 1.027 do Código Civil, permitindo a melhor interpretação da legislação civil.

Legitimidade ativa da sociedade em caso de morte do sócio

Contempla-se ainda no dispositivo a legitimidade da sociedade, quando os sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade, quando esse direito

²⁰ O raciocínio está afinado ao art. 1.028, inciso III, do Código Civil. Sem dúvida, fixou-se a idéia da *affectio societatis* como a pedra angular do art. 1.027 do Código Civil. No sentido, por todos: FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2005, p. 947.

²¹ Aplica-se, em adaptação, ao que já foi decidido no STJ, no sentido de que é “lítimo direito de sócio de sociedade limitada, por prazo indeterminado, o recesso, coibindo eventuais abusos da maioria e servindo de meio-termo entre o princípio da intangibilidade do pacto societário e a regra da sua modificabilidade” (STJ, REsp 1.332.766/SP). Note-se que antes mesmo da entrada em vigor do CPC/15, a literalidade do art. 1.027 do Código Civil já vinha sendo alvo de alguma crítica na doutrina, que apontava hipóteses para sua flexibilização. No sentido, Paulo R. Colombo Arnoldi afirmou, por exemplo, que mesmo diante do art. 1.027 do Código Civil, “se a sociedade não estiver auferindo lucro e persistir tal situação, poderá ser solicitada a sua liquidação parcial, para a apuração de haveres, haja vista que, de outra forma, estaria a lei postergando indefinidamente o exercício de um direito” [*Código Civil Interpretado*. Costa Machado (org.) e Silmara Juny Chinelato (coord). São Paulo: Manole, 2008, p. 729].

decorrer do contrato social. Tem-se então caso em que o(s) herdeiro(s) ou parcela deles intenta ingressar na sociedade, e esta não pretende admitir tal ingresso. O(s) herdeiro(s) do sócio falecido não tem interesse em propor a ação de dissolução parcial, mas a sociedade sim, do que exsurge sua legitimidade.

A legitimidade ativa não é do(s) sócio(s) remanescente(s), sim da sociedade, enquanto ente com personalidade jurídica própria, da qual é (são) integrante(s) o(s) sócio(s) remanescente(s), tal como o era o sócio falecido.²² Neste caso, a legitimidade passiva para a ação de dissolução parcial é do espólio, enquanto não concluído o inventário, ou do(s) sucessor(es) a cujo(s) quinhão(ões) tocaram as quotas do sócio falecido.

Concordamos com Fabio Caldas de Araújo quando sustenta que, antes de só pretender a apuração de haveres das quotas devidas ao espólio ou aos sucessores do falecido, a sociedade deve formular também o pedido de dissolução, o qual pode eventualmente vir a ser impugnado pelo espólio ou pelos sucessores do sócio falecido, ante a insistência no direito de assumirem no quadro societário a posição antes ocupada pelo *de cujus*.²³ Por óbvio que tal dissolução parcial não diz respeito ao espólio ou aos sucessores propriamente, que sequer chegaram a ingressar nos quadros societários, sim em relação ao sócio falecido. Antes, a pretensão a ser deduzida é no sentido de que se declare que a morte do sócio implicou a dissolução parcial da sociedade, sem que ao espólio ou aos sucessores seja assegurado o direito de nela ingressarem.

Deve-se, ademais, exercer pretensão no sentido de que se proceda à apuração dos haveres em relação às quotas do sócio falecido. A sociedade se reconhece devedora, pretendendo então seja

²² Em sentido diverso, afirmando que neste caso a legitimidade ativa é dos sócios supérstites: COELHO, Fábio Ulhoa. A ação de dissolução parcial de sociedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, t. 1, p. 141-155, abr./jun. 2011, p. 151.

²³ ARAÚJO, Fabio Caldas de. Ação de dissolução parcial de sociedade no novo CPC. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, vol. 5/2017, jul-set/2017. São Paulo: RT online, 2017.

proferida decisão que declare o *quantum debeatur*. Conquanto não haja no caso decreto condenatório, a decisão que, depois de procedida à liquidação, determina a quantia devida forma título executivo em desfavor da sociedade autora (art. 515, I, do CPC/15). Não se pode, contudo, concluir que tal pretensão se identifique com a de depósito ou consignação em pagamento, embora não se negue a existência de pontos de aproximação. Um dos pressupostos concernentes ao direito material para se ter o pagamento em consignação é que a obrigação seja determinada,²⁴ enquanto o pressuposto quando se busca a apuração de haveres é exatamente o contrário, ou seja, como não se tem quantificado o valor das quotas da sociedade, deve-se proceder a atividade de liquidação para que se apure tal valor.²⁵ Não por outra razão, por mais que o autor da ação de dissolução parcial de sociedade apresente na inicial um valor que repute devido pelas quotas, sua pretensão estará sempre voltada a que se proceda à apuração.

Legitimidade ativa do sócio retirante

Nenhum sujeito que integra determinada sociedade na qualidade de sócio é obrigado a permanecer em sociedade indefinidamente. Quando entender que não existe mais motivo para continuar vinculado em sociedade com outras pessoas (demais sócios), pode exercer, assim querendo, seu direito de retirada. O direito de retirada permite ao sócio sua autodesvinculação da sociedade.

²⁴ “Tratando-se de forma de adimplemento, é indispensável, para que o pagamento em consignação seja realizado, que a obrigação seja revestida dos atributos de certeza, de liquidez, e de exigibilidade. Para pagar o devedor precisa saber o que deve e quanto deve.” GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Consignação em pagamento: aspectos de direito processual e material (com notas e remissões ao projeto de Novo Código de Processo Civil)*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 42.

²⁵ Em sentido contrário: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. O antiprojeto de CCom – A praga que se propaga no projeto de CPC. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI177478,11049-O+Antiprojeto+de+CCom+A+praga+que+se+propaga+no+projeto+de+CPC>. Acesso em: 04 jan. 2018.

A retirada pode ser motivada ou imotivada. A retirada motivada ou recesso pode ocorrer tanto quando a sociedade é constituída por prazo indeterminado como quando constituída por prazo determinado. Seu fundamento está no art. 1.077 do Código Civil. Vai decorrer de um fato específico, configurador do que a lei denomina de justa causa, que de algum modo retira do sócio o interesse de permanecer vinculado em sociedade (desentendimento com outro sócio, por exemplo). Já a retirada imotivada, que como o nome diz não depende de um acontecimento especial para embasar a vontade do sócio, pode ocorrer desde que a sociedade tenha sido constituída por prazo indeterminado. Tendo sido constituída por prazo determinado, e não havendo motivo especial para sua retirada precoce, deve o sócio aguardar o decurso do tempo de duração da sociedade.

A redação do art. 1.029 do CC/02, que disciplina a matéria, induz a crer que enquanto o direito de retirada (motivada ou imotivada), em se tratando de sociedade por prazo indeterminado, pode ser exercido extrajudicialmente, através de notificação promovida pelo sócio retirante aos demais sócios; o direito de retirada (no caso, sempre motivada), em se tratando de sociedade por prazo determinado, teria que ser realizado necessariamente pela via judicial. É o que se extrai da parte final do *caput* do art. 1.029 (“se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa”). Parece-nos, contudo, que mesmo quando se está diante de sociedade por prazo determinado, a retirada motivada pode ser exercida extrajudicialmente, se em relação a tanto houver consenso entre os sócios. Esta conclusão pode ser extraída da redação do inciso IV do art. 600 do CPC/15 que prevê a legitimidade do sócio retirante que já tenha exercido o direito de retirada ou *recesso*, sem especificar ou discriminar se o exercício de tal direito extrajudicialmente ocorreu em sociedade de prazo indeterminado ou determinado.

Exercício prévio do direito de retirada

Outro ponto sobre o qual se acende discussão diz respeito à imperiosidade ou não de o sócio retirante promover a notificação extrajudicial dos demais sócios, visando a exercer o direito de retirada, como condição para a propositura da ação de dissolução parcial fundada no mesmo direito.

Nos termos do art. 1.029 do CC/02, o direito de retirada da sociedade por prazo indeterminado se realiza mediante notificação extrajudicial dos demais sócios, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Trata-se de direito potestativo do sócio, não se sujeitando a concordância ou aceitação dos demais sócios que integram a sociedade.

O sócio retirante, portanto, não precisa propor demanda para esta finalidade. A redação do art. 600, IV, do CPC/15 leva a esta mesma conclusão, pois ao tratar da legitimidade do sócio retirante para a propositura da ação de dissolução parcial pressupõe que tenha havido o exercício prévio do direito de retirada no âmbito extrajudicial.

Agora, e se assim não o fizer? E se o sócio retirante, ao invés de exercer sua retirada através de notificação extrajudicial, propõe desde logo ação de dissolução parcial com este intuito? Muito embora não exista a configuração de interesse processual para a propositura de demanda com o fim de resolução da sociedade empresária, este interesse pode se manifestar presente em relação à apuração de haveres.²⁶ Não nos parece, então, seja o caso de automática prolação de decisão sem resolução de mérito (art. 485, VI, do CPC/15), sobretudo se considerando o princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º do CPC/15).

²⁶ Tendo por base disposição normativa de direito material diversa da atualmente em vigor, o STJ, em caso específico de quebra da *affectio societatis*, concluiu pela dispensabilidade da notificação prévia:

Os demais sócios, uma vez citados, não têm que discordar ou concordar expressamente com a dissolução parcial, pois esta, no caso de sociedade por prazo indeterminado, é direito potestativo do sócio, conforme já assinalado. Assim, o processo passa desde logo à fase de liquidação (art. 603, *caput*, parte final, do CPC/15), para a apuração dos haveres.

Não alteração contratual consensual

A rigor, considerando que o sócio pode exercer o direito de retirada imotivada extrajudicialmente, sua legitimidade para a propositura da ação de dissolução parcial sobressai de comportamento omissivo dos demais sócios de, uma vez notificados da resolução, não formalizarem o desligamento do sócio retirante dentro do prazo de 10 (dez) dias do exercício do direito.

Legitimidade ativa da sociedade no caso de exclusão do sócio

Além de a sociedade ter legitimidade para propor a ação de dissolução parcial quando, no caso de morte, os sócios sobreviventes não admitem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido (inciso III), possui também legitimidade para pretender a exclusão de sócio, quando a lei não autoriza a exclusão extrajudicial.²⁷

- É dispensável a notificação premonitória como condição de procedibilidade da ação de dissolução parcial da sociedade comercial baseada na extinção da *affectio societatis*, inaplicando à espécie a norma do art. 15 do Dec. 3.708/19. (STJ, REsp 65.439/MG).

- Ainda que a sociedade tenha internamente feito a apuração, tem o sócio interesse de agir para ingressar em juízo com o pleito de apuração judicial de haveres. (STJ, REsp 43.896-9/SP).

²⁷ “O direito de excluir o sócio faltoso é da sociedade e não dos demais sócios, por isso que esta é a autora da ação de exclusão. Em função dessa titularidade do direito à exclusão, é necessário que a sociedade delibere o ajuizamento da ação. Para se decidir pelo ajuizamento da ação é necessária a concordância da maioria absoluta dos sócios, computados pela participação no capital social, conforme opinião majoritária.” TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 317.

O art. 1.085 do CC/02 aponta para os requisitos necessários a que se proceda à exclusão extrajudicial: i. prática pelo sócio de ato inegavelmente grave que coloca em risco a continuidade da empresa; ii. realização de reunião ou assembleia dos sócios exclusivamente voltada para deliberar sobre a exclusão; iii. ciência do sócio cuja exclusão se pretende, em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa; iv. manifestação favorável da maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social; v. previsão expressa no contrato social quanto a possibilidade de exclusão extrajudicial.

O não atendimento a um destes requisitos impõe que a exclusão do sócio ocorra judicialmente. Vê-se então que a exclusão pode ocorrer pela via extrajudicial ou judicialmente. O rigor nos requisitos legais para a exclusão extrajudicial revela, porém, que sua aplicação é excepcional.²⁸

Enquanto na retirada o sócio exerce direito para sua autodesvinculação, na exclusão o que se tem é uma desvinculação do sócio dos quadros da sociedade por provocação de outrem. Deve estar lastreada em alguma causa relevante: falta grave no cumprimento de suas obrigações ou incapacidade superveniente (CC/02, art. 1.030, *caput*), declaração de falência do sócio (CC/02, art. 1.030, par. ún.) ou liquidação de suas quotas (CC/02, arts. 1.030, par. ún., e 1.026, par. ún.), não cumprimento das contribuições estabelecidas no contrato social (CC/02, art. 1.004, par. ún.).

Legitimidade ativa do sócio excluído

O art. 600, VI, confere legitimidade ao sócio excluído para a propositura da ação de dissolução parcial. Por óbvio, eis que já excluído da sociedade, a ação de dissolução parcial encetada pelo sócio excluído

²⁸ HENTZ, Luiz Antonio Soares; DIAS, Fabio Marques. Exclusão extrajudicial de sócio minoritário de sociedade limitada (Art. 1.085 do Código Civil). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 197, t. 1, p. 205-221, jan./mar. 2013, p. 206.

tem o objetivo tão somente de promover a apuração de haveres com o recebimento do valor correspondente a sua participação societária, nos termos do que dispuser a lei civil ou o contrato social.

Legitimidade ativa do cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento união estável ou convivência terminou

Se um dos sócios, que é casado ou que mantém vínculo de união estável, rompe o relacionamento, seu cônjuge ou companheiro tem legitimidade para pretender a apuração de seus haveres na sociedade.

Obviamente, a legitimidade estará atrelada à verificação de uma situação patrimonial do casamento ou da união estável, qual seja, o regime de bens e os seus efeitos em relação às quotas²⁹. Com efeito, além do regime da separação convencional (art. 1.687 do Código Civil), é perfeitamente possível que seja fixado em pacto antenupcial (e, por aproximação, na convenção de união estável) que as quotas de pessoas jurídicas não se comunicarão, sendo, assim, de patrimônio exclusivo de uma parte. Especificamente quanto ao pacto antenupcial, a separação patrimonial ou inclusão das quotas na esfera patrimonial do casal ou dos cônjuges/companheiros, conforme a hipótese, não encontra restrição na legislação atual, nada se extraindo em sentido contrário da assertiva posta no trecho dos arts. 1.653-1.657 do Código Civil. Assim, o disposto no parágrafo único do art. 600 do CPC/15 se submete à análise de direito material acerca do regime de bens e da comunicação das quotas para o cônjuge ou companheiro³⁰.

²⁹ Em sentido próximo: GONCALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa (comentários aos arts. 966 a 1.1995 do Código Civil)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 243.

³⁰ O direito acerca da participação ou não nas quotas pode levar ao exame de nuances acerca de determinados regimes de bens, como é o caso da aquisição das cotas como provento do trabalho pessoal de cada cônjuge (art. 1.669, I, do Código Civil). Há, no sentido, jurisprudência entendendo pelo isolamento das quotas, não havendo direito de participação do outro cônjuge ou companheiro. No sentido: “Quando a atividade empresarial é o próprio trabalho do cônjuge, as quotas sociais têm caráter de provento do trabalho pessoal e não há direito de

partilha pelo cônjuge não sócio. Diferente tratamento ocorre quando as quotas sociais não têm relação com a atividade laborativa do separando, caso em que a participação societária assume caráter de bem adquirido onerosamente na constância do casamento, e é lícita a partilha e a divisão periódica dos lucros antes da liquidação da sociedade” (TJRS, Ap. Civ. 70023524648, Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Rui Portanova, j. 25/09/2008). Extraí-se da fundamentação do voto do relator: “o art. 1.027 do CC, em que pese disciplinar tema referente à partilha de bens entre pessoas separadas judicialmente, está inserido dentro do Livro que trata do *Direito de Empresa* (art. 966 do CC). Logo, não devemos interpretá-lo isoladamente, mas sim, inserindo-o dentro do contexto do direito de família. E nesse rumo, entendo que nem sempre as cotas sociais da pessoa jurídica poderão se comunicar com o cônjuge não sócio da sociedade empresária. E adianto de pronto a distinção que passo a fazer. Na prática, há cotas que possuem natureza de *bem adquirido onerosamente na constância do casamento, ainda que só em nome de um dos cônjuges* (Art. 1.660, inciso I do CC) e outros casos em que as cotas têm natureza de *provento do trabalho pessoal de cada cônjuge* (art. 1.659, inciso VI do CC). E a consequência de um caso e outro é lógica. Na primeira situação haverá partilha das cotas e no segundo caso não haverá comunicação das cotas entre os cônjuges. Para justificar esse raciocínio, começo pelo art. 1.027 do CC: Art. 1.027. Os herdeiros do cônjuge de sócio, **ou o cônjuge do que se separou judicialmente**, não podem exigir desde logo **a parte que lhes couber na quota social**, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade. Note-se que, pela redação do normativo acima, para deferir a divisão periódica dos lucros da empresa, ao cônjuge não sócio, primeiro temos que admitir que esse cônjuge tem direito a partilhar as cotas que estão em nome do outro consorte, esse integrante do quadro societário da pessoa jurídica. E é exatamente esse o ponto central da controvérsia. Saber quando irá “caber” ao cônjuge separado, participar na “*quota social*” do outro companheiro e/ou cônjuge ou não. E é nesse ponto que a distinção anunciada antes tem razão de ser. Digo isso, pois há casos em que a empresa é próprio trabalho ou ferramenta de trabalho do separando. Vejamos dois exemplos: **Exemplo 1.** Imaginemos uma pessoa jurídica cujo objeto social é o transporte de cargas pesadas e o **cônjuge sócio** é motorista profissional de carretas de grande porte. Ele, ao mesmo tempo em que é sócio, trabalha diretamente na administração dessa empresa, gerenciando o envio de encomendas e, eventualmente, trabalhando pessoalmente no objeto empresarial, ou seja, ele mesmo transporta as cargas até porque **possui a habilitação específica para conduzir veículos de grande porte**. **Exemplo 2.** Agora, imaginemos que a mesma sociedade empresária, do exemplo anterior, é composta por 05 sócios. Cada um dos sócios tem 20% das cotas sociais da empresa. Ocorre que, um desses sócios é dentista e nada sabe sobre a prestação de serviços objeto da empresa. Ele somente adquiriu essas cotas como uma forma de investimento e recebe, periodicamente, a divisão dos lucros e dividendos proporcionais às cotas sociais que possui. Seu trabalho, propriamente dito, é como profissional da odontologia. Note-se que em ambos os casos nós poderemos ter um “cônjuge separado judicialmente” sócio de uma pessoa jurídica de natureza privada-empresarial. O que poderia dar ensejo à “divisão periódica dos lucros”, com o outro cônjuge, em caso de aplicação automática e irrefletida do art. 1.027 do CC. Contudo, no primeiro exemplo, as cotas sociais do sócio-empresário representam a essência do trabalho daquela pessoa. Somente ele possui aquele conhecimento e aquela habilidade, qual seja, o gerenciamento e a execução do transporte de cargas. Via de consequência, nesse caso, na essência, não estamos diante de uma pura e simples atividade empresarial, mas

Ultrapassada a questão da efetiva participação das quotas, certo é que sendo a resposta positiva a legitimidade para a propositura da ação não pode de maneira alguma ficar condicionada à já existência de partilha dos bens do casal, como se esta legitimidade decorresse de, ao cônjuge ou companheiro do sócio, ter tocado parte de suas quotas na sociedade. Se assim se procedeu, ou seja, se houve a partilha dos bens do casal de maneira a tocar ao cônjuge ou companheiro do sócio um percentual de suas quotas sociais, procede-se à dissolução parcial com a apuração dos haveres relativamente a estas cotas da “meação” (= participação) do cônjuge ou companheiro.

A análise acerca do alcance (e até objetivo) do parágrafo único do art. 600 do CPC/15 indica que não se trata tipicamente de uma ação de dissolução parcial, mas sim de ação que irá proteger a “meação” do cônjuge ou do companheiro, através da avaliação do valor correspondente. Com efeito, a apuração dos haveres permite dimensionar o quanto as quotas sociais do sócio representam em termos percentuais dentro do patrimônio comum do casal, fator que

sim do próprio labor do cônjuge, cuja técnica decorre das suas características a habilidades pessoais. E, em decorrência, tem-se que os lucros e dividendos da sociedade empresária, na verdade, representa a contraprestação do seu trabalho. Logo, estamos diante do próprio *provento do seu trabalho*. E como tal, incomunicável com o outro cônjuge, por força do art. 1.659, inciso VI do Código Civil. Já no segundo caso, as cotas sociais assumem natureza de *bem adquirido pelo cônjuge* sócio da pessoa jurídica, pois suas cotas sociais têm natureza de um investimento desvinculado do seu trabalho. Tal qual ocorre, por exemplo, com as de *cadernetas de poupança, fundos de investimentos, bens móveis ou imóveis*. E, nesse caso, o cônjuge separado judicialmente poderá *concorrer à divisão periódica dos lucros* – aplicando-se o art. 1.027 do CC – porquanto a *quota social* se enquadra no conceito de *bem adquirido onerosamente na constância do casamento* – art. 1.660, inciso I do CC. Em resumo, retornando à análise do art. 1.027, agora em conjunto com a essência do regramento do direito de família, tem-se que no primeiro exemplo *não cabe* ao cônjuge separado participar na quota social, pois aqui estamos diante do provento do trabalho daquele cônjuge. O que não ocorre no segundo exemplo, onde *cabe* a partilha da quota social.”

Utilizando o julgado supra como exemplo, pensamos que, havendo conflito acerca da participação ou não do cônjuge nas quotas empresariais, a questão há de ser resolvida pela vara especializada em direito de família, não cabendo ao juiz da dissolução deliberar acerca de tal ponto em conflito, que é mais afeto à relação patrimonial familiar e não ao direito de empresa.

será fundamental para a partilha global. Assim, as postulações em sua grande maioria irão projetar o resultado da apuração de haveres (seguindo o rito dos arts. 599-609 do CPC/15) para a partilha global do casal, de modo a permitir compensações e/ou permutas com outros bens, na medida em que o cônjuge ou companheiro, cômico do valor que as quotas representam no conjunto do patrimônio do casal, opte, na partilha, por concentrar sua “meação” (= *participação*) em outra parte dos bens.

A observação acima parece ser fundamental, pois o parágrafo único do art. 600 não transforma o cônjuge ou companheiro em sócio da sociedade. Mais ainda, a compreensão dos limites do parágrafo único do art. 600 do CPC/15 revela a competência judicial para propositura da respectiva ação, já que esta não se confunde como de natureza familiar. Trata-se de competência cível comum, com objeto limitado (apuração de haveres), em que a dissolução será residual caso na partilha global as quotas não fiquem integralmente com o sócio que teve seu casamento ou união estável terminado. Tanto assim, que não caberá ao juiz cível dizer quanto do percentual das quotas do ex-cônjuge ou do ex-companheiro pertencerá a aquele que postula a apuração. No juízo cível haverá deliberação apenas quanto ao valor total das quotas pertencentes ao ex-cônjuge ou do ex-companheiro, mas a definição acerca do percentual de quotas que será destinado àquele que postula a “meação” será decidida na partilha global pelo juiz da Vara de Família, caso não ocorra partilha amigável entre os cônjuges ou companheiros.

Por fim, de forma semelhante ao que ocorre em relação aos incs. I e II do art. 600 (em relação aos herdeiros do sócio falecido³¹), o parágrafo único do mesmo dispositivo acaba por permitir uma melhor interpretação do art. 1.027 do Código Civil na hipótese de término de casamento ou união estável em que há “meação” (= participação)

³¹ Confira-se no presente ensaio o tópico 5.2: *Legitimidade ativa do(s) sucessor(es) em caso de morte do sócio*.

da contraparte. Numa resenha apertada, o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento ou união estável se findou terá direito a concorrer à divisão periódica dos lucros e, caso não admitido na sociedade, poderá postular a apuração de haveres para a divisão na partilha global, adotando-se a dissolução propriamente dita somente de forma residual, consoante acima posto.

LEGITIMIDADE PASSIVA

O Superior Tribunal de Justiça, conquanto vacilante em seus julgados, muito especialmente em virtude de entendimento formado em sua Terceira Turma (igualmente adotado em alguns julgados da Quarta Turma) no sentido de afirmar a não existência de litisconsórcio passivo necessário entre os sócios remanescentes e a sociedade empresária,³² sempre se mostrou mais propenso a entender pela obrigatoriedade da presença da sociedade empresária no pólo passivo de ação de dissolução parcial,³³ sem prejuízo de mitigar tal obrigatoriedade quando todos os sócios remanescentes são citados e não alegam o vício decorrente da ausência de citação da pessoa jurídica.³⁴

A questão foi regulamentada no CPC/15 – art. 601 - de maneira a se buscar um meio termo entre os posicionamentos adotados pelo STJ. Ao mesmo tempo em que se prevê a citação dos sócios e da sociedade para figurarem no pólo passivo, dispensa-se a citação da sociedade se todos os sócios forem cientificados da existência do processo. O resultado não poderia ser pior. Naturalmente que o dispositivo, e a regra que dele se extrai, não têm aplicação quando a ação de dissolução é proposta pela

³² STJ, REsp 39.197-0/RJ; STJ, REsp 153.515/RJ; STJ, REsp 735.207/BA; STJ, REsp 1.121.530/RN.

³³ STJ, REsp 77.122/PR; STJ, REsp 44.132/SP; STJ, REsp 80.481/DF; STJ, AgRg no REsp 947.545/MG; STJ, REsp 1.371.843/SP.

³⁴ STJ, REsp 788.886/SP; STJ, EREsp 332.650/RJ.

própria sociedade. Neste caso, a legitimidade passiva é tão somente do sócio cuja exclusão se pretende (CPC/15, art. 600, V), ou do espólio ou dos sucessores do sócio falecido (CPC/15, art. 600, III).

Quando, contudo, a ação é proposta pelo espólio do sócio falecido (CPC/15, art. 600, I), pelos sucessores (CPC/15, art. 600, II), pelo sócio que exerceu o direito de retirada (CPC/15, art. 600, IV), pelo sócio excluído (CPC/15, art. 600, VI), ou pelo cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento ou união estável terminou (CPC/15, art. 600, par. ún.), aí sim, não apenas os sócios remanescentes quanto à sociedade empresária devem figurar no pólo passivo da relação processual. A única forma de conferir ares de constitucionalidade ao dispositivo em questão é, portanto, tal como sugerido por Daniel Amorim Neves, extraindo dele regra no sentido de que a dispensa da citação pressupõe que a sociedade já esteja no pólo passivo.³⁵ Mesmo porque, conforme destacado por Leonard Schmitz e Rodrigo Bertoncini, se a demanda é voltada à apuração de haveres, a condenação ao pagamento da quantia correspondente às quotas é imputável à sociedade e não aos sócios supérstites.³⁶ Ademais, os interesses dos sócios supérstites podem não coincidir com os da sociedade empresária, o que leva à obrigatoriedade de integrá-la à relação processual.³⁷

A partir de tais considerações, pensamos que a melhor interpretação do art. 601 do CPC/15 implica compreender que a citação da pessoa jurídica não se dá para que esta exerça a posição de defesa, como se figurasse como ré. Na realidade, seguindo a linha

³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 960.

³⁶ SCHMITZ, Leonard Ziesemer; BERTONCINI, Rodrigo Junqueira. A ação de dissolução parcial de sociedades no CPC/2015: aspectos destacados de direito material. *Revista de Direito Privado*, vol. 70/2016, p. 211–236, out/2016. São Paulo: RT, 2016, p. 220.

³⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; CAZASSA, Luiza de Paula Santos. O procedimento especial de dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: primeiras impressões. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 25, n. 97, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=246977>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

do art. 238 da codificação, a citação deve ser vista como um ato de convocação para que a pessoa jurídica, na qualidade de *interessada*, tenha a faculdade de se posicionar acerca da postulação. No particular, afigura-se exemplo de *intervenção móvel*³⁸, na medida em que a pessoa jurídica poderá tanto aderir ao pedido do autor, como a ele resistir, sem prejuízo da possibilidade de se manter inerte (posição neutra), sem se manifestar de forma expressa acerca do polo a que está aderindo.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TURANO, Allan Nascimento. Resolução da sociedade limitada em relação a um sócio e a ação de dissolução parcial. Curitiba: Juruá, 2016.
- ARAÚJO, Fabio Caldas de. Ação de dissolução parcial de sociedade no novo CPC. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, vol. 5/2017, jul-set/2017. São Paulo: RT online, 2017.
- ARNOLDI, Paulo R. Colombo. Código Civil Interpretado. Costa Machado (org.) e Silmara Juny Chinelato (coord). São Paulo: Manole, 2008.

³⁸ No sentido, é capital notar que o CPC/15 abandona a noção estática de citação da codificação revogada, em que esta tinha contorno restrito de *chamar o réu* para apresentar defesa (art. 213, CPC/73). Assim, convocando-se - por citação - a pessoa jurídica, a esta será permitida mais de uma postura, podendo se destacar: a) adira ao polo ativo; b) apresente resistência ao pedido (ainda que parcial - p. exemplo, não concordando com a estimativa das quotas apresentada pelo autor); c) fique inerte (ou seja, que não se manifeste inicialmente e, mais tarde, possa indicar o polo que deseja figurar). Pensamos que se trata de hipótese de *intervenção móvel*, admitindo inclusive a *retratação* (mudança de polo), aplicando-se - com adaptações - semelhante raciocínio ao que ocorre na ação popular (e na ação de improbidade administrativa), por força do artigo 6º, § 3º da LAP. No tema (com olhos no processo coletivo), confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa* (artigos 6º, 3º da LAP e 17 3º da LIA). Revista Forense v. 400, p. 227-254, 2008. Confira-se, ainda (mais amplo): CABRAL, Antonio do Passo. *Despolarização do processo e “zonas de interesse”*: sobre a migração entre polos da demanda. In Reconstruindo a Teoria Geral do Processo. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora JusPodivm, 2012.
- CÂMARA, Helder Moroni. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do código civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 4º vol., t. I (arts. 206 a 242). São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. A ação de dissolução parcial de sociedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, t. 1, p. 141-155, abr./jun. 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa; NUNES, Marcelo Guedes. Carta de apoio ao novo CPC sugere procedimento especial para tratar da dissolução parcial de sociedade. São Paulo, 22 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI168124,101048-Carta+de+apoio+ao+novo+CPC+sugere+procedimento+especial+para+tratar>.
- ESTRELLA, Hernani. *Apuração dos haveres de sócio*. 3. ed. atual. por Roberto Papini. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERREIRA NETO, Ermiro. Notas sobre o procedimento de dissolução parcial de sociedade no novo Código de Processo Civil à luz do direito material. In: Fredie Didier Júnior; Marcos Ehrardt Júnior; Rodrigo Mazzei. (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC*. 1. ed. Salvador: Podivm, 2016, v. 14, p. 437-460.
- FIUZA, Ricardo Fiúza. *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. O antiprojeto de CCom – A praga que se propaga no projeto de CPC. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI177478,11049-O+Antiprojeto+de+CCom+A+praga+que+se+propaga+no+projeto+de+CPC>. Acesso em: 04 jan. 2018.

GONCALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de empresa (comentários aos arts. 966 a 1.1995 do Código Civil). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Consignação em pagamento: aspectos de direito processual e material (com notas e remissões ao projeto de Novo Código de Processo Civil). Curitiba: Juruá, 2013.

HENTZ, Luiz Antonio Soares; DIAS, Fabio Marques. Exclusão extrajudicial de sócio minoritário de sociedade limitada (Art. 1.085 do Código Civil). Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, n. 197, t. 1, p. 205-221, jan./mar. 2013.

LESSA NETO, João Luiz. Art. 599. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; SILVA, João Paulo Hecker da. Dissolução parcial de sociedade anônima fechada. In: Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. (Coord.). Processo societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 591-615.

MAZZEI, Rodrigo. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei. (Org.). Processo e Direito Material, Salvador: Juspodivm, 2009, p. 223-246.

_____. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (artigos 6º, 3º da LAP e 17 3º da LIA). Revista Forense v. 400, p. 227-254, 2008.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais no novo código de processo civil. In: Cassio Sarpinella Bueno. (Org.). PRODIREITO. Direito

- Processual Civil. Programa de atualização em Direito: Ciclo 1. 1ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, v. 2.
- MONTEIRO, André Luis. Dissolução parcial de sociedade anônima fechada pela quebra da affectio societatis. In: Luiz Guilherme Marinoni (Diretor). Precedentes jurisprudenciais: direito societário. São Paulo: RT, 2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- PEDRON, Flávio Quinaud; CAZASSA, Luiza de Paula Santos. O procedimento especial de dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: primeiras impressões. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 97, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=246977>>. Acesso em: 19 dez. 2017.
- RESTIFFE, Paulo Sérgio. Dissolução de sociedades. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer; BERTONCINI, Rodrigo Junqueira. A ação de dissolução parcial de sociedades no CPC/2015: aspectos destacados de direito material. Revista de Direito Privado, vol. 70/2016, p. 211–236, out/2016. São Paulo: RT, 2016.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – procedimentos especiais, vol. II. 50. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIÇÃO ELEITA EM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A POSSIBILIDADE DE SUA REALIZAÇÃO PELO JUIZ ANTE ÀS DIFICULDADES ESTRUTURAIS E TÉCNICAS DO FORO

Adriana Pereira Campos¹

Tainá da Silva Moreira²

INTRODUÇÃO

A pesar da crescente informatização, contração de pessoal qualificado e modificação das práticas de litigação, no ano de 2017, houve aumento de quase 2% de litigiosidade no âmbito das Justiças estadual, federal e do trabalho. Os índices de conciliação não se afiguram animadores, pois, em 2017, caíram cerca de 10% nas justiças estadual e federal e 25% na justiça do trabalho (JUSTIÇA, 2018, p. 32 e 34). Não se pode restringir, no entanto, os benefícios da justiça colaborativa apenas ao tema da contenção da litigiosidade. O legislador tornou claro no novo Código de Processo Civil (CPC) que o

¹ Doutora em História Social pela Universidade Federal do Espírito Santo; Professora do quadro de docentes permanentes dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em História da Universidade Federal do Espírito Santo; Pesquisadora Produtividade do CNPq.

² Coordenadora Jurídica. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, pós-graduada em Direito Ambiental pela Fundação Oswaldo Aranha – Centro Universitário de Volta Redonda, pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp e mestranda no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo.

modelo adjudicatório passou ao plano secundário, como se depreende do artigo 334:

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

A precedência do método colaborativo enunciado pela lei que disciplina a prestação jurisdicional no campo cível permite discutir o conceito de justiça na sociedade contemporânea. A Justiça consolidada no Estado liberal verificou crescente intromissão do Estado no campo dos conflitos individuais e sociais. Alguns teóricos como John Rawls (2000, p. 124) acreditam que “[...] há vários modos pelos quais podemos estar vinculados a instituições políticas. Na maioria dos casos o dever natural da justiça é o mais fundamental, já que vincula os cidadãos de uma forma geral e sua aplicação não exige *atos voluntários*. [...] (Grifou-se)”.

Nas últimas décadas, porém, ampliou-se a compreensão de tutela dos direitos para além da jurisdição (COUTO; CRUZ, 2017, p. 405-407). Para Fischer e Ury, “todos querem participar das decisões que os afetam; um número cada vez menor de pessoas aceita decisões ditadas por outrem” (FISCHER; URY, 1985, p. XI). O conflito, ultrapassada a acepção de anomia da ordem social, passou a configurar elemento de pressão permanente por novos valores na sociedade (HONNETH, 2003, p. 266). Ademais, a desjudicialização transformou-se em alternativa para certos conflitos em que há a possibilidade de transferência de competência da resolução de litígios para instâncias não judiciais (DIAS; PEDROSO, 2002, p. 295).

Os métodos de autocomposição, portanto, constituem não apenas saída para a grande litigiosidade enfrentada pelo Judiciário,

como também se enquadram no novo marco de compreensão dos conflitos sociais. O Judiciário não se manteve insensível aos novos tempos e adotou o conceito do tratamento adequado dos conflitos como o norte de suas decisões por meio da edição da Resolução do Conselho Nacional de Justiça 125/2010.

Desde a aprovação do CPC/2015, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual passaram a ser estimulados por todos os profissionais de direito (art. 3º, § 3º). São denominados de equivalentes jurisdicionais, e mesmo com o advento da jurisdição, permanecem vivos, devendo inclusive ser, sempre que possível, utilizados em conjunto com a atividade jurisdicional (RODRIGUES, 2016, p. 154). Na mediação ou na conciliação o processo se realiza por meio de acordo assistido entre as partes, de forma a propiciar a pacificação coletiva, quando um terceiro (mediador ou conciliador) age como facilitador do desenlace do conflito, cuja decisão é exclusivamente das partes.

Para Rodrigo Mazzei e Bárbara Chagas (2018, p. 11) a escolha entre os diversos métodos envolve a distinção de nuances e de peculiaridades que os tornam recomendáveis a determinados conflitos. No art. 165 do CPC/2015, encontram-se as definições para a diferenciação entre conciliação e mediação. No parágrafo 2º, determina-se que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio. Já no 3º, ao mediador recomenda-se atuar preferencialmente em casos em que houver vínculo anterior. No segundo caso, dada a dimensão dos conflitos preexistentes, exigem-se técnicas específicas, em que se ouvem as partes e o mediador oferece diferentes abordagens e enfoques para o problema, aproximando os litigantes e facilitando a composição do litígio (DONIZETTI, 2016, p. 125).

Em ambas soluções, o terceiro facilitador não chama para si a responsabilidade de dizer o Direito, mas apenas objetiva colaborar

com o diálogo e estimular soluções ditas pelas próprias partes (RODRIGUES, 2016, p. 155). Os meios consensuais justificam-se pelos resultados, entre eles celeridade, satisfação, economia e cumprimento voluntário dos pactos. A autocomposição possui o potencial de preservar relacionamentos de vizinhança, parentesco, entre outros (WAMBIER, 2016).

O CPC/2015, ao permitir a realização de negócios processuais atípicos e incentivar a autocomposição, demonstra maior preocupação com a resolução do conflito do que propriamente com o seu julgamento. Disso resulta o redimensionamento do papel do Poder Judiciário e a democratização do exercício tradicional da jurisdição, pois se reduz o distanciamento e o formalismo em prol de maior da autonomia da vontade das partes (MACEDO, 2017, p. 71).

O CPC vigente permite a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, em que as partes ajustam regras a serem seguidas por elas e pelo juiz no curso procedimental. Outrossim, verifica-se a convenção contratual da obrigatoriedade de realização da audiência de conciliação ou mediação, caso haja a necessidade de propositura de ação judicial para a definição de questão controvertida entre as partes.

Com efeito, neste artigo, aborda-se, em relação à técnica de autocomposição, a valorização da autonomia da vontade das partes em detrimento do poder do juiz de dispensar a audiência de conciliação ou mediação com a alegação motivada da impossibilidade de sua realização. Destaca-se, inclusive, a possibilidade de realização da referida audiência pelo próprio magistrado, tudo em prol da valorização dos métodos autocompositivos, tão incentivados pelo ordenamento vigente, assim como para fomentar o alcance da solução célere e efetiva do caso posto em debate.

Nesse sentido, diante da regra introduzida no art. 334 do CPC/2015, que determina ao juiz a designação de audiência de conciliação ou mediação, analisa-se, no caso de negócio jurídico

processual entabulado entre as partes litigantes, se poderá o juiz dispensá-la sob o argumento da impossibilidade de realizá-la por ausência de capacidade estrutural adequada do foro, da ausência de quantitativo ou de qualidade técnica do pessoal para o desenvolvimento do ato eleito previamente pelas partes como obrigatório. Ademais, diante do princípio da cooperação que estimula a participação democrática de todos os sujeitos da relação processual, em prol da construção de provimento jurisdicional mais adequado à intenção das partes, será analisada a possibilidade de condução da audiência de conciliação ou de mediação pelo próprio juiz, em benefício da celeridade e do modelo democrático do processo, ainda que vedada a sua participação na forma da Lei 13.140/2015.

MÉTODOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO NO BRASIL

A técnica colaborativa possui longa trajetória no Brasil. Enquanto na Itália, por exemplo, somente se introduziu a figura do juiz conciliador em 1865 (Cf. TARUFFO; MITIDIERO, 2018, p. 165), no Brasil, previram-se as concertações como “dever de honestidade” dos juízes, mas sem “a obrigação rigorosa” para todos os casos, desde os tempos coloniais quando se aplicavam as Ordenações Filipinas – L. 3 tit. §20 (RIBAS, 1879, p. 117). Na era da constitucionalização, o Brasil previu, em sua primeira Lei Fundamental de 1824, a conciliação como elemento essencial do processo (art. 161). Por quase 70 anos, desenvolveu-se profícua legislação e jurisprudência sobre o método colaborativo. Infelizmente, depois de longa vigência, a República derogou o caráter essencial da audiência de conciliação ao processo em 1890 (Decreto N. 359). Em face da possibilidade de legislar sobre os processos, outorgada pela Constituição de 1891, algumas unidades da federação voltaram a adotar o instituto da conciliação.

Por meio do Decreto n. 123 de 10 de novembro de 1892, o Estado de São Paulo manteve a técnica da conciliação, mas sem o caráter obrigatório dos tempos imperiais: “Artigo 123: - Aos juízes de paz, [...], compete: II. Na parte civil: a) conciliar as partes que espontaneamente comparecerem no seu juízo; [...]”. O Rio Grande do Sul, a Bahia, o Rio de Janeiro e Minas Gerais também criaram no âmbito estadual a conciliação com caráter opcional (VIEIRA, 2002, p. 78). A justiça cooperativa somente voltou ao patamar constitucional em 1937, por meio do artigo 18, alínea d, o qual autorizava os Estados da federação a legislar sobre “organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral”. Confirmava-se, assim, a conciliação como método de pacificação das partes mas sem caráter essencial do processo.

Em 1946, porém, a conciliação voltou a ganhar caráter obrigatório por meio de mandamento constitucional, no art. 122, III, quando se instituíram as Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento como órgão da Justiça do Trabalho. A técnica cingia-se, mormente, ao campo das questões trabalhistas, perdendo a abrangência dos tempos do Império (1824-1889). Em 1988, a justiça colaborativa ganharia destaque novamente, sem, contudo, voltar ao lugar de elemento essencial do processo. O artigo 98, na seção sobre o Poder Judiciário delegou aos juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competência para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade mediante procedimentos orais e sumaríssimos.

Em 2015, o novo Código de Processo Civil brasileiro incluiu em seu capítulo I, sobre as normas fundamentais do processo, os métodos de solução consensual de conflitos. No capítulo V, art. 334, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais, a primeira audiência será de conciliação ou mediação entre as partes, que deve ser designada com antecedência mínima de 30 dias. O CPC autoriza

a suspensão da audiência apenas se ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual e quando não se admitir a autocomposição (art. 334, §4º). Nota-se que o antigo caráter obrigatório e essencial da conciliação, dos tempos do Império, cedeu lugar ao dever do juiz em realizá-la caso alguma das partes não se manifeste expressamente desinteressada ou o caso não permita autocomposição. O assunto, porém, instiga maiores reflexões em vista da pouca ou precária estrutura disponível nos juizados para a realização das necessárias técnicas para o sucesso das audiências destinadas à autocomposição.

Da experiência pretérita, sabe-se que no Império a autoridade competente para a realização das conciliações eram os magistrados eleitos, denominados constitucionalmente como juízes de paz. Definiu-se que os juízes de paz estavam incumbidos da “reconciliação”, sem o que “não começará Processo algum” (art. 161) e eram “eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que (sic) se elegem os Vereadores das Câmaras” (art. 162). Não havia, porém, maior detalhamento da forma de eleição das autoridades municipais.

Dois legislações ampliaram a atuação dos conciliadores e configuraram a forma de eleição das autoridades judiciais. A primeira ocorreu com a Lei de 15 de outubro de 1827, que expandiu a competência do magistrado eleito sobre as pequenas demandas que não excedessem a 16 mil réis (um barrica de farinha custava 14 mil réis e uma pipa de cachaça, 40 mil réis, cf. Diário do Rio de Janeiro, 1822, n. 42, p. 4), o corpo de delito nos casos previstos em lei, o auto de perguntas e a prisão do interrogado (quando coubesse), a manutenção da ordem e a composição de contendas e dúvidas dos moradores da paróquia (Cf, § 1º ao §15 do artigo 5º da Lei de 1827). O juiz de paz assumiu as funções dos antigos *juízes de vintena*, *juízes de almoçataria* e *juízes ordinários* dos tempos coloniais, leia-se Antigo Regime, período marcado pelas monarquias centralizadas e antes denominadas mais comumente de

Absolutistas. Não há dúvidas, assim, do caráter reformista e liberal da nova autoridade, claramente inspirada na reforma judiciária francesa de 1790, que entregou a conciliação a juízes de paz (CAMPOS, 2018, p. 109 e 110).

A segunda lei, a de 1º de outubro de 1828, definiu em seu artigo 3º que a eleição dos vereadores teria como votantes os mesmos “que têm voto na nomeação dos eleitores da paróquia”. Assim, elegiam-se os vereadores diretamente nas assembleias paroquiais. E, em obediência ao artigo 162 da Constituição do Império, escolhiam-se os juízes de paz de igual modo. Considerada a baixíssima limitação censitária para integrar as assembleias e a formação das listas de votantes pelas autoridades locais sem maiores dificuldades de comprovação da renda, verificou-se no Brasil relevante participação eleitoral (cerca de 13% - excluídos os escravos - em 1872) se comparada, no ano de 1870, com Portugal (9%), Inglaterra (7%), Holanda (2,5 %) e Itália (2%) (CARVALHO, 2004, p. 31).

Os juízes de paz que nas leis de 1827 e 1828 transformaram-se nas maiores autoridades locais e possuíam as funções de polícia para a imposição da ordem pública. Graças às conciliações e ao poder para julgar casos no valor de até 16 mil réis, os juízes de paz possuíam atuação relevante também no campo cível. O título único da disposição provisória acerca da administração da justiça civil do Código de Processo Criminal, de 1832 garantiu maior autoridade aos juízes de paz³. Consoante o art. 1º, o réu estava obrigado a comparecer

³ O segundo código brasileiro, o de Processo Criminal, aprovado dois anos após a promulgação do Código Criminal de 1830, ocorreu sob intenso clima liberal no país. Para Thomas Flory (1983, p. 175), embora o código processual mesclasse reformismo e política como o Criminal, o significado político do segundo ultrapassava em importância o primeiro. Eliminou os restos formais do sistema legal português e normatizou nova estrutura de organização judicial. As modificações no plano cível constavam no título único, denominado Disposição Provisória acerca da administração da justiça civil. Em seus 27 artigos, a seção disciplinava os encargos dos magistrados eleitos (como os juízes de paz, jurados, promotores e juízes municipais) ou daqueles nomeados pelo Imperador (Juízes de Direito). Organizava, ainda, a atuação dos tribunais recursais (Relação) e dos desembargadores.

à audiência de conciliação, ainda que não fosse o domiciliado naquele distrito. Em caso de revelia à citação do juiz de paz, condenava-se o réu nas custas processuais (art. 4º). De acordo com os dados do Ministério da Justiça do Império, 40% das conciliações intentadas terminavam em revelia e as conciliações ocorriam em 37% dos casos. Seguiu para juízo, 23% das conciliações intentadas. A revelia afigurou-se, portanto, em obstáculo de difícil transposição, mesmo diante da previsão legal de condenação nas custas. Verifica-se, mormente, o sucesso das conciliações quando se nota que, descontada a revelia, mais de 50% dos casos se resolviam no âmbito do juízo de paz. Quando, portanto, as partes concordavam em tentar a audiência conciliatória, metade dos conflitos resolviam-se pelo método da autocomposição (CAMPOS; SOUZA, 2016, p. 290).

As partes não podiam dispensar a conciliação por desinteresse em solucionar o conflito por meio do consenso, cuja ausência podia ensejar nulidade do processo. Apenas se afastava a conciliação nas causas em que as partes não podiam transigir, como no caso dos procuradores públicos, tutores e testamentários. Não se fazia necessária também nas causas arbitrais, inventários, execuções e nas de simples ofício do juiz ou responsabilidade. Em decreto de 20 de setembro de 1829, conferiu-se força de sentença aos termos de conciliação verificada (art. 4º). A execução dos acordos obtidos na conciliação somente cabia aos juizes de paz no limite de sua alçada, senão passava ao âmbito do juízo ordinário (Cf. PIMENTA BUENO, 1858, p. 54-55).

O Regulamento n. 737 de 1850, que regulamentou a ordem do juízo no processo comercial, reproduziu o mandamento constitucional e instituiu que “nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio de conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes” (art. 23). Confirmou-se o juiz de paz como a autoridade da conciliação e repetiu-se a obrigatoriedade de comparecimento do

réu diante da citação do juízo, “ainda que não seja a freguesia de seu domicílio” (art. 24). E não comparecendo o réu, ficava “circunduta a citação, sendo condenado nas custas” (art. 32).

Nos assuntos cíveis e comerciais, portanto, o documento de conciliação lavrado pelo escrivão, efetivada ou não, compunha documento essencial do processo. O Regulamento n. 737/1850 ordenava que as nulidades não podiam ser supridas pelos juízes. Havia, entretanto, a possibilidade de ratificação pelas partes de alguma nulidade (art. 674). No caso da ausência da certidão de conciliação, caso as partes concordassem, o processo não se encontrava sujeito à nulidade. Nesse assunto o processo comercial diferia do processo civil, já que neste último a ratificação não encontrava amparo na disposição transitória do Título Único do Código Processual Criminal de 1832.

Em 26 de junho de 1867, criou-se regulamento de juízo arbitral do comércio. O juiz arbitral possuía o caráter voluntário e mediante o compromisso das partes. O compromisso podia ser judicial ou extrajudicial. O primeiro realizava-se com a conciliação ou diante do juiz ou do tribunal onde se encontrasse o processo. O segundo concretizava-se por escritura pública ou por instrumento particular assinado pelas partes e duas testemunhas. Obrigatoriamente, o compromisso devia conter a nomeação dos árbitros, do contrário, se convertia em promessa e ficava dependente de novo e especial acordo das partes. Podiam ser árbitros os juízes de paz, durante o ato de conciliação, o juiz de primeira instância ou qualquer membro dos tribunais superiores podiam ser árbitros.

Sem muita delonga, merece menção a apelação da suposta senhora da parda Joanna Felícia no tribunal regional de recursos do Rio de Janeiro. A apelante arguia a nulidade do processo de liberdade de Felícia, pois não se realizara tentativa de conciliação por parte da apelada. O advogado de Felícia justificou a ausência de pedido de conciliação porque a liberdade não podia ser objeto de transação.

Portanto, não se podia exigir conciliação como termo essencial de ação de liberdade. O acórdão de 22 de novembro de 1867 confirmou a sentença apelada com base na lei de 1831 e condenou a apelante ao pagamento das custas do processo. Embora a decisão não mencione o problema da nulidade, parece que os julgadores entenderam a liberdade de fato como “causa que as partes não podem transigir”. (Cf. Revista do Instituto da Ordem dos Advogados, 1868, p. 296-308)

Aceita como dispositivo constitucional e disciplinada em legislações ordinárias, a conciliação demandou das autoridades judiciárias brasileiras a confirmação da autoridade do procedimento de composição, assim como as situações de exclusão. Na Itália, verificou-se movimento semelhante. Michele Taruffo (2018, p. 163) observa que, na Itália, o Decreto Régio de 1865 pretendeu realizar a simplificação da organização judiciária. A novidade consistiu na introdução do juiz conciliador. Taruffo (2018, p. 192) destaca certa rejeição ao novo instituto, mas logo a informalidade, a brevidade e a acessibilidade do método atraíram grande litigiosidade de baixa dimensão econômica. Os conciliadores acabavam na Itália resolvendo dois terços das lides por sentença e não com a conciliação.

Em 1890, no entanto, o Chefe do Governo Provisório da República, Marechal Deodoro da Fonseca, editou o Decreto nº 359, com o qual revogou as leis que determinavam a conciliação como formalidade preliminar no processo. No corpo do texto, o governo considerava exitosas apenas as conciliações quando “as partes voluntariamente comparecem” perante o juízo de paz, comparando os efeitos da conciliação aos “conselhos de amigo comum”. Advertia ainda que semelhante técnica se encontrava autorizada pelas Ordenações L.3, tit. 20, §1º, dispensando a necessidade da conciliação como elemento essencial do processo, *in verbis*,

E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem

concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, por que o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes à concórdia, não é de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem poderem fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem tais, que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar.

Deve-se advertir que a crítica à conciliação por juízo especial, principalmente por magistrado eleito, cresceu vertiginosamente no Império. Mesmo Cândido Mendes de Almeida (1870, p. 587), um dos maiores juristas do Oitocentos, considerava a proposição filipina suficiente. Ele julgava a criação da conciliação “servil imitação” das instituições inglesas (sic) e os juízes de paz “inúteis” magistrados. Parece, portanto, que a República resolveu o problema da eficiência da conciliação, suprimindo o método e abolindo o exercício da função pelos juízes de paz (CAMPOS; FRANCO, 2017, p. 271-272).

O instituto da conciliação e do juízo com caráter popular tornaram-se objeto em fins do século XIX. O juizado de paz passou de símbolo de progresso civilizacional a exemplo da incapacidade da sociedade brasileira de desfrutar de técnicas de resolução consensual de conflitos (Cf. CARVALHO, 2002, p. 497).

A República acusava a conciliação de apenas “procrastinar” o processo, provocar “nulidades” e impor aos cidadãos a “transação” de direitos. Mesmo que algumas unidades da federação como São Paulo, Minas Gerais, Bahia e Rio Grande do Sul tenham adotado a conciliação em abandono das velhas ordenações, não voltaram ao lugar de elemento essencial do processo. Com o Decreto 737/1850 e a possibilidade de as partes concordarem em ratificar a inexistência de conciliação no curso do processo, verifica-se certa atenuação do ímpeto das disposições transitórias em relação ao caráter essencial do método para o ajuizamento da ação.

Depois da admissão em causas trabalhistas no de 1946, retomou-se a conciliação com a Lei nº. 968, de 10 de dezembro de 1949, como acordo preliminar nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, incluindo os provisionais, na forma de seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º - Nas causas de desquite litigioso e de alimentos inclusive os provisionais, o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada promoverá todos os meios para que se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transiação.

E, no seu artigo 2º, define que: “Para os fins do artigo anterior, o juiz, pessoalmente, ouvirá os litigantes, separada ou conjuntamente e poderá ainda determinar as diligências que julgar necessárias”. A conciliação voltou ao plano constitucional em 1988, quando a Constituição, em seu artigo 98, previu:

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;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

[...]

No Brasil, a partir dos anos 1990, houve crescente interesse pelo instituto da mediação, sobretudo por influência da legislação argentina editada em 1995. Nesse contexto de estímulo à prática conciliatória,

a Lei nº 9.307/96 instituiu a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei nº 4.827/98, da deputada Zulaiê Cobra – aprovado em 21 de junho de 2006 pela Comissão de Justiça na forma do substitutivo elaborado por Pedro Simon, senador pelo PMDB-RS, instituiu e disciplinou a mediação paraprocessual no Brasil (BRANCO; CAMPOS; SANTOS, 2010, p. 56).

Segundo Ricardo Goretti (2017, p. 186 e 187), constituído por apenas sete artigos, o Projeto de Lei nº 4.827/1998 pecou pela superficialidade quanto à fixação de critérios de regulamentação dos procedimentos do processo de mediação, bem como pela total omissão à delimitação de diretrizes básicas de formação, capacitação, seleção e controle das atividades dos mediadores. No ano de 2003, porém, o Projeto de Lei nº 4.827/1998 foi harmonizado a outra proposta de instituição e disciplina da mediação paraprocessual por proposta, elaborada em 1999 pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual em parceria com a Escola Nacional de Magistratura. A partir da referida fusão, o Projeto de Lei 94/2002, que visava a instituir e disciplinar a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de prevenção e de solução de conflitos cíveis, foi encaminhado ao Senado Federal, tendo sido aprovado com algumas emendas.

Por conseguinte, as discussões legislativas sobre a institucionalização da mediação no Brasil foram retomadas em 2009, com a convocação da comissão de juristas responsável pela apresentação de um anteprojeto ao CPC/2015. O resultado dos trabalhos foi convertido no Projeto de Lei 166/2010, que tramitou na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei nº 8.046/2010.

Concomitantemente aos debates legislativos sobre a institucionalização da mediação no CPC/2015, o Congresso Nacional também atuou para promover a criação da primeira lei nacional de mediação: o Marco Legal da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), que institucionalizou a mediação no âmbito do Poder Judiciário,

regulamentando, ainda, a prática do instituto no plano extrajudicial (GORETTI, 2017, p. 188).

Fernanda Tartuce (2016, p. 501) observa que o advento da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), aprovada no Congresso Nacional em data próxima à aprovação do Novo CPC (Lei 13.105/2015), buscou atender à expectativa de regulamentação que pairava sobre o instituto. Portanto, a Lei de Mediação completou, juntamente com a Resolução 125 do CNJ e as normas sobre o tema contidas no Novo CPC, o “minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos”, ocupando o papel de verdadeiro marco legal. Pode se afirmar que o novo CPC se dedicou ao meio consensual, inovando-o e disciplinando-o em minúcias ao regular a mediação – algo que nenhuma lei anterior realizara. O sistema do direito processual civil brasileiro foi, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC/2015 (DIDIER JR, 2018, p. 320).

Art. 3º - [...]

[..]

§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.

Didier Júnior (2018, p. 320) ressalta, ainda, que o parágrafo único do art. 1º da Resolução nº 125 do CNJ determina aos órgãos judiciários, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação

ao cidadão. Humberto de Pinho (2015, p. 128) reforça que o art. 1.º da citada Resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o escopo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados. Ressaltam também que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução por meio de provimento jurisdicional final, ofertar outros instrumentos de soluções de conflitos, em especial aqueles designados de meios consensuais, tais como a mediação e a conciliação (PINHO, 2015, p. 128). Humberto de Pinho (2015, p. 320) destaca que, até a edição do CPC vigente, o mais importante instrumento normativo sobre a mediação e a conciliação é a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, alterada em 2016 para fim de adequá-la à Lei nº 13.140/2015.

A teor da sobredita Resolução, os tribunais deverão, obrigatoriamente, criar centros de soluções de conflitos. A criação destes centros e as suas linhas gerais estão previstas no art. 165, caput, CPC, e nos arts. 8º a 11 da Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Guilherme Kronenberg Hartmann (2016, p. 164). ensinam que o Código de Processo Civil de 2015 inova ao prever a audiência de conciliação ou de mediação *initio litis*, aplicável ao rito comum, na esteira de unificação dos procedimentos ordinário e sumário então ditados pelo CPC/1973, assim como dispõe o art. 318 do CPC/2015.

Hartmann e Mendes (2016, p. 178) concluem que o legislador intercede na direção da substituição da “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, como forma de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, humanizando-a. Conta, para isso e por pressuposto, com um necessário comportamento cooperativo, encarnado pelo diálogo das partes e de seus advogados. Dessa feita, o propósito do legislador foi reduzir ao mínimo a distância entre a propositura da demanda e a realização da audiência, lucrando-se com a brevidade do feito, tendo em vista a economia de tempo e

energia processual alcançada; bem como pelo apaziguamento factual dos ânimos até então antagônicos, em incentivo à solução pacífica das controvérsias.

A ESCOLHA DA CONCILIAÇÃO OU DA MEDIAÇÃO PRÉVIAS POR MEIO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A POSSIBILIDADE DE SUA REALIZAÇÃO PELO JUIZ

A nova roupagem que o CPC/2015 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da adoção do Modelo Multiportas de Acesso à Justiça, a preocupação com a participação democrática das partes no processo, a necessidade de celeridade processual, bem como a busca da solução mais rápida, justa e econômica para as partes e o processo. Por isso, a importância de se proceder à análise ampla e conjugada do instituto da conciliação e da mediação e de sua prática pelo magistrado quando, em caso de negócio jurídico processual, as partes tenham optado por sua realização, e, sobretudo, não tenha o foro estrutura e/ou pessoal suficiente ou tecnicamente adequado para a concretização do ato escolhido previamente pelos litigantes.

Elaine Harzheim Macedo (2017, p. 71) acentua que o CPC vigente, ao permitir a realização de negócios processuais atípicos e ao incentivar a autocomposição, demonstra maior preocupação com a resolução do conflito do que propriamente com o seu julgamento. Disso resulta a necessidade de redimensionamento do papel tradicional da jurisdição. Os negócios jurídicos processuais atípicos consistem em instrumento capaz de dotar o procedimento judicial de maior flexibilidade. Os princípios do autorregramento da vontade e da adequação processual do CPC/2015 prestigiam a autonomia da vontade e permitem às partes a celebração de negócios jurídicos

processuais aptos a moldar o procedimento às particularidades do caso concreto (MACEDO, 2017, p. 72).

Gilberto Fachetti Silvestre e Guilherme Valli de Moraes Neves (2017, p. 81) ressaltam que o ordenamento confere maior preponderância à declaração do que à vontade interna do agente, em face do artigo 112 do CC/2002, que dispõe, *in verbis*: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Macedo (2017, p. 83) complementa que, embora os negócios jurídicos não dependam do juiz para produzirem efeitos, o magistrado deve exercer o controle sobre o negócio, recusando a sua aplicação somente nos casos de nulidade, inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão ou se ensejar situação de manifesta vulnerabilidade para alguma das partes. Destarte, somente em caso de nulidade absoluta será possível a atuação de ofício do magistrado.

Para Fredie Didier (2018, p. 439), o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, pois, caso ignore o negócio jurídico processual, o estudo das fontes da norma jurídica processual não será completo. Os negócios processuais devem ser interpretados de acordo com as normas gerais de interpretação dos negócios jurídicos previstas no Código Civil, de modo que, conforme orientação contida no art. 112 daquela legislação, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (DIDIER, 2018. p. 459).

Bruno Garcia Redondo (2015, p. 274) sustenta, da análise conjunta dos art. 190 e 200, que o CPC/2015 consagrou não apenas cláusula geral, mas também novo princípio de autorregramento das partes no processo. A vontade dos jurisdicionados deve ser observada pelo juiz como regra geral, pois a eficácia dos negócios processuais é imediata e independe de homologação judicial. E deve-se considerar

possível o controle judicial somente *a posteriori* e apenas para o reconhecimento de defeitos relacionados aos planos da existência ou da validade da convenção.

Na formatação processual vigente, denota-se que o propósito do legislador foi reduzir ao mínimo a distância entre a propositura da demanda e a realização da audiência, lucrando-se com a brevidade do feito. Nota-se, desse modo, o compromisso com a economia de tempo, bem como se estimula o apaziguamento factual dos ânimos até então antagonônicos em incentivo à solução pacífica das controvérsias.

O CPC/2015, por meio de seus princípios norteadores, tais como a cooperação e a valorização de métodos consensuais de solução de conflitos, busca a descaracterização da figura do juiz centralizador, preso à legalidade e superior às partes. Na nova ótica processual, o juiz passa a ter postura mais colaborativa, cooperando com as partes para que a solução do litígio seja rápida e efetiva, não dependendo mais o conflito, necessariamente, de decisão de mérito para que se resolva de forma satisfatória aos envolvidos.

O legislador intercede, assim, na direção da substituição da “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, como forma de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, humanizando-a. Conta-se, para isso e por pressuposto, com o necessário comportamento cooperativo dos atores processuais (HARTMANN; MENDES, 2016, p. 178).

Contudo, a despeito da questão cultural da litigiosidade, é preciso se voltar ao interesse emanado pelas partes quanto à utilização da conciliação e da mediação. Por meio da celebração de negócio jurídico processual, as partes podem escolher a realização da audiência de conciliação ou da mediação no início do curso procedimental, o que não pode ser desprezado pelos juízes, haja vista a vontade manifesta dos envolvidos e diante da obrigatoriedade estampada no art. 334 do CPC/2015. Nesta hipótese, a autonomia da vontade merece grande relevo, mormente diante da codificação atual que valoriza e homenageia

o protagonismo das partes na construção conjunta da definição para o tema sobre o qual contendem (MAZZEI; CHAGAS, 2017, p. 73).

Nesse aspecto, o juiz assume papel de gerente processual, mas sem antes atender à vontade emanada pelas partes. Assim, como propulsor do uso dos métodos autocompositivos em toda a trilha processual, fica o Juiz vinculado à realização da audiência de conciliação ou mediação, a depender da modalidade eleita pelos contendores. Ao se negar a conduzi-la pelas razões de deficiências estruturais, como atualmente vem ocorrendo nos foros, a via adjudicatória permanece como melhor caminho às partes, afastando cada vez mais dos sujeitos o acesso à Justiça, por meio da adoção dos métodos pacíficos de solução.

Na realidade jurídica brasileira, o maior problema apresentado para a realização das audiências de conciliação ou mediação não está no comparecimento das partes e nem mesmo na necessidade de enfrentamento das técnicas adequadas. O maior desafio para a realização das audiências está no próprio Judiciário despreparado estruturalmente para a execução de tais atos.

Lamentavelmente, tornou-se habitual aos juízes realizarem a imediata dispensa da audiência de conciliação ou mediação sob o argumento de que não possuem estrutura adequada no foro ou não contam com pessoal suficiente ou preparado tecnicamente para a sua realização. No entanto, não bastasse o prazo suficiente para a criação e a estruturação dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos (CEJUSCs), os tribunais têm entendido que as disposições relativas à interpretação das convenções feitas pelas partes não passam de meros conselhos oferecidos ao juiz, sem caráter imperativo (CRESCENZO, 2011).

Nos foros do Estado do Espírito Santo não é incomum ao magistrado, ao receber a demanda, desde já se manifestar pela impossibilidade de realização da audiência prevista no art. 334 do CPC/2015, sob o amparo do Ato Normativo nº 170, de 17 de agosto de 2015, expedido pelo TJES, manifestando-se nos seguintes termos:

[...] deixo de designar audiência inaugural prevista no art. 334 do CPC, ante o parecer técnico elaborado pela comissão constituída para elaboração de estudo sobre os principais reflexos normativos, estruturais e operacionais do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015 – NCPC), no âmbito do 1º e do 2º graus de jurisdição do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, instituída pelo Ato Normativo nº 170, de 17 de agosto de 2015.⁴

No entanto, as justificativas do Judiciário para dispensar a audiência de conciliação ou mediação colidem com a regra inserta no art. 334 do CPC/2015. Diante da vontade manifesta das partes expressada em negócio jurídico processual, fica o magistrado obrigado a atender à norma jurídica criada conjuntamente pelos envolvidos na lide, uma vez que, inexistentes as hipóteses de recusa ao negócio, na forma do art. 190, parágrafo único do CPC/2015, seu caráter se mostra vinculante. Sob esse ponto de vista, podem as partes, por meio da celebração de negócio jurídico processual, convencionar a necessidade de realização da audiência de mediação, com a finalidade de alcançar a solução prévia do conflito, ou seja, sem a necessidade de se aguardar o pronunciamento judicial emitido em forma de sentença.

Com efeito, acumulando o Juiz os atributos ínsitos da confidencialidade, da imparcialidade e da neutralidade, assim como resta exigido ao conciliador e ao mediador, não merece o uso de tais métodos autocompositivos ser, de plano, descartados por ausência de condições estruturais e/ou técnicas para a realização do ato no foro de sua atuação. O atual CPC atribui ao magistrado função cooperativa com estreita ligação ao princípio da celeridade processual ou à razoável duração do processo. É, pois, fundamental que, na relação processual, o juiz atue de forma colaborativa com as partes, com o intuito de

⁴ Despacho extraído do Processo nº 0001890-66.2016.8.08.0049, Vara Única de Venda Nova do Imigrante – consulta realizada no sítio do Tribunal de Justiça do Espírito Santo em 03/05/2019.

alcançar a realização do direito material de forma mais célere e menos dispendiosa para o Estado.

O princípio da cooperação consiste em desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes. A cooperação permite a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional (TEODORO, 2016, p. 106).

A cooperação impõe às partes e aos advogados mútuo respeito, colaboração e boa-fé e, ao magistrado, precipuamente, o dever de dialogar com aqueles, para esclarecer, prevenir, auxiliar ou sanar eventuais percalços procedimentais. E, a partir disso, dar “concretude ao dever de cooperação entre juiz e as partes, por meio do diálogo, do esclarecimento, do auxílio e da prevenção”, sempre tentando a tutela efetiva ao caso concreto (FAIRBANKS; GOMES; GAIO JÚNIOR, 2018, p. 8-9).

Mesmo que a Lei 13.140/2015 não contenha previsão do magistrado como mediador habilitado à condução da audiência, em vista de sua vinculação ao julgamento da demanda, não se pode negar às partes a solução amigável do conflito. O princípio da imparcialidade do magistrado, o propósito da desjudicialização e a busca pela solução consensual, nada obsta que o juiz realize a audiência de conciliação ou de mediação, a ser por ele mesmo presidida em caso de ausência de estrutura e pessoal adequados no foro de sua atuação. Tudo em prol do alcance mais célere e efetivo da solução de uma contenda.

Na medida em que o magistrado deve decidir o processo nos limites expostos pelas partes, o seu contato inicial com as partes, em verdadeiro diálogo, o permite ampliar a sua cognição a respeito dos contornos da questão posta, proporcionando-lhe maior aproximação da realidade. Nessa medida, os atores processuais, quando em contato inicial, sem as armas de afirmação de defesa apontadas e em diálogo

mais franco e direto, há melhores condições ao julgador de apreciação do que se encontra deduzido no processo e, especialmente, a avaliação mais acertada do que as partes efetivamente sustentam.

Dessa maneira, a participação do juiz na condição de mediador ou conciliador apresenta contornos positivos, na medida em que, além de estimular a tentativa de diálogo anterior ao debate jurídico, o aproxima dos meandros do conflito. E mesmo que a solução apaziguadora não seja alcançada, o magistrado poderá conceder tutela adjudicada mais coerente e próxima da realidade dos fatos e dos argumentos trazidos pelas partes, tendo em vista a conversa inicial propiciada por meio da audiência prevista no art. 334 do CPC/15.

A imparcialidade do juiz, ainda que promova o julgamento da causa objeto de conciliação ou mediação, fica resguardada na medida em que também é seu dever funcional, assim como aquele de preservar a confidencialidade das informações antecipadamente emitidas pelas partes no procedimento voltado à solução consensual. O sigilo deve nortear todo o método de autocomposição, devendo a confidencialidade ser conservada por todos os participantes. No que pertine ao juiz, deve este sempre honrar pela manutenção da imparcialidade e da confidencialidade. Ainda que na direção de uma audiência de conciliação ou mediação, o magistrado não pode descumprir tais regras fundamentais de atuação escorreita, sob pena de flagrante violação de seus deveres funcionais.

Com efeito, a violação da imparcialidade e da confidencialidade do juiz, que eventualmente assume a condição de conciliador ou mediador, não pode servir de argumento para afastar a possibilidade de sua atuação nesta qualidade. Deve-se considerar que, sendo a solução adjudicada ou construída pelas partes, deve o juiz atuar em ambas as situações sem qualquer tendência ou por meio da divulgação das informações que lhe forem confiadas pelas partes.

A respeito da confidencialidade, o §2º do art. 166 do CPC atual determina que, em virtude do dever do sigilo, inerente às funções do conciliador e do mediador, não devem eles, bem como os membros de suas equipes, divulgar ou depor a respeito de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (BARBOSA, 2015, p. 152). Dessa feita, a confidencialidade figura como requisito fundamental à realização da mediação ou da conciliação, de modo que o dever de guarda das informações, na realização de tais atos, não constitui elemento inovador às próprias funções do magistrado que, no decorrer do litígio, deve atuar sempre com observância à imparcialidade e ao sigilo.

Vale lembrar que a autocomposição, seja na forma de conciliação ou mediação, salvo as custas judiciais (permitida a gratuidade judiciária), não carrega consigo valor econômico agregado, tal como ocorre na arbitragem, cujas câmaras especializadas divulgam as taxas atinentes a cada procedimento realizado. Com efeito, exerce o magistrado papel de fundamental relevância na busca pela solução acordada, de modo que, no pleno exercício de sua função estatal, desprovida de qualquer anseio valorativo, estimula as partes a conceber a solução que melhor lhes atende.

Ademais, na forma do art. 139, V, do CPC/2015, incumbe aos juízes promover, a qualquer tempo, a autocomposição. Com efeito, se o Diploma Processual vigente evoca a atuação dos magistrados no decorrer do trâmite processual, não haveria razão para impedi-los de atuar na forma do prescrito no art. 334 do mesmo ordenamento.

Por meio do procedimento autocompositivo, o juiz exerce papel de grande relevância ao avaliar os pontos nodais da controvérsia e, a partir de um diagnóstico apurado, determinar se a demanda pode ser melhor resolvida por meio da conciliação ou da mediação. Destarte, é a partir do filtro manejado pelo magistrado que o método compositivo mais adequado é eleito para a obtenção da solução pacífica de um litígio.

No atual ordenamento processual civil, mostra-se cada vez mais importante alcançar a solução justa, rápida e eficaz do conflito, ainda que por meio da atuação do magistrado na qualidade de conciliador ou mediador, quando não possua espaço e pessoal suficiente ou tecnicamente preparado em determinado foro, do que aplicar literalmente as disposições contidas na Lei 13.140/2015, o impedindo de agir nesta qualidade por vedações de sua atuação, tendo em vista que não poderia se envolver com as partes na construção da solução, pois estritamente vinculado ao julgamento da causa.

CONCLUSÃO

A prática conciliatória não mais apresenta caráter obrigatório e essencial tal como ocorrera na era imperial. Denota-se que no desenrolar histórico, o Estado passou a conferir teor mais civilizado na busca pela pacificação social, tomando para si a atribuição de tutelar os conflitos de interesses. Dessa maneira, a autotutela antes legitimada passou a dar lugar a atuação estatal promovendo a atividade jurisdicional, especialmente por meio do estímulo e do oferecimento do aparato para a realização dos métodos autocompositivos (NALINI, 2016, p. 28).

A ideia de monopólio estatal surgiu exatamente para estreitar os limites de poder do mais forte, evitando abusos e a aplicação generalizada daquilo que se denominava de autotutela pelo exercício de uma modalidade de aplicação de justiça privada. Passou a caber ao Judiciário, portanto, compor os conflitos, mantendo a convivência pacífica entre os sujeitos que não precisam medir forças como faziam em tempos passados (BARCELLAR; BIANCHINI; GOMES, 2016).

Com efeito, apesar de a composição ter sido mantida em alguns códigos estaduais, mesmo após seu perecimento na fase republicana,

atualmente, na seara federativa, a adoção dos métodos autocompositivos é amplamente estimulada, mormente após a vigência do CPC/2015. Por essa iniciativa, as partes economizam o tempo processual, uma vez que não necessitam aguardar a decisão final da contenda que, na maioria dos casos, não revela a vontade uníssona dos envolvidos, fomentando a litigiosidade por meio dos infundáveis recursos.

Como se pode denotar do Diploma Processual Civil vigente, o CPC/2015, por meio de seus princípios norteadores, tais como a cooperação e a valorização de métodos consensuais de solução de conflitos, busca-se a descaracterização da figura do juiz centralizador, preso à legalidade e superior às partes. Na nova ótica processual, o juiz passa a ter postura mais colaborativa, cooperando com as partes para que a solução do litígio seja rápida e efetiva, não dependendo mais o conflito, necessariamente, de decisão de mérito para que se resolva de forma satisfatória aos envolvidos.

Neste capítulo, destacaram-se a conciliação e a mediação como valioso mecanismo para a solução prática e pacífica dos conflitos, seja no âmbito judicial ou extrajudicial. Ocorre que, na prática, os juízes pouco aplicam os métodos autocompositivos, seja por falta de empenho no uso do instrumento para obtenção da solução consensual do litígio, seja pela alegação de falta de estrutura adequada ou de pessoal suficiente e/ou tecnicamente habilitado. A despeito da questão cultural da litigiosidade a ser vencida pelos advogados e juízes, é preciso se voltar ao interesse emanado pelas partes quanto à utilização da conciliação ou da mediação, que não pode ser desprezado pelos magistrados, haja vista a vontade manifesta dos envolvidos e diante da obrigatoriedade prevista no art. 334 do CPC/2015.

Assim, inexistentes as hipóteses de nulidade, inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão ou situação de manifesta vulnerabilidade para alguma das partes, deve o juiz, caso as partes decidam pela audiência de conciliação ou de mediação, respeitar o

ajuste desenhado por meio do negócio jurídico processual e interpretá-lo como regra criada pelos sujeitos. A decisão das partes deve receber idêntico tratamento dispensado ao comando estatal que rege o desempenho do magistrado, tudo em prol do alcance de uma solução rápida, pacífica e igualitária para as partes.

Ora, o argumento de que falta estrutura no foro não pode ser considerado legítimo para justificar a dispensa da audiência de conciliação ou mediação, haja vista o prazo suficiente para estruturação e criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), desde a sua regulamentação. Em caso de déficit operacional, e, considerando, sobretudo, a vontade das partes para a solução amigável do conflito, não devem existir óbices para o juiz conduzir a audiência eleita.

Considerando o propósito de valorização do diálogo entre as partes, não merece amparo a vedação legal de que o juiz, devidamente qualificado segundo as regras do CNJ, seja afastado da atuação consensual. Na medida em que se faz presente em todas as fases processuais, não se justifica impedir a sua participação direta na busca pelo consenso entre as partes, desde que possua toda a qualificação exigida para a realização de sua atividade como conciliador ou mediador.

Na medida em que o CPC/2015 apregoa a cultura da solução consensual dos conflitos entre os cidadãos, por meio da divulgação valorosa da conciliação e da mediação, seria o juiz mais um colaborador participante desse processo de promoção dos meios adequados de resolução das contendas. Nesse contexto, proibir o magistrado de conduzir a audiência de conciliação ou de mediação eleita pelas partes, especialmente quando não há auxiliares da Justiça habilitados para tanto, é sufocar a vontade dos sujeitos de colocarem fim ao litígio de forma célere, eficiente e mais satisfativa.

Assim como os juízes de paz no período do Brasil Império, os juízes, inclusive os leigos, desde que esses últimos sejam tecnicamente

preparados para tanto, podem exercer papel de grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Especialmente no que tange a audiências de conciliação ou de mediação eleitas pelas partes, contribuindo de forma direta para o incremento das formas adequadas de solução de conflitos.

Considerando o que preconiza o diploma processual em vigor, assim como o Conselho Nacional de Justiça, é fundamental que o diálogo seja sempre estimulado entre as partes, em busca do consenso, para fins de cumprir os princípios de acesso à Justiça e de duração razoável do processo. Como o juiz figura como um dos atores do processo, nada o impede de, diferentemente de suas atividades habituais, atuar na condição de conciliador ou mediador, desde que atenda aos requisitos e regramentos exigidos daqueles mesmos cidadãos capacitados nos termos da Resolução 125/2010.

Conclui-se, portanto, que a participação dos juízes nas audiências de conciliação ou de mediação se mostra como alternativa eficiente à ascensão dos métodos de resolução dos conflitos, amplamente divulgados pelo ordenamento jurídico vigente, em especial, como forma de propiciar aos cidadãos acesso irrestrito e facilitado à Justiça, promovendo a tramitação mais acelerada dos processos e, por consequência, aumentando a eficiência e o resultado produtivo do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e justiça restaurativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de Almeida. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I: Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

- BARCELLAR, R. P. ; BIANCHINI, A.; GOMES, L. F. Saberes do Direito 53: mediação e arbitragem. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda; CAMPOS, Naiara Guimarães; SANTOS, Ricardo Goretti e. Mediação: uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar. Vitória: Editora SEBRAE, 2010.
- BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sobre as formalidades do processo civil. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1858. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/50463/PDF/50463.pdf#search='pimenta%20bueno%20Pimenta%20Bueno'> Acesso em 5 Mai. 2019.
- CAMPOS, Adriana Pereira. Magistratura Eleita: administração política e judicial no Brasil (1826-1841). Almanack: Guarulhos, n.18, p. 97-138, Apr. 2018.
- CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. Dados: Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, p. 271-298, mar. 2016.
- CAMPOS, Adriana Pereira; FRANCO, João Vitor Sias. A conciliação no brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. Revista de Direito Brasileira, v. 18, p. 263-281, Set./Dez. 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- CARVALHO, José Murilo de. Visconde do Uruguay. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- COUTO, Mônica Bonetti; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Desjudicialização e novo código de processo civil: análise à luz

- das técnicas inseridas no sistema processual brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 271, p. 405-425, set 2017.
- CRESCENZO, Francisco Paulo de. *Interpretação do Negócio Jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- DIAS, João Paulo; PEDROSO, João. As profissões jurídicas entre a crise e a renovação: o impacto do processo de desjudicialização em Portugal. *Direito e Democracia*, vol. 3, n. 2, p. 281-324, 2002.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.
- DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2014.
- FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto; GOMES, Júlio César dos Santos, GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Negócios Jurídicos Processuais e as Bases para sua Consolidação no CPC/2015*. *Revista de Processo*, vol. 267/2017, p. 43-73, maio 2017.
- FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurados em el Brasil imperial: control social y estabilidad política en el nuevo Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Mediação e Autocomposição: Considerações sobre a Lei nº 13.140/2015 e o Novo CPC*. *Direito Civil e Processual Civil–Edição Especial – Novo CPC*. *Revista Síntese*, vol. 13, n. 97, p. 148-161, set-out 2015.
- GORETTI, Ricardo. *Mediação e acesso à justiça*. Salvador. Editora JusPodivm, 2017.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo, Editora 34, 2003.
- JUSTIÇA em números 2018: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018.

- MACEDO, Elaine Harzheim. Negócios Jurídicos Processuais e Políticas Públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. Revista de Processo, vol. 273, p. 69-93, nov.2017.
- MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequado de conflitos? Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR, Ano 3, n. 1, maio de 2018.
- _____. Breve Ensaio sobre a Postura dos Atores Processuais em Relação aos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos. 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. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 9, p. 67-89.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg e. A Audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, vol. 4/2018, p. 163-184, mar. 2016.
- NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. 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. 27-34.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O histórico da lei de mediação brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2015. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 46/2015, p. 123-139, jul-set.2015.
- RAWLS, John. Uma teoria de justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/1973 para a Adequada Compreensão da Inovação do CPC/2015. Extraído

- do Cap. 12 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 1 – Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio Jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado, vol. 75/2017, p. 81-113, mar. 2017.
- TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no Direito Brasileiro. Revista de Processo, vol. 258, p. 495-516, ago. 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA PARA PERSONAS FÍSICAS NO COMERCIANTES COMO UN MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA¹

Caren Daiana Kalafatich²

“No es lo que existe,
sino lo que podría y debería existir,
lo que necesita de nosotros”.
Cornelius Castoriadis

INTRODUCCIÓN

La propuesta de incorporar la regulación de los procesos de insolvencia para personas físicas no comerciantes a los Códigos Procesales que regulan las materias Civil y Comercial encuentra su génesis en una

¹ El marco teórico sobre el cual se asienta el entendimiento de la tutela de los consumidores como un tipo de tutela procesal diferenciada está dado por los siguientes artículos: BERIZONCE Roberto O., “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas” y CROVI Daniel, “La tutela al consumidor en la normativa vigente”, Tutelas procesales diferenciadas – I, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2008, N°2; BERIZONCE Roberto O., “Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas”, Tutelas procesales diferenciadas – II, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, 2009, N°1. Asimismo, corresponde realizar una aclaración conceptual de manera introductoria al presente trabajo. Si bien el término “procesos de insolvencia” suele referir a los procesos de quiebra -civil o comercial-, en este trabajo y en razón de la ley modelo para América Latina y el Caribe que se tratará sobre el final de esta propuesta, tomaremos como proceso de insolvencia a aquellos mecanismos de tipo autocompositivos en los que el consumidor puede renegociar con sus acreedores el pasivo de manera tal de lograr un acuerdo.

² Abogada (UNL), Maestranda en Derecho Procesal (UNLP), Adscripta en Derecho Procesal I (UNL), Asesora en la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, Miembro de la Junta de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, Secretaria de Redacción de la Revista de Interés Público (UNLP).

compleja y cada vez más frecuente problemática: el sobreendeudamiento. Las personas físicas no comerciantes (o “consumidores”) pertenecen, en general, a los sectores sociales más desaventajados³ y, al mismo tiempo que gozan de una protección sustantiva fuerte⁴ (a través de los textos Convencionales, Constitucionales, Códigos Civiles y Comerciales o leyes especiales de defensa del consumidor), padecen una desprotección adjetiva descomunal.

El sobreendeudamiento es entendido como aquella situación en la que una persona física no comerciante -un consumidor, un trabajador, una familia- contrae deudas por encima de su capacidad de pago. Es decir, no basta con estar endeudado o haber contraído un crédito, para ser considerado una persona sobreendeudada se requiere que el activo de la persona no pueda afrontar el pasivo sin poner en peligro su subsistencia en condiciones dignas y/o la de su grupo familiar o doméstico.

En estos casos, hay una clara necesidad jurídica insatisfecha: la del consumidor sobreendeudado en tanto resulta ser un sujeto económicamente vulnerable que se encuentra bajo riesgo cierto de pérdida (o compromiso significativo) de su salario o su vivienda (en tanto resultan constituir la garantía más común del pasivo en el mercado

³ Una nota periodística advierte que en razón del sobreendeudamiento -y refiriéndose a estas personas como “súper deudores”- “Más de 55 millones de brasileños están rezagados en los pagos de sus tarjetas o préstamos. En su mayoría son personas que ascendieron a la clase media durante el apogeo económico y que ahora están al borde de caer en la pobreza otra vez.” La misma nota habla de un 37% de la población adulta endeudada, datos que coinciden con otros estudios que además advierten “En los últimos años los niveles de endeudamiento de hogares de ingresos bajos en América Latina han crecido considerablemente. Esto, en parte, debido al crecimiento de los préstamos de consumo que además ha coincidido con el aumento de los ingresos de muchas familias en países como Chile, Perú, Brasil, México y Colombia.”, ver NAVAJAS, Sergio “Préstamos de consumo y sobreendeudamiento en América Latina” en el sitio de Multilateral Investment Fund, link <https://www.fomin.org/en-us/Home/News/article-details/ArtMID/18973/ArticleID/2017/NoTitleLink.aspx>

⁴ Basta con mencionar que el artículo 42 de la Constitución Nacional consagra la protección de los intereses económicos y la dignidad de los consumidores. Para un desarrollo completo sobre la protección que el ordenamiento jurídico otorga al consumidor sobreendeudado ver BELTRAMINO 2014.

crediticio) y con ello ver en quebranto su sostenibilidad económica y la de su grupo. La vulnerabilidad surge de diversas cuestiones. La falta recursos afecta su posibilidad cierta de acceder a una defensa técnica adecuada. Su posición contractual resulta ser débil, en tanto se trata de relaciones comerciales en las que el consumidor se limita a aceptar las cláusulas crediticias sin posibilidad alguna de discutir las mismas, es decir, no hay una igualdad real entre los co-negociantes y la libertad del más débil se encuentra fácticamente anulada. Su situación social es frecuentemente compleja, en la gran mayoría de los casos nos encontramos ante sujetos con niveles de alfabetismo medio y bajo, es decir, grupos sociales que mayormente no saben que tienen derechos (v.gr. garantía de protección de sus derechos económicos o mínimo existencial de vida digna) o bien no saben cómo hacerlos efectivos (dónde acudir, cómo, etc.).

Ante el cobro de un crédito, la conducta habitual del sujeto endeudado es pasiva. Estas personas no pueden afrontar sus deudas, mucho menos pagar un abogado. A ello se suma el hecho de que, en muchas ocasiones, no conocen siquiera la existencia de mecanismos de defensa gratuita. Ahora cuando la situación se agrava, es decir, cuando hay muchos juicios de cobro de deuda o ejecuciones, el único escape que encuentran es a través de la Ley de Concursos y Quiebras, por medio de procedimientos cuyo enfoque es cubrir el pasivo sin proteger al sujeto vulnerable de manera debida.

En esta relación crediticia hay otra necesidad jurídica, la del acreedor que desea cobrar su acreencia. No podemos decir que estamos ante una necesidad jurídica insatisfecha toda vez que aunque podamos disentir en relación a la eficiencia (en términos de rapidez) de los diversos mecanismos procesales de cobro -según el tipo de crédito-, lo cierto es que desde hace mucho tiempo las reformas procesales -y en especial la que está sucediendo en Argentina- evidencian una fuerte preocupación por esta cuestión y en consecuencia están continuamente

buscando alternativas para agilizar el crédito (v.gr. instaurando los procesos monitorios).

Lo que justifica la presente propuesta es justamente la necesidad de dotar a los consumidores sobreendeudados, en su carácter de sujetos vulnerables, de mecanismos o herramientas que resulten idóneos -a la luz del art. 25 CADH en tanto reconoce el derecho a un recurso efectivo- para enfrentar su problemática de severo endeudamiento con un enfoque claro de acceso a la justicia (gratuitos, sin necesidad de representación letrada, en efectiva igualdad negocial, que garanticen el derecho patrimonial del acreedor sin poner en peligro el mínimo existencial de vida, etc.).

No se puede dejar de señalar que ha existido siempre un discurso encubierto en todo proceso de reforma que, al mismo tiempo que busca impulsar la agilización del cobro de créditos -en desmedro de las garantías y derechos de los vulnerables o sin hacerse cargo de su compleja situación- invisibiliza o demoniza a los sobreendeudados (“irresponsables deudores”) y vaticina consecuencias negativas ante cualquier medida que pretenda avanzar en su protección, como los pronósticos de una fatídica retracción del otorgamiento de créditos ante la “imposibilidad de recupero” de los mismos. Todas esas profecías carecen de cualquier estudio empírico serio que las avalen. Además, algo debe quedar claro en todo esto. Los comerciantes que entregan créditos lo hacen con intereses lucrativos -muchas veces desmedidos- y no por pura filantropía. Y sin perjuicio de ello, todo acreedor tiene derecho al recupero del crédito, y al mismo tiempo tiene la obligación de entregarlo de manera responsable: dentro de los niveles de capacidad económica de pago de cada solicitante, con información adecuada, aconsejando al consumidor, entre otras garantías y obligaciones.

El consumidor que solicita crédito -por diversas razones más o menos plausibles- tiene la obligación de pagar su pasivo, pero al mismo tiempo tiene también el derecho a un mínimo existencial o a

una vida en condiciones mínimas de dignidad. Hay una clara tensión que hasta hoy se ha resuelto siempre con la preeminencia del derecho patrimonial de la parte fuerte en desmedro del derecho alimentario y de subsistencia de la parte débil. Si verdaderamente entendemos que el proceso tiene una función social, debemos procurar mecanismos procesales que permitan “balancear” los derechos en juego, es decir, garantizar el recupero de las empresas financieras sin afectar derechos básicos y fundamentales de toda persona humana.

Ahora bien, de un análisis del ordenamiento argentino es relativamente sencillo advertir algunas cuestiones: (i) la mayor carga de trabajo de los juzgados civiles y comerciales corresponde a la cobranza de deudas⁵; (ii) cuando el consumidor no puede pagar debe acudir a procesos concursales o falenciales que no son adecuados a su problemática y que ponen en riesgo su vivienda o salario (y con ello su posibilidad de su subsistencia y la de su grupo familiar)⁶; (iii) no existen mecanismos efectivos para la solución de la insolvencia de las personas físicas no comerciantes que se estructuren sobre un enfoque que, sin desconocer el derecho patrimonial del acreedor, permitan garantizar el mínimo existencial para el desarrollo de una vida digna de aquel sujeto que por diversas causas ha contraído un pasivo que no puede afrontar; (iv) esta situación evidencia una clara afectación al derecho fundamental de acceso a la justicia pero los procesos de reforma no se hacen eco de este problemática social la cual continúa invisible

⁵ Si bien no tengo datos numéricos sobre la situación en Argentina, entiendo que seguimos la tendencia de los países de Latinoamérica conforme la cual los procesos ejecutivos dispuestos para el cobro de deudas promedian entre el 60% y 70% de la carga de los juzgados. Sobre esto puede verse VILLADIEGO, 2010. Asimismo, la gran mayoría se litigan sin oposición de los deudores dado que no se presentan en juicio. Para ver un cuestionamiento sobre las razones de ausencia de defensa en estos casos ver BENGOLEA, 2015.

⁶ Para ver un trabajo empírico que permite aproximarnos al perfil del consumidor sobreendeudado (género, actividad laboral, tipo de deuda), una distinción entre los procesos concursales y falenciales, y una crítica detallada sobre la falta de idoneidad de los mismos, ver BIANCHI 2012.

en la agenda reformista procesal⁷; (v) pese a todo lo dicho, sigue ganando paso en la mesa de discusión la preocupación en relación a la “agilización” de los cobros (v.gr. a través de la posible implementación de los procesos monitorios) por encima de la necesidad de equilibrar o balancear los derechos en juego.

Lo expuesto deja en evidencia la existencia de una necesidad jurídica insatisfecha (la tutela procesal de los sujetos sobreendeudados) no contemplada o bien invisibilizada en las reformas procesales a la justicia civil. Los procesos de insolvencia, más allá de la modalidad que finalmente adopten, sin dudas permiten allanar el acceso a la justicia de las personas físicas no comerciantes que se encuentran en contextos de extrema vulnerabilidad social y económica, y se erigen como mecanismos más adecuados o idóneos para la tutela de sus derechos frente a las herramientas procesales que actualmente regula el sistema (concurso y quiebras). Estos nuevos procesos nos permiten volver a las bases históricas: la función social del proceso⁸.

MARCO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL ESPECÍFICO

Al analizar el marco convencional, es necesario hacer referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin perjuicio de las diferentes garantías judiciales que reconoce el artículo 8, resulta clave considerar -para el tema bajo análisis- el artículo 25 que contiene la garantía de protección judicial en tanto prevé el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

⁷ En este sentido ver las bases de Justicia en el siguiente link <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>.

⁸ CAPPELLETTI y GARTH ya sostenían en su clásica obra que “los juristas tienen que admitir que las normas procesales cumplen, también, una función social” (1983:22).

Los procesos de insolvencia, además, permiten la protección de otra garantía fundamental: el mínimo existencial, entendido como derecho a la subsistencia o a un nivel de vida suficiente o digno⁹.

Ahora bien, en nuestra Constitución Nacional -además de las garantías clásicas que protegen a todos los habitantes (art. 18)- podemos encontrar una tutela específica o preferencial para los usuarios y consumidores que se encuentra establecida en el artículo 42, que dispone, entre otras cosas, que en el marco de las relaciones de consumo estos sujetos tienen derecho a la protección de sus intereses económicos y un trato digno y equitativo. En este sentido, las relaciones crediticias que se procuran regular son de consumo, y el interés económico que entendemos ha de tutelarse es justamente la no afectación desproporcionada del patrimonio del consumidor deudor. Sumado a ello, la norma establece también que “La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”. En efecto, para cumplir el mandato constitucional no basta con tener mecanismos procesales efectivos para recupero de los créditos, sino que es necesario incorporar otros que al mismo tiempo tengan en miras la solución del conflicto del consumidor: cómo pagar sus deudas sin poner en el peligro la subsistencia económica personal o de su grupo familiar.

⁹ A los fines del presente trabajo no utilizaremos el concepto “mínimo existencial” como conjunto de prestaciones sociales que debe otorgar el Estado para garantizar a ciertos sujetos vulnerables su subsistencia, sino como un derecho de toda persona a contar con los recursos suficientes para subsistir sin ver perforada su dignidad humana o la de su grupo familiar. Hay autores que sostiene que son dos caras de una misma moneda, es decir, el Estado debería garantizar esos ingresos mínimos a quienes carecen de recursos y al mismo tiempo debería protegérselo de ataques a aquellos ciudadanos que tienen ingresos. A la luz de esto, el proceso -desde su función social- deberá buscar que al tutelar el derecho al crédito y permitir un ataque al patrimonio del deudor, éste sea razonable en la medida de que no afecte los mínimos existenciales del sujeto insolvente.

CUESTIONES CONCEPTUALES Y TEÓRICAS SOBRE EL TEMA

Para comenzar el abordaje teórico coincidimos con aquellos autores que proponen estudiar el fenómeno del sobreendeudamiento necesariamente desde un análisis contextual, es decir, comprendiendo previamente que este problema es una consecuencia propia del patrón cultural de la sociedad moderna contemporánea. En esta línea, siguiéndose al sociólogo Zygmunt Bauman se ha sostenido que la nuestra es la “sociedad de consumidores”, lo cual:

[...] “implica un tipo de sociedad que promueve, alienta o refuerza la elección de un estilo y una estrategia de vida consumista, y que desapruueba toda opción cultural alternativa; una sociedad en la cual amoldarse a los preceptos de la cultura del consumo y ceñirse estrictamente a ellos es, a todos los efectos prácticos, la única elección unánimemente aprobada” (BAROCELLI y CAU 2013:2).

A ello se adiciona la visión de otros autores que vivimos en una “creditocracia”. Así, Andrew Ross sostiene que:

[...] no basta con que todos los bienes sociales se conviertan en mercancías comercializables, como ocurre en una cultura desenfadada de mercado. Surge una creditocracia cuando todos y cada uno de estos bienes, por más que sean productos básicos, deben ser financiados con deuda, y cuando el endeudamiento se vuelve no solo el prerrequisito de las mejoras materiales en la calidad de vida, sino en uno de los requerimientos fundamentales de la vida. Los financistas se ocupan de que haya deuda en todo lo posible activo y fuente de ingresos, y de que les fluyan intereses de cada (ROSS 2016:11).

De esta forma, podemos observar que el sobreendeudamiento se da un contexto complejo en el cual el consumo es alentado y promovido

de manera no sostenible¹⁰ por diversas fuerzas que operan dentro de la sociedad, entre ellas la del Estado (como herramienta de crecimiento económico¹¹), donde el lugar que las personas ocupan dentro del entramado social está definido por el “nivel de consumo” que ostentan, y la voluntad se encuentra viciada invisiblemente¹², resulta cuanto menos difícil determinar *a priori* la existencia de una única causa o razón para que las personas puedan consumir más crédito del que efectivamente pueden pagar de acuerdo con su situación patrimonial.

Se ha dicho así que “el sobreendeudamiento de los consumidores es una problemática compleja y con diversas aristas, que ha emergido como visible en los últimos tiempos y que interpela a los operadores jurídicos para brindar respuestas justas y equitativas.” (BAROCELLI 2013:1). La complejidad de este fenómeno viene dada principalmente por la multicausalidad que presenta el mismo y, además, por las implicancias o proyecciones de sus propias consecuencias (algunos

¹⁰ Aquí nos referimos a patrones de consumo que no son sostenibles desde lo ambiental, económico y social, que se basan en la reproducción del ciclo “comprar, tirar, comprar”, y que se vinculan con una matriz productiva basada en productos de poca duración (real o ficticia).

¹¹ En el caso de Argentina durante los últimos años hubo una fuerte política estatal para permitir mayor acceso al crédito para consumo, esto puede observarse con planes de acceso al crédito a jubilados y pensionados a través del mecanismo “Argenta”, o la promoción de planes en cuotas “sin interés” conocidos como “Ahora 12”. Esto no fue acompañado por mecanismos efectivos para la prevención del sobreendeudamiento ni del saneamiento del mismo. Ello generó que proliferaran procesos de quiebras de consumidores y nuevas problemáticas asociadas como la pérdida del empleo, de la vivienda, etc. Si bien es un mecanismo para alentar el crecimiento económico desde el consumo no es negativo en sí mismo, es necesario advertir los problemas serios que esto plantea si no se acompañan mecanismos efectivos para las consecuencias negativas (nuevos excluidos sociales). Para la situación en Brasil ver BORGES TOSTA FIGUEIREDO, Natália. “Superendividamento do consumidor e a necessidade de tutela estatal”, en Sociedade de Consumo, pesquisas em direito do consumidor, DO AMARAL FERREIRA, Vitor; FARIA DE CARVALHO, Diógenes; DOS SANTOS, Nivaldo (Organizadores), Editora PUC GOIÁS, 2015. En este artículo la autora va mostrando cómo fue la expansión del acceso al crédito en Brasil y los efectos positivos y negativos que produjo en la sociedad.

¹² Decimos esto en razón de lo que diversos autores señalan sobre el marketing o la publicidad, y lo que actualmente se conoce como la obsolescencia programa.

autores llegan a hablar de “crisis económicas” en los países, ruptura del tejido social¹³, marginalidad¹⁴).

De lo expuesto se deriva que la mayoría de los autores que trabajan cuestiones vinculadas a este fenómeno lleguen a afirmar que “el fenómeno del sobreendeudamiento tiene una relevancia esencial de primerísimo orden en todo el mundo occidental...hasta el punto de haberse constituido como uno de los principales problemas de la sociedad de nuestros días” (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 2009:41). Asimismo, se ha dicho que por más de que se encuentra presente en todo el mundo, este problema afecta con mayor fuerza en las sociedades más desiguales y marcadas por el desmembramiento del tejido de solidaridad (DEL NEGRO 2016:385). En esta misma línea se ha identificado -en Latinoamérica- como un factor asociado al sobreendeudamiento la “democratización del acceso al consumo” (BIANCHI 2012:86, BORGES 2015:113).

Sobre ello, es dable señalar algunas aclaraciones. Compartimos ciertos análisis de autores que sostienen el crédito en sí mismo no es algo que acarree perjuicios al consumidor toda vez que le permite el acceso a diversos bienes que tal vez de otra manera no podría conseguir, aunque a veces también pueda ser un elemento creador de necesidades. En esta línea se ha afirmado que en la sociedad de consumo existe una falsa idea de libertad de arbitrio (LIMA GIACOMINI 2015:1). En efecto, hay quienes llegan a sostener que:

¹³ El proceso multidimensional de progresiva ruptura social, que separa grupos e individuos de las relaciones sociales y de las instituciones, y que les impide la plena participación en las actividades normales y normativamente prescritas de la sociedad en la que viven (DEL NEGRO 2016:388). Esta misma autora sostiene que poner “el foco sobre la dimensión “relacional” del problema desplaza la atención hacia la recuperación de la persona deudora para reactivarla no tanto en un comportamiento de consumo tout court, sino de un consumo “responsable”, rehabilitándola en las esferas personales y familiares, además de reincorporar la motivación económica en las relaciones sociales en las que radica (embedded) (DEL NEGRO 2016:390).

¹⁴ En este sentido puede verse JAPAZE 2011,

Salvo la represión armada, la carga de la deuda en todos los individuos ha probado ser la forma más confiable de coaccionar a los ciudadanos libres en el mundo moderno. Aunque esta coerción fuese simplemente la consecuencia no deseada de ampliar el crédito a todos en nombre de un acceso a él justo e igualitario, no podría haber servido mejor como instrumento de disciplina política y social. Contraer deudas ya no es una opción sensata, alegremente perseguida hacia la movilidad de la clase media y las comodidades que brinda el consumo, como lo fue para una porción importante de la población del Norte en la posguerra. El endeudamiento se ha convertido en un escenario general y permanente, que la mayoría vive como una situación de impotencia, por no decir de sometimiento (ROSS 2016:28).

Sin perjuicio de ello, hay otros autores que también afirman “que el acceso a los bienes y el mejoramiento de la calidad de vida encuentran en la operatoria crediticia un instrumento inmejorable, resulta claro” (JAPAZE 20:739). Por nuestra parte entendemos que el problema (o costado perjudicial de la flexibilización del acceso al crédito) aparece cuando dicho acceso al crédito no es desarrollado como una verdadera política pública integral sino como un mero recurso económico del Estado para generar crecimiento y estimular la producción sin diseñar herramientas para su prevención¹⁵ (v.gr. información), tratamiento (v.gr. mecanismos de seguimiento) y saneamiento (v.gr. mecanismos procesales adecuados para insolvencia).

Ahora bien, siguiendo a JAPAZE (2010), quien a su vez toma como base el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “*El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia*” del año 2007, podemos encontrar causas vinculadas a factores de mercado (incentivo estatal del consumo, etc.), al consumo moderno en particular, a situaciones personales del consumidor (desempleo, problemas de

¹⁵ Citando a Bohoslavsky se ha sostenido que “la sana y prudente gestión de los bancos se promueve a través de la imposición de límites razonables en la asunción de los riesgos. En definitiva, que a la par de la necesidad de preservar y estimular la actividad bancaria, debe bregarse por el respeto a los límites y principios que procuran el desarrollo del crédito de manera sana y eficiente” (BIANCHI 2012:90).

salud, etc.). Podríamos agregar a la desagregación que propone la autora, una causal que también se encuentra inadvertida socialmente: la obsolescencia programada¹⁶. La misma autora señala que:

[...] los estudios estadísticos de todas las latitudes son reveladores de las manifestaciones y niveles del problema: alto nivel de endeudamiento, estimulado por políticas de crédito blandas y aparente bonanza económica; paralización de amplios sectores de la actividad productiva; implementación de medidas de crisis que afectan la integridad del salario, lo recortan o restringen¹⁷ la disponibilidad del mismo; crecimiento alarmante del desempleo: alto nivel de morosidad y de incumplimiento insuperable; incremento de solicitudes de concurso, etc. (JAPAZE 2010:737).

Respecto de las consecuencias de este fenómeno, JAPAZE (2010) identifica: la exclusión social del sujeto afectado y/o su grupo familiar. En estos casos el mayor riesgo está dado en la subsistencia en razón de la amenaza que implica para las principales “garantías” del pasivo si el acreedor inicia alguna acción para su recupero: la vivienda y el salario. El problema está, como expusiéramos antes, cuando el desbalance entre los derechos y deberes en pugna toma un sentido claro: priorizar el derecho a la propiedad satisfaciendo el crédito a costa de dejar en la más absoluta vulnerabilidad (v.gr. ejecuciones forzadas de viviendas

¹⁶ Por obsolescencia se entiende aquella modalidad de producción de bienes que se caracteriza por controlar de manera directa o indirecta el tiempo de vida útil de los productos para reducir la tasa de recambio de los mismos. En estas situaciones los consumidores son obligados a renovar o sustituir los bienes incluso antes de haber terminado de pagarlos. Ver: CLÉMENT María Florencia y KALAFATICH Caren, “Una aproximación a la teoría de la obsolescencia programada en oportunidad del dictado del fallo “Apple” en Brasil. Ideas para su incorporación en Argentina”, 2015.

¹⁷ A través del mecanismo de códigos de descuentos determinados sujetos (por ej. empleados públicos) se apropian de una porción del sueldo del sujeto que solicitó un crédito. Al momento de acreditarse los haberes, de manera automática (ya que interviene el agente pagador) retira esa porción que resulta “indisponible” para el endeudado. Las autoras que realizaron un trabajo de campo relatan que “muchas veces hasta el 60% o más del haber, dejando a los deudores con un monto insuficiente de recursos para costear los gastos mensuales de vivienda, luz, agua, educación, vestimenta, salud etc.” (BIANCHI 2012:90).

arrojando familias a la calle; o bien la retención exorbitante de haberes dejando casi sin salario al consumidor; en quiebra y sin trabajo). En esta línea se ha sostenido que “el respeto del principio de autonomía de la voluntad no autoriza a entender que el derecho del acreedor todo lo arrasa y que el deudor que afronta dificultad o imposibilidad de pago la obligación de pagar puede quedar controvertido en un muerto civil.” (JAPAZE 20:776). La misma autora señala que la Corte de Casación francesa calificó la regulación del sobreendeudamiento como norma de orden público económico de protección social.

Se dicho además que:

[...] las respuestas tradicionales del ordenamiento jurídico (prodigalidad, incapacidad, inembargabilidad, lesión, teoría de la imprevisión etc.) no resultan adecuadas a la complejidad del fenómeno y en todo caso abastecen sólo aspectos parciales de su amplia problemática. Algo similar ocurre con los procedimientos concursales los cuales no se exhiben como eficaces para reconducir las economías familiares en crisis” (BIANCHI 2012:86).

En la misma línea afirman que mismas que “en Argentina no existe un régimen jurídico que trate de manera específica el problema del sobreendeudamiento de los consumidores. Es por esto que los consumidores que pretenden sanear sus economías no tienen más alternativa que someterse a las disposiciones de la ley concursal” (BIANCHI 2012:87). El problema con ello es que:

[...] el sistema concursal trata el fenómeno de la insolvencia de manera uniforme, previendo un único procedimiento para resolver todo el abanico de posibilidades que pueden presentarse. Es decir, no efectúa distinciones de trascendencia; trátase de comerciantes o no comerciantes, de personas físicas o jurídicas, con activo o sin activo y, cualquiera sea la causa de su excesivo endeudamiento, para revertir su situación de falencia todos deberán solicitar la declaración de su propia quiebra. En rigor, el régimen concursal prevé también alternativas no liquidativas: el concurso preventivo

y el acuerdo preventivo extrajudicial. Sin embargo, tales opciones resultan un remedio útil sólo para aquellos deudores cuya capacidad económica les permite formular a sus acreedores una propuesta de acuerdo viable (BIANCHI 2012:87).

UNA MIRADA SOBRE PROPUESTAS REGULATORIAS

Ley Modelo para América Latina y el Caribe. Regulación en Directrices ONU

En 2011 una organización internacional que nuclea Organizaciones No Gubernamentales que defienden a los consumidores en todo el mundo, *Consumers International*, propuso un “Modelo de Ley de Insolvencia Familiar para América Latina y el Caribe”. Desde entonces, la organización procura visibilizar a nivel mundial que los mecanismos existentes en la mayoría de los países¹⁸, y principalmente en América Latina, no son efectivos para la tutela de los consumidores sobreendeudados. Su tarea dio como resultado que en 2016 se incluyera en la reforma a las Directrices de Naciones Unidas para la Defensa de los Consumidores una mención al fenómeno del sobreendeudamiento. En dicho documento se sostiene que los Estados deben velar para que los procedimientos de solución del sobreendeudamiento sean rápidos, transparentes, justos, poco costosos y accesibles.

La “Ley Modelo de Insolvencia Familiar” de la Oficina para América Latina y el Caribe de *Consumers International* (2011) destaca, entre sus motivaciones, las siguientes: “los servicios financieros son un campo amplio en el cual trabajar para equiparar estas fuerzas asimétricas; en América Latina el endeudamiento de las personas y la insolvencia en los hogares constituyen, especialmente para los segmentos socioeconómicos medios y bajos, un problema cuyas

¹⁸ Ver para un estudio comparado de los mecanismos de tutela de insolvencia en Europa y Estados Unidos JAPAZE 2010.

consecuencias se están sintiendo cada vez con más fuerza.”; la falta de remedios o inexistencia; y el hecho de que allí donde existen los concursos y quiebras para personas físicas se trata de normativas carentes de una “mirada social” en cuanto sólo tienen una visión “económica” del conflicto, pues están pensadas para comerciantes pequeños y no para consumidores o familias, en consecuencia, “su lógica interna no tiene manera de dar respuesta a las implicancias que el estado de endeudamiento severo o de imposibilidad de afrontar las deudas tienen no sólo en las personas sino en la sociedad”.

La propuesta normativa busca apuntar a la celeridad del proceso, la economía de recursos y la equidad de las partes. Se estructura en cuatro partes: la definición del objeto y ámbito de aplicación, con sus correspondientes términos y criterios; la regulación del organismo administrativo que la aplicará, delimitando competencias y funciones; un procedimiento extrajudicial para alcanzar un acuerdo con los acreedores que se desarrollará dentro del ámbito del organismo de aplicación; y por último el procedimiento judicial que se utilizará para el caso de que no prospere la solución extrajudicial.

Lo interesante de la propuesta es que crea un procedimiento que busca conciliar o equilibrar los derechos de las partes y durante toda su estructura puede observarse la “mirada social” por sobre el conflicto. En efecto, se dispone como objeto:

[...] establecer un procedimiento administrativo y judicial que permita a las personas usuarios de productos y servicios financieros que se encuentren en situación de insolvencia celebrar un acuerdo de pago con sus acreedores y cumplir así con sus obligaciones pecuniarias de naturaleza no comercial”. Al mismo tiempo pretende “proveer la recuperación de la economía familiar o personal, normalizar la situación financiera, y evitar cualquier situación de exclusión social o laboral persiguiendo el desarrollo de una cultura de acceso al crédito responsable, a través de la información y la educación financiera.

La normativa, como se observa, busca englobar a los consumidores financieros, es decir, todas aquellas personas físicas no comerciantes que tengan un pasivo que no pueden afrontar. Se exceptúan las deudas alimentarias y de carácter empresarial o comercial.

Los principios aplicables al proceso son la buena fe, simplicidad, transparencia y gratuidad. Los trámites del procedimiento deberán regirse por los procedimientos de celeridad, economía, sencillez y oralidad.

Se reconocen como causales de insolvencia que habilitan la vía procedimental y procesal, las siguientes: pérdida de empleo, precariedad laboral, incapacidad, enfermedad grave o crónica que implique gastos excesivos, separación o divorcio, fallecimiento de cónyuge o concubino y la asunción de gastos imprevistos derivados de coyunturas especiales. Asimismo, ingresarán las deudas de fecha anterior a la solicitud.

La norma crea una “Unidad de Conciliaciones de Sobreendeudamiento” (UCS) dependiente de la autoridad de defensa del consumidor que ya exista. La misma tendrá que ejercer el control, vigilancia y administración del procedimiento que deberá ser simple, breve, confidencial y gratuito. Además, deberá encargarse de elaborar los “planes de saneamiento” para cada caso y de ser la encargada, durante el procedimiento de autorizar toda nueva solicitud de crédito del consumidor. Esto último se debe a que durante el procedimiento el consumidor queda impedido de contraer nuevos créditos salvo autorización. Lo mismo sucede en sede judicial cuando el consumidor no logra acuerdo en sede administrativa, pero allí la autorización depende del juez.

Para iniciar el procedimiento el consumidor deberá presentar por escrito autorepresentado o con el acompañamiento de una ONG's una solicitud de inicio indicando sus ingresos, patrimonio, gastos, y todo lo que hace a su situación económico financiera con absoluta transparencia, sin malicia ni ocultamiento. Deberá señalar, además, el mínimo de vida necesario para su grupo familiar. Incorporará además

los datos de las deudas que componen su pasivo y la documentación respaldatoria que tenga. La UCS se encargará de verificar toda la información aportada y notificará a los acreedores para que realicen sus descargos. Vencidos los plazos para los mismos, el equipo técnico de la UCS evaluará la situación del solicitante. El dictamen técnico que emita deberá contener el plan de saneamiento económico que deberá cumplir los siguientes objetivos: recuperar la economía familiar; restablecer su situación financiera; garantizar su subsistencia y la del grupo familiar dependiente determinando un monto mínimo existencial de vida; y evitar cualquier situación de exclusión social e inestabilidad psicológica. Además, el informe deberá indicar si el solicitante debe inscribirse en algún programa de educación financiera.

El procedimiento administrativo suspende cualquier causa judicial o extrajudicial existente o anterior a la misma. Al mismo tiempo, las entidades que brindan información crediticia deberán suspender el acceso e intercambio de información personal sobre el titular que hubiere iniciado la solicitud de insolvencia durante el procedimiento, bajo sanción.

La UCS deberá designar un conciliador que estará a cargo de la audiencia en las que se debatirá el contenido del plan de saneamiento. Las partes podrán proponer soluciones alternas. Si se llega a un acuerdo, el mismo es homologado por la UCS y producirá los efectos de una transacción, pero no tendrá fuerza ejecutiva sin declaración de un juez.

Si el procedimiento culmina sin acuerdo o con algunos acreedores si o y otros no, el caos es derivado a la justicia. La propuesta dispone que el estado debe proveer un sistema de asistencia técnica gratuita que garantice ayuda contable, jurídica y financiera a los deudores. Asimismo, determina que los procesos deben ser gratuitos y sin obligación de patrocinio letrado.

El proceso judicial suspende el curso de los intereses legales y moratorios, y declara la indisponibilidad patrimonial del solicitante. El juez deberá ratificar la suspensión de circulación de información en las bases de datos crediticias. Posteriormente deberá emplazar a todos aquellos que tengan interés en el proceso y realizar una audiencia. A ella el consumidor podrá llevar una propuesta de pago, que será debatida en audiencia. El juez tiene la facultad de preguntar a las partes todo lo que necesite a los efectos de arribar a un acuerdo. Cerrada la etapa preliminar sin acuerdo, pasará a oír los argumentos en relación al trámite de reestructuración judicial del estado de insolvencia o deuda. Luego de ello, dictará sentencia fijando: plan de reestructuración; la suspensión o la extinción de los procesos judiciales en desarrollo; suspensión de intereses por mora; la anotación jurídica que corresponda dentro de los registros crediticios; y toda otra cuestión que estime relevante.

El juez deberá valorar la voluntad del sobreendeudado para cumplir; su historial de crédito; la veracidad de sus argumentos y el ejercicio cierto de prácticas responsables de consumo (por ej. realización de un curso de educación para consumo de crédito). Los planes de reestructuración podrán durar hasta cinco años y contener un reescalonamiento del pago, reducción o supresión de tasas, consolidación o sustitución de garantías, entre otras facultades. Asimismo, deberá siempre observar el mínimo existencial de modo que la ejecución no pueda perjudicar la manutención y existencia económica básica del consumidor y su familia, o el pago de gastos corrientes para sobrevivir. No serán embargables o secuestrables, salvo orden del juzgado, los bienes, salarios y fondos que se le asignen al deudor.

Sumado a lo expuesto, la norma prevé sanciones por mala fe o inconducta procesal; y extinción de las actuaciones por causas imputables al solicitante como fraude procesal o incomparecencia.

Otros países que tienen o proyectan la regulación de este tipo de mecanismos

Brasil: Proyecto de Ley del Senado 283/2012. Este proyecto se arma sobre la base de la Ley Modelo, aunque regulando principalmente la conciliación judicial (en una primera fase voluntaria, y luego compulsiva). Se mantiene la conciliación administrativa en las autoridades locales, aunque de manera optativa. No se regulan los criterios o parámetros del sobreendeudamiento, sólo se prohíbe la vía para los créditos obtenidos bajo abuso o mala fe. El proyecto se encuentra en tratamiento en el Congreso Federal dado que su regulación se procura por fuera del CPC renovado hace pocos años.

PROPUESTA CONCRETA SOBRE LOS ALCANCES DE UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

Sentado el modelo ideal que plantea la propuesta de norma reseñada en el acápite anterior, he de señalar que esta propuesta de *Consumers International* para el tratamiento y saneamiento de la insolvencia es superior a los que nuestro ordenamiento tiene vigente hoy (concurso y quiebras para comerciantes que se aplican a personas no comerciantes, pero con lógica de liquidación de activos y sin enfoque que garantice el mínimo existencial). Ahora bien, en aras a proponer una posible implementación en Argentina, entiendo que sería posible adoptar dicho modelo haciendo algunas adaptaciones o modulaciones como sucedió con la propuesta brasilera.

Sumado a ello, cabe también poner de resalto que la realidad argentina muestra que, salvo excepciones, las mediaciones y conciliaciones extrajudiciales de consumo no funcionan en casos de endeudamiento. Aun no habiendo estadísticas o estudios empíricos sobre ello, esta situación se puede advertir fácilmente al observar

que la mayor carga de los juzgados son juicios ejecutivos por pagares de consumo o distintos procedimientos para el cobro de deuda. Las razones por las que estos mecanismos no funcionan son diversas y se vinculan, entre otras cosas, a nuestra idiosincrasia, prácticas culturales e incluso al diseño normativo que se les ha dado a estos mecanismos. En efecto, acudir a ellos es optativo para el acreedor, quien decide nunca instarlos dado que no tiene ningún incentivo económico. Por otro lado, tampoco existe ningún incentivo económico o sanción para el acreedor, a fin de que asista si fuera el consumidor quien instase la mediación. Otro factor desincentivante: el costo económico que implica la mediación en diversas jurisdicciones (recordemos que, por el sistema federal argentino, existen tantos códigos procesales y modelos de mediación como provincias).

En razón de lo expuesto, considero que el mecanismo que podría llegar a proponerse debería ser enteramente judicial tal como aquel que se propone en Brasil (PLS 283/2013), dejando optativa la posibilidad de que las autoridades administrativas también hagan acuerdos voluntarios (aunque no compulsivos), además este mecanismo debería poder operar por acción u oposición para resultar más eficaz. Es decir, el consumidor debería poder iniciar en cualquier momento un proceso de conciliación judicial por sobreendeudamiento. El consumidor también podría oponerse a cualquier ejecución, demanda de cobro o sentencia monitoria –de acuerdo al esquema que adopte cada código- solicitando su paralización y el inicio de un proceso de conciliación judicial por sobreendeudamiento. Una cuestión a definir es si, tal como dispone la norma modelo, fijamos parámetros objetivos y causales para la procedencia de esta vía, o como hizo Brasil lo dejamos abierto a todo tipo de insolvencia excluyendo aquellas deudas contraídas con mala fe por el consumidor.

De esta forma, cuando el juez ordene -en cualquier proceso de cobro- la primera notificación -que siempre deberá ser al domicilio

real del consumidor deudor-, deberá hacerle saber que cuenta con el derecho a oponerse; los parámetros que debe cumplir para que sea admisible la oposición si se decide fijarlos en la estructura normativa y la documentación e información que deberá presentar; las posibles sanciones para el caso de fraude procesal; indicarle alguna oficina pública donde pueda recibir asesoramiento; y la posibilidad de comparecer bajo su propia representación.

Considero además que, la figura de la UCS podría estar dentro del poder judicial, como auxiliares permanentes de la justicia a los efectos de la elaboración de los planes de saneamiento o reestructuración de deuda, y que incluso, podría haber un Centro de Acceso a la Justicia que provea abogados patrocinantes que ayuden a los consumidores sobreendeudados a confeccionar su primera presentación y la propuesta de pago.

CONCLUSIONES

Los consumidores insolventes tienen una necesidad jurídica insatisfecha: poder negociar sus deudas de manera tal que puedan pagar sin poner en peligro su subsistencia. El sistema judicial no se ha hecho cargo nunca de este fenómeno. Las consecuencias están a la vista. El consenso sobre la gravedad y la urgencia por hacer algo está claro al menos en el campo sustantivo: el marco normativo protege y los doctrinarios al unísono piden procesos de insolvencia para personas físicas no comerciantes. Ahora, en la mesa donde se debate la reforma nadie habla del deudor. La preocupación está en agilizar el recupero de crédito. Hay una mirada conservadora, que termina siendo connivente con los poderes económicos hegemónicos que se construyen sobre la base de la explotación de los más vulnerables. Pareciera que hubiera ganado la imagen que demoniza al consumidor

deudor (“es un irresponsable”). Nadie aplica la misma vara sobre el empresariado que genera una burbuja financiera insostenible dando créditos por encima de la capacidad de pago que no es filantropía sino abuso, liso y llano aprovechamiento.

Es el momento de que la reforma verdaderamente empiece a escuchar a la ciudadanía que reclama acceso a mecanismos efectivos para resolver sus problemas. Es el momento de recoger el guante y dar la pelea que hasta ahora no se ha dado: incorporar la insolvencia al código procesal. Relegarla a una posterior reforma no sólo rompe con la idea de sistematicidad que debe procurar una política pública que pretenda reformar la justicia, sino que además termina siendo el cuento de siempre: una eterna promesa incumplida.

Consumers International nos propone una idea que, además de encuadrar en el art. 25 CADH –como un posible recurso más efectivo e idóneo de tutela procesal que los actuales-, se avizora como una promisorio garantía de acceso a la justicia (gratuito, con asistencia, autorepresentación, enfoque social, oralidad, intermediación, protección del mínimo existencial). Brasil ya está avanzando en esta línea regulatoria y diversos países del mundo ya cuentan con mecanismos de este tipo (Francia, Colombia, Alemania, entre otros). Debemos tomar como piso de marcha estas propuestas y empezar a debatir cómo diseñar su incorporación a la reforma sistémica a la justicia civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIASCÁU, Esteban J. y BAROCELLI, Sergio S. “El sobreendeudamiento del consumidor y la adicción al consumo”, *Microjuris*, 2013.
- BAROCELLI, Sergio S. y RODRÍGUEZ, Gonzalo M. “Sobreendeudamiento y pagarés de consumo”, *Jurisprudencia Argentina*, Abeledo Perrot, 2013.

- BAROCELLI, Sergio S.; JAPAZE, María Belén; STIGLITZ, Gabriel. “Sobreendeudamiento de los consumidores. Visibilización de la problemática para su prevención, saneamiento y rehabilitación.”, Revista de Derecho del Consumidor, IJ Editores, 2016.
- BELTRAMINO, Andrés N. Y ESTEVERENA, Emiliano “La tutela del consumidor sobreendeudado en el derecho argentino” en Lecciones y Ensayos, Nro. 92, 2014, p. 197 a 214
- BENGOLEA, Adrián; KALAFATICH, Caren. “Reflexiones y propuestas en torno a la tutela judicial de los consumidores y usuarios”, Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate, 2015.
- BIANCHI, Lorena Vanina; CLÉMENT, María Florencia; DOS SANTOS FREIRE, María Betania; WEIDMANN, Gabriela. “Una aproximación al perfil del consumidor sobreendeudado argentino”, Revista de Direito do Consumidor, Vol. 83, 2012.
- BORGES TOSTA FIGUEIREDO, Natália. “Superendividamento do consumidor e a necessidade de tutela estatal”, en Sociedade de Consumo, pesquisas em direito do consumidor, DO AMARAL FERREIRA, Vitor; FARIA DE CARVALHO, Diógenes; DOS SANTOS, Nivaldo (Organizadores), Editora PUC GOIÁS, 2015.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan. “El acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos”, Colegio de Abogados del Departamento de La Plata, 1983.
- CLÉMENT, María Florencia. “El sobreendeudamiento de los consumidores. Tratamiento en el derecho comparado y primeras aproximaciones en Argentina”. XVI Encuentro de Jóvenes Investigadores de la UNL y VII Encuentro de Jóvenes Investigadores de Universidades de Santa Fe, 2012.
- DELNEGRO, Grazia. “Sobreendeudamiento de las personas y exclusión social” en Hacia un nuevo paradigma del derecho europeo de insolvencias, sistemas jurídicos a debate. MAJÓ LLEBOT, José Oriol (Director), EuriConv, 2016.

- DÍAZ CAMPOS, Karenn. “Del sobreendeudamiento del Deudor Consumidor en Chile”, documento disponible en academia <https://unap.academia.edu/KarennDiaz>, 2016.
- DÍAZ CAMPOS, Karenn. “Procedimientos Concursales de la Persona Natural en la ley 20.720 a un año de entrada en vigencia de la Ley”, documento disponible en academia <https://unap.academia.edu/KarennDiaz>, 2016.
- FARIA DE CARVALHO, Diógenes; DOS SANTOS, Nivaldo. “A vulnerabilidade psíquica e o superendividamento do consumidor”, en Sociedade de Consumo, pesquisas em direito do consumidor, DO AMARAL FERREIRA, Vitor; FARIA DE CARVALHO, Diógenes; DOS SANTOS, Nivaldo (Organizadores), Editora PUC GOIÁS, 2015.
- JAPAZE, María Belén. “La protección del consumidor frente al sobreendeudamiento” en La Ley de Defensa del Consumidor Picasso-Vázquez Ferreira (Directores), Tomo III, parte especial, Ed. La Ley, 2011.
- LIMA GIACOMINI, Bruna; DO AMARAL FERREIRA, Vitor. “Homo Economicus: os (des)encontros da sociedade de consumo superendividada”, en Sociedade de Consumo, pesquisas em direito do consumidor, DO AMARAL FERREIRA, Vitor; FARIA DE CARVALHO, Diógenes; DOS SANTOS, Nivaldo (Organizadores), Editora PUC GOIÁS, 2015.
- LIMA MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno. “Novo Código de Processo Civil e o Diálogo das Fontes para a Proteção do Consumidor”, en Diálogo entre o Direito do Consumidor e o Novo CPC, LIMA MARQUES, Cláudia y REICHELTL, Luis Alberto, Revista dos Tribunais, 2017.
- SOUZA D’AQUINO, Lúcia; PERES PALACIO, Ana Laura. “Diálogo entre o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor para a proteção do consumidor superendividado”,

en Diálogo entre o Direito do Consumidor e o Novo CPC, LIMA MARQUES, Claudia y REICHELDT, Luis Alberto, Revista dos Tribunais, 2017.

PERERA CARRASCO, Ángel. “Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores. El régimen español de iure condonado” en El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor, sistemas jurídicos a debate. SARCINA, Antonio (Director), EuriConv, 2014.

PEREZ HAZAÑA, Alejandro. “Acceso a la justicia del consumidor sobreendeudado a través de las autoridades”, Microjuris, 2017.

ROSS, Andrew. “La creditocracia y los argumentos para resistirse al pago de las deudas”, EUDEBA, 2016.

VILLADIEGO, Carolina. “Los sistemas de justicia no penal en América Latina: Estructura y datos de la justicia civil-mercantil, laboral, de familia y contencioso administrativa”, CEJA, Santiago, 2010.

ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes. “La solución jurisprudencial del sobreendeudamiento de los consumidores en caso de insolvencia en España” en El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor, sistemas jurídicos a debate. SARCINA, Antonio (Director), EuriConv, 2014.

NATUREZA DAS NORMAS SOBRE PROVA: SUAS REPERCUSSÕES NA EFICÁCIA DA LEI NO TEMPO E NO ESPAÇO¹

Paula Sarno Braga²

INTRODUÇÃO

A controvérsia sobre a natureza das normas sobre prova, se material ou processual, é antiga. As correntes materialista (que as enquadra como normas materiais), processualista (que as vislumbra como normas processuais) e mista (com posições intermédias) ainda dividem estudiosos do Direito processual.

Mas o interesse no tema se renovou com o advento do CPC-2015, que, ao incorporar muitas inovações em termos de Direito probatório, optou por estabelecer uma regra de Direito intertemporal diferenciada para a matéria, no bojo do seu art. 1.047, CPC, dispondo: “As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”.

¹ Este capítulo é resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053). Esse grupo é membro fundador da “ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo” (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa>).

² Advogada e consultora jurídica. Doutora e Mestre (UFBA). Professora Adjunta da Universidade Federal da Bahia. Professora da Faculdade Baiana de Direito. Secretária Adjunta do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Vice-Presidente da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

Trata-se de regra cuja interpretação tem dado muito trabalho, ao menos para aqueles que buscam dar algum proveito para ela, quando lida à luz do ordenamento como um todo. Uma das grandes questões é se todas as normas advindas do CPC-2015 são processuais e se submetem a essa regra; outra, é se faz sentido negar aplicação às novas regras probatórias de natureza processual às provas requeridas ou determinadas de ofício na vigência do CPC-1973, quando isso não causar prejuízo e contribuir para o acesso à justiça, contraditório, e efetividade da tutela oferecida.

Demais disso, a falta de leituras satisfatórias do texto do art. 13, da LINDB, faz com que ainda persista o interesse em compreender essa regra que trata da aplicação de lei estrangeira na regência dos meios e ônus de prova do fato ocorrido no estrangeiro. Cuida-se de lei processual ou material? Seria ou não uma exceção ao princípio da territorialidade da lei processual?

São esses os desafios que a definição da natureza da norma sobre prova revela no campo do estudo da eficácia da lei processual no tempo e no espaço. São eles que se pretende daqui por diante enfrentar, apresentando-se algumas reflexões nesse contexto.

NORMA MATERIAL E NORMA PROCESSUAL

A distinção entre norma processual e norma material deve ser feita, a princípio, a partir da aceção mais ampla possível de processo estatal.

A norma processual é aquela que disciplina a forma de produção de outras normas jurídicas (ou decisões)³. Define o procedimento a ser seguido na tomada de decisões estatais das mais diversas naturezas

³ José de Albuquerque Rocha defende ser a norma processual aquela que regula os atos de vontade tendentes à criação de novas normas. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34).

(legislativa, administrativa e jurisdicional). Estabelece, assim, o modo de proceder⁴.

Já a norma material é aquela que determina o conteúdo da norma jurídica produzida, a substância da decisão. Fornece, pois, um critério de decisão ou de julgamento⁵⁻⁶.

Ocorre que essa é uma visão estática e estritamente objetiva da distinção – presa rigidamente ao objeto da norma. Necessário proceder a uma revisão teórica que permita enxergá-la dinamicamente e na perspectiva funcional então propugnada. Para tanto, é inevitável que se enxergue que a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar e vice-versa.

Por isso, uma norma só pode ser definida como processual ou material com precisão a partir da função desempenhada em dado processo.

Assim, por um lado, cabe dizer que uma norma processual, que define critério de proceder para um processo legislativo (ex.: quórum de deliberação para aprovação de lei complementar), quando desrespeitada, pode atuar como critério de julgar em processo jurisdicional de controle de constitucionalidade formal desta lei.

É o que ocorre também nos casos em que a exigência de defesa técnica em processo administrativo disciplinar é ali colocada como

⁴ Rosemiro Pereira Leal admite que norma processual (jurisdicional) estabelece critério de proceder. Sua afirmação é para o âmbito unicamente jurisdicional, tanto que defende que a norma processual disciplina a jurisdição e o procedimento como estrutura e instrumento de debate de direitos materiais (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119).

⁵ Rosemiro Pereira Leal assevera ser a norma material comando de criação de direitos, conformando critério de julgamento a ser empregado na atividade de decidir, mas ainda restrito à esfera jurisdicional (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119). Trata-se de proposta conceitual criticável quando se observa que normas processuais também criam direitos.

⁶ Apesar de menos abrangente, é nessa linha a colocação de Kelsen, ao sustentar que o Direito formal disciplina a organização e o processo jurisdicional e administrativo e o Direito material determina o conteúdo dos atos daí resultantes. “O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 256 e 257).

critério de proceder (norma processual). Mas será posteriormente tomada como critério de julgar se instaurado um processo jurisdicional no intuito de invalidar a decisão administrativa por desrespeito a esta regra (norma material).

Por outro lado, isso pode ser observado quando a norma “material” que estabelece critério de decidir em processo legislativo de elaboração do CPC-2015 opera e incide como norma processual e define critério de proceder em processo jurisdicional.

Por exemplo, a segurança jurídica atua como critério de decidir na definição do legislador (no processo legislativo) da regra básica de Direito intertemporal processual no CPC-2015 (arts. 14 e 1046)⁷ de aplicação imediata da norma processual nova aos processos em curso (atos a praticar e seus efeitos). Mas pode ser tomada como critério de proceder por partes ou juiz que figurem em um processo jurisdicional, para que ajam de acordo com a lei antiga negando a aplicação imediata da lei nova, se isso for necessário para fazer valer essa mesma segurança jurídica⁸⁻⁹.

⁷ “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. “Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

⁸ Por exemplo, encontram-se precedentes do STJ, no sentido de que, em nome da segurança jurídica e da razoabilidade, pode-se aplicar lei antiga e revogada, negando aplicação imediata à lei nova. No caso, em respeito à segurança e à razoabilidade, entendeu-se que a lei nova (Lei n.º 11.232/2005) que institui a impugnação de executado e prevê o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão de seu indeferimento não afasta o cabimento de apelação contra decisões de indeferimento dos antigos embargos à execução, ajuizados sob a égide da lei antiga, ainda que tais decisões tenham sido *publicadas* na vigência da lei nova. A despeito disso, tem-se admitido o recurso interposto, com base no princípio da fungibilidade. Assim, STJ, 4.ª T., AgRg no REsp n. 1109004/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 19.05.2009, publicado no DJe de 08.06.2009; REsp n. 963977/RS, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.08.2008, publicado no DJe de 05.09.2008; EREsp n. 1043016/SP, 2.ª S., rel. Min. Massami Uyeda, j. em 10.03.2010, publicado no DJe de 27.05.2010; REsp n. 1.062.773, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 7.6.2011, publicado no DJe de 13.06.2011.

⁹ Kelsen demonstra reservas com relação a essa visão: “A Constituição (no sentido material da palavra) em regra apenas determina os órgãos e o procedimento da atividade legislativa

Estreitando a análise, para concentrá-la exclusivamente no *processo jurisdicional*, a conclusão é essencialmente a mesma.

Estaticamente, a norma processual é aquela que estabelece critério de proceder, disciplinando a forma de produção das decisões judiciais¹⁰. A norma material é aquela que determina o conteúdo da decisão produzida, fornecendo um critério de decisão ou de julgamento¹¹.

e deixa a determinação do conteúdo das leis ao órgão legislativo. Só excepcionalmente – e, de modo eficaz, apenas por via negativa – determina a conteúdo das leis a editar, excluindo certos conteúdos [...] Por outras palavras: a Constituição representa predominantemente Direito formal, enquanto que o escalão da criação jurídica que lhe está imediatamente subordinado tanto representa Direito material como formal”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 258). Há que se observar, contudo (e por exemplo), a operabilidade da *dimensão objetiva dos direitos fundamentais* (inclusive processuais) que os reveste da condição de *valores fundamentais de toda a sociedade*, que devem espalhar-se e difundir-se pelo ordenamento jurídico, contaminando suas regras e preceitos normativos. São, assim, a base axiológica da ordem jurídica que se diga democrática, que deve nortear as atividades estatais legislativas, judiciárias e administrativas, atuando como regra de julgamento em todos esses contextos (Conferir, MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114 ss.; NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 80 ss.; DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In Cláudia Lima Marques (coord.). **A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 113 ss.; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 79 ss.). Nessa perspectiva, os direitos fundamentais servem de diretrizes para a instituição, interpretação e aplicação das normas pelo Estado. Cabe ao Estado-Legislador, Estado-Juiz e Estado-Administrador pautar toda sua atuação nesses padrões valorativos da coletividade, observando-os, sobretudo, na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas (Vide, dentre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343; MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 4 t, p. 314 ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438 ss).

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 118 e 119.

¹¹ Semelhante é a visão de Allorio, que coloca a norma material como algo próximo a um critério de julgar, que definirá o conteúdo da decisão. Isso se observa mais especificamente quando afirma que se deve reconhecer índole material às normas que regem situações jurídicas que podem ser objeto de declaração judicial autônoma, determinando o conteúdo do julgado. E as normas processuais são aquelas que gerem outras situações relevantes no curso do processo. (ALLORIO, Enrico. *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v, p. 121

Dinamicamente, a norma que define critério de proceder pode funcionar como critério de julgar (ex.: norma sobre situação processual de incompetência do juízo pode atuar como critério de julgar em ação rescisória proposta contra decisão transitada em julgado prolatada por juízo absolutamente incompetente, cf. art. 966, II, CPC).

Há quem contraponha a visão, sustentando que existem normas que determinam o conteúdo da decisão, mas não podem ser objeto de processo autônomo, como aquelas relativas às preclusões, aos efeitos da revelia, à desistência da ação e ao reconhecimento do pedido¹²⁻¹³⁻¹⁴.

e 122). Incidentalmente, ao longo de estudo sobre a jurisdição voluntária, Allorio coloca o direito subjetivo substancial como a situação jurídica que é objeto do processo de declaração judicial. Acredita que a norma jurídica tem vida e eficácia primeiro e fora do processo, e tem firme convicção de que a exigência de subjetivação da norma e sua tradução na categoria do direito subjetivo nasce do processo de acerto. A norma é invariável, prevendo fato e efeito jurídico perfeitamente definidos. A estrutura do direito subjetivo substancial depende ao invés da organização do processo de acerto (certificação) do qual ele é objeto. O processo recorta, variadamente, no conteúdo dado pela norma, a estrutura, de certa forma arbitrária, do direito subjetivo. (ALLORIO, Enrico. Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. In **Problemi di diritto**. Milano: 1957, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 2 v, p. 53-55).

¹² Allorio insere algumas delas na categoria que chama de normas decisórias não substanciais. (ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. In **Problemi di diritto**. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v., p. 136 e 137).

¹³ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 102.

¹⁴ Vittorio Denti coloca problema afim, que seria o fato de existirem situações substanciais que não poderiam ser objeto autônomo de declaração judicial, como a prescrição, a compensação etc. (DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova, v. 24, 1969, p. 9). Ou seja, o autor se refere, basicamente, às exceções substanciais, contradireitos, que o réu poderia trazer a juízo em sua defesa. Mas há de se observar que, de um lado, alguns desses direitos podem, sim, ser objeto de declaração judicial autônoma, como, por exemplo, o direito de crédito subjacente à compensação e, de outro, que, na visão aqui adotada, são substanciais todas as normas que servem de critério de julgamento, que não precisa se dar por um processo autônomo ou por uma declaração judicial autônoma. Assim, a prescrição é tema a ser objeto de decisão de mérito. Fredie Didier Jr., escrevendo sobre contradireitos, afirma que “quando exerce um contradireito, em defesa, o réu amplia o mérito (o objeto litigioso do processo). A afirmação do contradireito comporá o mérito da causa, ao lado da afirmação do direito feita pelo autor”. (Vale conferir como um todo, DIDIER Jr., Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 223, 2013, p. 87-100).

Olvida-se, contudo, que a desistência da ação e o reconhecimento da procedência do pedido (atos processuais), que se realizem defeituosamente, podem, sim, vir a compor o mérito de processo autônomo, com uma ação anulatória (art. 966, §4.º, CPC).

Além disso, a norma material, de fato, é aquela que determina o conteúdo de decisão, mas não precisa ser decisão sobre objeto de processo autônomo. Pode ser decisão de um incidente processual, de um recurso. Norma material é a que serve para resolver o objeto da decisão; quando uma questão processual se torna objeto da decisão, a norma processual que a define servirá como norma material.

Nesse contexto, as preclusões e a confissão ficta são situações jurídicas processuais que podem compor o mérito de um incidente ou de um recurso e, assim, ser objeto de uma decisão. E as normas que as regem atuarão como critério de julgar.

Poderão ser resolvidas incidentalmente por decisão que reconheça uma revelia ou o decurso de um prazo recursal (preclusão temporal), como inúmeras outras questões exclusivamente afetas ao processo. Mas também podem vir a compor o mérito de um procedimento incidental ou recursal, por exemplo. Basta pensar num recurso cujo mérito seja o *error iudicando* decorrente da decretação do efeito material da revelia de um réu irregularmente citado.

Questiona-se, ainda, em doutrina, a visão ora adotada sob o argumento de que existem questões seguramente processuais que podem ser objeto de processo e nem por isso seriam materiais¹⁵ – o que revela apego a uma definição da norma pelo seu objeto e ignorando sua função. Há quem rejeite, também, a tese aqui acolhida, sob o argumento de que acabaria por exigir a busca do escopo de cada norma

¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, v. 24, 1969, p. 356.

singular – se estipula um proceder ou um decidir -, o que revelaria seu caráter ilusório¹⁶.

Entretanto, o que não observam esses opositores é que isso só se exige diante de visão funcional e dinâmica da norma processual, i.e., naqueles casos em que ela funciona como critério de decidir¹⁷. Se a norma processual for estaticamente considerada (só em vista do seu objeto), essa tarefa de aferição da finalidade e função de norma por norma, caso a caso, não se impõe¹⁸.

Superadas essas críticas, deve-se reconhecer que é perfeitamente possível e até corrente na prática forense que a norma processual, que estabeleceu um critério de procedimento para um processo, funcione como norma material: i) em outro processo, quando invocada para a solução do seu mérito (ex.: ação rescisória contra decisão transitada em julgado prolatada por juiz impedido, art. 966, II, CPC); e ii) em incidente (ex.: arguição de suspeição de magistrado, art. 146, CPC) ou recurso do mesmo processo, se aplicável também na resolução do seu mérito¹⁹.

¹⁶ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 24, 1969, p. 10 e 11; LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, v. 24, 1969, p. 356.

¹⁷ Essa visão é necessária para definir, por exemplo, que faz coisa julgada a decisão que se dá sobre mérito processual, aplicando norma originariamente processual.

¹⁸ Essa visão é suficiente, por exemplo, para fins de definição de competência legislativa sobre a matéria processual.

¹⁹ Allorio diz que para distinguir norma processual e material o ângulo de visão do magistrado é decisivo. De fato, é ele que verifica o que será objeto de decisão ou não. E que há casos em que, para o juiz que conduz a causa, colocam-se normas que para ele se constituem vínculo decisório, mas que não são qualificáveis como substanciais. Daí falar na categoria da norma decisória não substancial. Seria o caso das normas sobre o ônus de prova, que vinculam o juiz ao fundamentar a decisão, mas não se confundem com a situação substancial deduzida. (ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. *In Problemi di diritto*. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v, p. 125, 126, 136 e 137). Pelo exemplo dado, percebe-se que a visão, nesse particular, é distinta da ora colocada, pois não se constata que existem situações jurídicas originariamente processuais que se colocam como objeto de decisão em um processo. E não se visualiza, como se sustenta em item sobre normas de prova colocado mais adiante, que norma sobre ônus de prova é

Necessário esclarecer, antes que se siga adiante, que o foco deste trabalho é a norma processual jurisdicional estaticamente considerada. É toda aquela que define o critério de proceder no exercício da jurisdição, regulando, pois, esse procedimento de produção da decisão judicial, em seus atos e efeitos jurídicos (as chamadas situações jurídicas processuais). Isso, independentemente de vir a atuar como critério de julgar – ou seja, de funcionar como norma material.

Ainda que partindo dessa premissa, não há como enfrentar especificamente a natureza das normas sobre prova sem antes compreender qual a essência de certos institutos de natureza controvertida e que ficam, para muitos, em uma zona cinzenta entre o contexto processual e material.

INSTITUTOS CONSIDERADOS BIFRONTES E NATUREZA DAS NORMAS DE REGÊNCIA

Há alguns institutos que se diz serem simultaneamente regulados pelo Direito material e pelo Direito processual e, por isso, haveriam de ser denominados como “bifrontes”. Compormiam um “Direito material processual”²⁰.

É o que se fala, na obra de Cândido Rangel Dinamarco, da prova (art. 212 ss., Código Civil), da hipoteca (art. 1419 ss., Código Civil), da legitimidade para propor dadas demandas (ex.: art. 899, §1.º, Código Civil), da fraude contra credores (arts. 158 ss., Código Civil) e da responsabilidade patrimonial (art. 391, Código Civil)²¹.

substantial. Mas ao menos se reconhece que norma por ele tomada como processual pode ser critério de decisão. Vittorio Denti considera a visão de Allorio contraditória em si mesma e ilusória. (DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 24, 1969, p. 10 e 11).

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo:

Mas há os que negam a existência deste “Direito material processual”, por entender que tais institutos são estritamente processuais e as normas que o regem, quando constantes em diploma material, são simplesmente heterotópicas²².

A concepção mais adequada difere de todas essas.

Prova, hipoteca, responsabilidade patrimonial... Enfim, todos estes são institutos materiais em essência e muito do que se estabelece em torno deles funciona como critério de julgar²³.

A questão é que, considerando que podem operar em juízo ou simplesmente ser deduzidos/empregados no bojo de processo jurisdicional, cabe à norma processual estabelecer seu regime jurídico processual e, por conseguinte, como proceder diante de sua presença e atuação em um processo.

Por exemplo, é necessário que o Direito processual defina como proceder: i) na produção da prova em juízo; ii) na imputação de responsabilidade patrimonial ao sócio da empresa executada (seja direta ou por desconsideração da personalidade jurídica); iii)

Malheiros, 2009, 1 v., p. 79. Fala-se na existência desses institutos e dispositivos aparentemente materiais, mas que seriam, rigorosamente, processuais. Diz-se que sua proximidade com o substancial e a influência que dele sofre, é significativa a ponto de fazer com que se confundam os planos. São casos em que o Direito material e sua normatização simplesmente influenciam e conformam mais intensamente o Direito processual, justificando-se que: “É natural que todo o direito processual seja permeado dessa influência, posto que instrumento do direito material, mas o que se dá, nos casos indicados, é a exacerbação da influência e intensa contaminação do processo pelo substancial. E seria exatamente o que ocorreria com os institutos como condições da ação, prova, prescrição, responsabilidade patrimonial, hipoteca e fraude contra credores. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222).

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v., p. 79. Alcides Mendonça Lima enumera diversos dispositivos no Código Civil de 1916 que seriam estritamente processuais. (LIMA, Alcides Mendonça. Clóvis Beviláqua, o Processualista. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 23, 1981, p. 06 e 07).

²³ Sobre a natureza das normas sobre responsabilidade patrimonial e hipoteca, com mais profundidade, conferir: BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2015. Na mesma obra também consta o enfrentamento da natureza das normas sobre prova.

no reconhecimento da ilegitimidade *ad causam*, definindo se pode ser reconhecida de ofício, se necessário contraditório, a quem cabe prová-la, se conduz à extinção ou sucessão processual etc. Essa é a tarefa da norma processual.

Assim, um estudo mais atento desses institutos e dispositivos legais permite concluir que eles são institutos de Direito material, e que, quando objeto de discussão em processo jurisdicional, ou quando simplesmente manipulados em juízo, exigem uma disciplina processual própria, que seja adequada às vicissitudes que os envolve, em nome da instrumentalidade do processo; nesse caso, haverá as normas processuais que os regulam.

A importância de justificar sua natureza material e a necessidade de regramento do seu regime jurídico processual - i. e., o que deve ser objeto de norma material e de norma processual -, é especialmente destacada no campo da competência legislativa²⁴, já abordada em outra obra, além de conduzir a outras repercussões²⁵.

No que se refere à competência para legislar sobre tais matérias, em sendo elas de Direito material (ao menos na esfera civil e comercial e outras referidas no art. 22, I, CF), não há dúvida de que só a União pode sobre elas legislar; sendo, porém, afeta ao Direito processual, há que se cogitar, no mínimo, a competência suplementar e supletiva dos Estados e Distrito Federal para estabelecer normas locais em sede de Juizados ou até mesmo fora deles se a questão for considerada procedimental ou do procedimento indissociável (art. 24, X e XI, CF).

²⁴ Tema enfrentado em BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

²⁵ Hermenegildo de Souza Rego, ao enfrentar a natureza das normas sobre a prova, traz inúmeras outras repercussões práticas para essa distinção, que se sugere conferir. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 03 ss.).

Mas é a repercussão da natureza das normas sobre prova sobre a eficácia da lei de regência no tempo e no espaço que, de fato, interessa ao presente trabalho.

A grande variedade de teorias sobre a natureza da prova é muito bem exposta por Hermenegildo de Souza Rego.

Das teorias mais correntes (materialistas, processualistas e mistas) àquelas mais isoladas (que incluem a prova na teoria geral do direito ou a tomam como *tertium genus*, por exemplo)²⁶.

Cabe, aqui, breve abordagem daquelas mais difundidas, de forma a justificar o posicionamento adotado.

DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE A NATUREZA DAS NORMAS SOBRE PROVA

Corrente materialista. Posicionamento adotado

Nos termos da teoria *materialista*, as normas sobre prova são substanciais, tendo em vista disciplinarem a relação jurídica substancial subjacente sob o perfil da certeza. Exatamente por se dirigirem à formação do convencimento do juiz (ou do próprio jurisdicionado) em torno dessa certeza, são por ele aplicadas, como critério de julgamento, assim como as normas que regem a relação substancial deduzida em juízo²⁷⁻²⁸.

²⁶ REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 11. Aprofundam na questão, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 345-352; MELENDO, Santiago Sentis. *Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio*. In *Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1967, 1 t., p. 588 ss.

²⁷ Expõe o argumento, REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 18 e 19.

²⁸ O rol de adeptos da teoria é amplo e merece ser conferido em obra do também materialista, que destaca a grande adesão de franceses, GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle leggi*.

As normas sobre a admissibilidade da prova, objeto da prova, valor da prova, todas elas são tomadas como normas materiais. E com toda razão. Funcionam como critério de decisão para magistrado que se debruçará sobre elas, aplicando-as como primeiro passo ou etapa para que, desvendando os fatos, julgue a própria relação material deduzida.

Nesse particular, há quem fale, até mesmo, em um indissociabilidade da prova e do direito material, afinal, direito que decorra de fato que não pode ser provado equivaleria a um direito “inexistente” – na verdade, judicialmente rejeitável –, pois possivelmente será negado em juízo. Por isso, um instituto tão decisivo para o reconhecimento do direito material não pode ser considerado estritamente processual. Daí se asseverar que “o tratamento que a lei dá ao meio de prova acaba por ser determinante do direito e inalterável sem alteração deste²⁹”.

Essa conclusão decorre, ainda, da constatação de que a prova atua também fora do processo³⁰.

2 ed. Torino: Unione Tipográfica Editrice, 1889, 4 v., p. 474 ss. A lista é complementada por REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 15 e 16, nota 32. Alguns dos seguidores dessa corrente serão citados ao longo do texto, valendo a menção imediata a Salvatore Satta, Francesco Carnelutti, Amaral Santos, João Monteiro, João Mendes Junior e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Segue essa linha, só excluindo do contexto material o ônus de prova e a forma de produção da prova, LOPES, João Batista. **A Prova do Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29. Colocações isoladas e sintéticas de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda permitem inseri-lo na corrente materialista (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, 2 t., p. 152 e 153; cf. também, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 v., p. 213 e 225). Na interpretação de Hermenegildo Rego da afirmação de Pontes de Miranda é possível extrair-se que: “[...] se a prova do bem que se reclama no processo é ligada à norma que assegura tal bem, parece evidente que a norma sobre prova é da mesma natureza que a norma que assegura os bens”. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26).

²⁹ Mesmo sendo adepto da visão processualista, Hermenegildo Rego expõe a questão. (REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26 e 27).

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones Del Proceso Civil**. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1973, 1 v., p. 257 e 258. Observa-se que, inicialmente, Carnelutti

A verdade é que a prova nem sempre se refere a um processo. A prova pode ser providenciada antes de ir a juízo, independentemente de se pretender levá-la ou não a juízo (ex.: vistoria prévia de imóvel a ser locado ou email exigido do cliente pelo advogado declarando que renuncia ao direito de recorrer).

Assim, há prova: *i*) extraprocessual, que independe de qualquer processo (ex.: vistoria do imóvel locado); *ii*) pré-constituída, produzida para ser levada a um processo (ex.: os instrumentos); ou *iii*) processual, produzida no processo e, muitas vezes, também para o processo (ex.: produção antecipada de prova testemunhal ou a perícia judicial).

Nem sempre a prova é feita visando interferir no convencimento de um juiz. Admite-se que a prova se faça com o simples objetivo de formar o convencimento do jurisdicionado sobre o fato probando e a certeza do direito material que se imagina dele decorrer, de modo que possa avaliar se é válido travar batalha judicial em torno dele ou não.

Imagine-se que o síndico de um condomínio edilício, ao conduzir obras na área comum, tenha dúvidas sobre a efetiva prestação de serviços de esgoto por empresa pública estatal, que vem sendo remunerada com o pagamento da taxa respectiva nos últimos dez anos. Seria perfeitamente possível o ajuizamento de ação probatória autônoma no intuito de realizar-se uma perícia antecipada, verificando se os ditos serviços de esgoto são ou não prestados. Se não, ao menos, uma perícia extrajudicial consensual. Assim, o condomínio teria os dados e informações suficientes para resolver conscientemente se exerce ou não a pretensão respectiva, judicial ou extrajudicialmente³¹.

filiou-se à corrente processualista, mas, mesmo sob críticas, na década de 1940, muda de posição, especialmente por perceber que a prova serve extraprocessualmente. (REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 20 e 21). Cf. sobre o argumento, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 346.

³¹ Exemplo dado em, DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 218, 2013, p. 13-45.

Isso porque a parte, devidamente informada sobre fatos que circundam a situação jurídica por ela vivida, terá as condições necessárias para avaliar suas chances de êxito em eventual processo de certificação de direito material. Poderá, conscientemente, adotar a postura que lhe pareça apropriada, que pode ser: i) a instauração (ou prosseguimento) do processo de cognitivo, visando discutir o direito material; ii) investir em negociações para chegar a uma autocomposição³²; iii) ou simplesmente recuar, optando por não litigar em torno desse direito.

Fala-se, assim, em um direito autônomo à prova, de buscar e acessar a prova para obter as informações fáticas necessárias para decidir-se se é o caso de discutir o direito material afirmado em juízo³³.

Esse direito à prova pode funcionar como o próprio objeto litigioso de um processo, mais especificamente como o mérito da chamada ação probatória autônoma, que é aquela que permite que se antecipe a produção da prova, mesmo sem a afirmação ou demonstração de urgência ou do risco de perdê-la³⁴.

As normas sobre prova são materiais, atuando como critério de julgar incidental ou principal.

Será critério de julgar *incidental* quando a análise da admissibilidade, do objeto ou do valor da prova, na fundamentação da sentença ou por decisão interlocutória, for dirigido à formação do convencimento do juiz sobre o *thema decidendum* (a questão principal que será resolvida)³⁵.

³² Cf. YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210-212.

³³ Já houve devido enfrentamento do tema, com várias referências, em DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 218, 2013, p. 13-45.

³⁴ O tema é abordado do CPC-2015, arts. 378 ss.

³⁵ Convencimento este que também se forma sobre a admissibilidade da demanda.

Será critério de julgar *principal* quando o próprio direito autônomo à prova compuser o mérito de uma demanda probatória (autônoma ou incidental).

Rigorosamente, o autêntico materialista só não nega, nem haveria como negar, que as normas em torno do modo ou forma como a prova será produzida em juízo são processuais³⁶. São, assim, processuais, as normas que disciplinem o procedimento de produção da prova, tal como aquelas que tratam do número de testemunhas que podem ser arroladas, do prazo para apresentação do respectivo rol, da possibilidade de prorrogação do prazo para depósito do laudo pericial etc.

Acrescente-se, ainda, no contexto da discussão, as normas sobre *ônus de prova*³⁷.

Considerando que o ônus objetivo de prova é regra subsidiária de *juízo* que determina que aquele que não produziu a prova que lhe cabia suportará decisão desfavorável, só pode ser vista como norma material, afeta ao Direito substancial.

Não cabe negar sua natureza material sob o argumento de que só incide se aplicada no processo³⁸. Não por isso. Existem inúmeros

³⁶ Assim, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, 1 v., p. 46 e 47; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 210; MONTEIRO, João. *Programma do Curso de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Thypographia Academica, 1936, 2 v., p. 340; CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, EJEA, 1973, 1 v., p. 258; DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 2 v., p. 103.

³⁷ Cf. sobre a discussão, MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In *Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA, 1967, 1 t., p. 592 ss.

³⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, comentando a questão, já disse: “O ônus de prova começa antes de qualquer demanda: preexiste a ela: a utilização processual é apenas a mais importante”. Isso é premissa para o autor concluir que a regra sobre ônus de prova não é nem material nem processual, mas, sim, comum aos dois ramos do direito, pois se refere à tutela jurídica (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 v., p. 218 e 219). Diferente é a opinião de João Lopes, visualizando como problema processual, LOPES, João Batista. *A Prova do Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. *Comentários ao art. 1.047*. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle;

direitos que só podem ser realizados por juiz. A nenhum deles se nega o adjetivo “material”. São regidos por normas cuja realização pressupõe obrigatoriamente intervenção judicial. É o que se observa, por exemplo, com o direito potestativo de anular um casamento ou de interdição³⁹. Todos esses são direitos que, assim como o direito à prova, nascem de fatos anteriores ao processo.

Mesmo o ônus de prova já tem relevância antes do processo, tal como se pode imaginar quando um devedor que não tenha prova de pagamento, sabendo que o encargo de tê-la é seu, deixe de resistir à pretensão do credor a ela se submetendo independentemente da existência de um processo⁴⁰.

Há, ainda, aquelas regras em torno da possibilidade de o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, inverter o ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) ou distribuí-lo dinamicamente (art. 373, §1.º, CPC-2015)⁴¹. Confere-se ao julgador o poder de alterar, no curso do processo, a regra subsidiária de julgamento.

São normas processuais. Diante de fato processual, como a verossimilhança do que foi alegado pela parte onerada ou a sua dificuldade probatória, confere-se ao juiz poder (consequente jurídico processual) de redefinir processualmente a regra subsidiária de

CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.404.

³⁹ No mesmo sentido, Leo Rosenberg, que rebate o argumento lembrando de regras como aquela que determina a redução da pena convencional excessivamente alta. (ROSENBERG, Leo. **La Carga de La Prueba**. 2 ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial IBdef, 2002, p. 98-101).

⁴⁰ Ao contrário do que supõe REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 120.

⁴¹ “§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

juízo, a ser aplicada quando não houver provas o bastante nos autos. Estabelece a forma como deve o juiz proceder em juízo⁴².

Fora isso, e já a título de arremate, não pode passar despercebido o fato de que o CPC-1973 inovou ao falar de ônus de prova, e o Código Civil ao não abordá-lo, considerando que este é tema tradicionalmente regrado por legislação material⁴³. O CPC-2015 manteve-se nessa linha processualista, também incorporando a disciplina do ônus probatório.

Corrente processualista. Uma análise crítica

Em que pese a correção da visão materialista, a corrente *processualista* é aquela que conta com maior número de adeptos⁴⁴.

Enxerga as normas sobre prova como normas processuais basicamente por se destinarem à formação da convicção do juiz, não visando sua disciplina atender interesses dos jurisdicionados.

⁴² Processual é também a norma que estabelece o modo de proceder do juiz ao estabelecer essa nova regra subsidiária de julgamento em concreto (distribuindo-a dinamicamente), mais especificamente aquela que define o momento em que a distribuição deve ocorrer dentro do processo, a possibilidade de fazê-lo de ofício, a necessidade de ouvir previamente a outra parte, o cabimento de recurso contra a decisão etc.

⁴³ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, 2004, p. 12.

⁴⁴ Confira-se lista de seguidores nas obras de GABBA, C. F. **Teoria della Retroattività delle leggi**. 2 ed. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1889, 4 v., p. 475; CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 252; REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 34 e 35. Alguns deles e outros serão citados neste texto. Mas são colocados como alguns dos principais adeptos, CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 242 e 243; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale**. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, 2 v., p.71-74; LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. **Rivista di Diritto Processuale**, Cedam, v. 24, 1969, p. 355; LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme Processuali nel Codice Civile. **Rivista di Diritto Processuale**, 1948, p. 154, 3 v., parte 1, p. 163 e 164; ROCCO, Ugo. **Teoria General del Proceso Civil**. Tradução de Felipe de J. Terra. México: Porrúa, 1959, p. 418.

A prova é considerada instrumento de busca da verdade e da realização da justiça pelo Estado, sendo tema de Direito público que não pode ser confundido com o direito subjetivo material da parte.

Embora aceitem que possa ser usada fora do processo para fins particulares e para documentar e dar certeza aos direitos e seu gozo, a prova só assumiria real relevância no processo, quando será vista lado a lado com outros meios de prova.

Chega-se a dizer que “a utilidade das provas fora do processo é dada apenas por um cálculo antecipado (uma *dedução*) do emprego delas num futuro possível e assim da presumida eficácia que se possa esperar delas; é portanto uma utilidade de fato, não jurídica⁴⁵”.

Mas essa é uma visão parcial e limitada do fenômeno probatório, tendo em vista que o primeiro e grande destinatário da prova é o sujeito nela interessado, que tem o direito de obtê-la para formação da sua própria convicção e tomar suas próprias decisões de ir ou não a juízo e até mesmo partir para conciliação.

A prova pode sequer ser levada a processo e, pois, à apreciação do juiz; se o for, não determinará um critério de proceder em juízo, mas, sim, um critério de decidir, pois o juiz deliberará se: *i)* admite ou não a prova; *ii)* o valor a ser a ela conferido; *iii)* a quem pertence o ônus e se foi ou não atendido etc.

Rigorosamente, só se pode dizer processual a norma que discipline o procedimento de sua produção.

Hermenegildo de Souza Rego, adepto da corrente processualista, sustenta que normas sobre prova são somente aquelas que produzem efeitos em processos jurisdicionais. Provas extrajudiciais que visem, por exemplo, facilitar o adimplemento voluntário da outra parte (como instrumento de pressão), ou simplesmente confirmar a existência da prova (como a constatação de quem assistiu ao acidente de veículo)

⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme Processuali nel Codice Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, 1948, 3 v., parte 1, p. 164 e 165.

consistem em simples fato que não tem relevância jurídica enquanto não instaurado um processo⁴⁶.

Entretanto, já se tem mais que reconhecida a relevância extraprocessual de provas de fatos nunca levados a processos, para estimular acordos ou evitar batalhas judiciais, por exemplo.

Cândido Rangel Dinamarco⁴⁷ adere à corrente processualista, sobretudo por visualizar que “a prova é invariavelmente preordenada a alguma decisão, ato de poder que sempre terá lugar no processo”. Embora critique a ampla regulação da prova do Código Civil, reconhece a existência das disposições esparsas (sobre prova de filiação e pagamento, por exemplo) que tem seu valor em termos de instrumentalidade, pois: “corresponde, até, à linha instrumentalista que vai ganhando corpo no direito processual, porque permite que o trato substancial e o processual de certos institutos vivam em harmonia, de modo que se tenham normas de processo compatíveis com as exigências peculiares à situação jurídico-substancial considerada”.

Aqueles que adotam essa visão processualista só consideram material, na melhor das hipóteses, norma que trate da forma de dado ato jurídico, da formalidade necessária para que exista ou seja válido – único dado que seria importante fora do processo⁴⁸. São casos em que a prova do ato deve ocorrer de determinada forma (ex.: escritura pública), sob pena de não ser considerado provado.

Há quem questione o caráter probatório da regra, pois a forma integra o próprio ato jurídico, sendo indispensável seu

⁴⁶ REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 110 e 126.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225-228.

⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, 2 v., p. 71 e 72; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Zavalia Ed. 1981, 1 t., p. 52 e 53. Assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, 2004, p. 11; REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 106.

aperfeiçoamento⁴⁹. Deve-se considerar, contudo, que, ao lado disso, a autêntica finalidade da forma é documentar o ato e conferir certeza à vontade que ele representa, visando, precipuamente, à sua prova. Assim, toda forma especial visa inegavelmente à prova do ato. É bem por isso que os arts. 212 a 232 do Código Civil disciplinam, lado a lado, a forma e a prova do ato jurídico⁵⁰.

Essa linha processualista acabou sendo adotada no CPC-1973 por Alfredo Buzaid, muito por influência dos italianos Chiovenda e Liebman, que incorporou toda a disciplina da matéria de prova. O CPC-1973 manteve a regência do direito probatório⁵¹, assim como o fez o CPC-2015, até porque era e ainda é a visão processualista a predominante. Mas isso não impediu que o Código Civil fosse elaborado e aprovado com inúmeros artigos sobre o Direito probatório⁵².

Algumas teorias mistas. Uma análise ainda crítica

Subsistem, ainda, as teorias *mistas*, que são aquelas que dividem entre o Direito material e o Direito processual as normas sobre o objeto, a admissibilidade e o valor da prova⁵³.

⁴⁹ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 38 e 106.

⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

⁵¹ Com mais detalhes, inclusive históricos, ARAGÃO, Egos Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, 2004, n. 116, p. 14 e 15.

⁵² Na Itália e em Portugal, a prova é disciplinada no Código Civil. O Código Civil Português disciplina a prova nos arts. 341 ss., perpassando por temas como o ônus de prova, as convenções sobre prova, a confissão, a prova documental etc. No Código Civil Italiano, são encontrados diversos dispositivos sobre o tema a partir do art. 2697 – cuidando do ônus de prova, da confissão, da prova documental, da prova testemunhal etc.

⁵³ REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 52; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 349 e 350.

Trata-se de visão atribuída a autores como Giuseppe Chiovenda, Santiago Sentis Melendo e Vittorio Denti.

Giuseppe Chiovenda é inserido nesse contexto porque, mesmo depois de afirmar que a matéria das provas é inteiramente relativa ao Direito processual⁵⁴, tenta distinguir normas probatórias gerais das normas probatórias particulares.

As normas probatórias gerais seriam aquelas estabelecidas no intuito de compor a formação do convencimento do juiz sobre as relações jurídicas em geral, por motivos processuais (como a simplicidade ou rapidez do processo). Seriam normas processuais.

As normas probatórias particulares seriam aquelas estabelecidas sem visar diretamente à formação do convencimento judicial, mas, sim, a uma determinada relação jurídica material, incorporando-se à regulamentação dessa disciplina. Seriam normas materiais⁵⁵. Por exemplo, seria o caso da norma que condicione a admissibilidade da prova testemunhal ao início da prova por escrito em torno de uma relação ou estado específico, como a de filiação.

Mas o critério distintivo chiovendiano é pouco consistente, pois não traz proposta clara de distinção de norma geral e particular, por buscar diferenciá-las considerando “razões legislativas na instituição da norma, processuais ou materiais, para definir sua natureza⁵⁶”.

⁵⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, 3 v., p. 96.

⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v., p. 243, 255 e 256; REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 53, 54, 255 e 256.

⁵⁶ Cf. REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 57 e 58. Hermenegildo de Souza Rego questiona o critério de Giuseppe Chiovenda não só por destoar dos usuais, como também pela sua precariedade, visto que baseado na busca da intenção do legislador (questionável por si só). (REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 58 e 59).

Já se viu que a natureza da norma é definida considerando o papel que desempenha: se cuida do procedimento de criação de norma/decisão, é processual; se cuida do conteúdo da decisão, é material.

As normas sobre o objeto, o valor, a admissibilidade da prova (e o ônus probatório também) são objeto de decisão, determinam seu conteúdo, seja em torno do reconhecimento e realização de um direito substancial e autônomo à prova, seja como pressuposto para reconhecimento de fato que conduz ao nascimento do direito afirmado.

Nessa linha mista, tem-se, ainda, a visão de Santiago Sentis Melendo, que sustenta que cabe às normas materiais regulamentar as fontes de prova e às normas processuais tratar dos meios de prova admitidos. É o que se pode extrair da sua afirmação de que o Código Civil deve tratar das fontes e o Código de Processo dos meios⁵⁷.

A concepção de Santiago Sentis Melendo diz-se partir de visão equivocada da distinção feita por Francesco Carnelutti de fontes e meios. Isso porque Francesco Carnelutti afirma serem as fontes de prova os elementos sobre os quais se produz a prova, de modo a permitir a cognição judicial do fato probando (testemunha, documento e indício)⁵⁸. Já Santiago Sentis Melendo vê a fonte como a percepção do fato, fora do processo, pela eventual testemunha ou parte que venha nele a depor⁵⁹⁻⁶⁰.

Premissas errôneas levam a conclusões insustentáveis.

⁵⁷ MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. *In Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 597 e 598.

⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 231.

⁵⁹ Para mais críticas e análise mais profunda, REGO, Hermenegildo de Souza. **Natureza das normas sobre prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 62-64.

⁶⁰ Diz o autor que, em sua visão, todas as provas são pré-constituídas como fontes e se constituem dentro do processo com o emprego dos meios autorizados por lei. (MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. *In Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t., p. 597).

Demais disso, a disciplina da fonte de prova (como o documento, a testemunha ou o fenômeno natural) está intimamente correlacionada com o valor ou a admissibilidade do meio de prova. Difícil dissociá-las.

Por exemplo, estabelecendo-se quem pode ser testemunha, excluindo aqueles considerados incapazes, suspeitos ou impedidos, o legislador está a limitar a admissibilidade da prova testemunhal (art. 447, CPC, e art. 228, Código Civil).

Ainda como exemplo, ao se equiparar o documento público produzido por oficial incompetente e assinado pelas partes ao documento particular (art. 407, CPC), o legislador está tratando da sua força *probandi* (valor da prova).

Todas essas são, portanto, normas materiais.

Vittorio Denti⁶¹, seguido pelo também italiano Mauro Cappelletti⁶² e pelos brasileiros Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶³, abandona os imprecisos e relativos conceitos e parâmetros abstratos de enquadramento da norma sobre prova no contexto material ou processual⁶⁴ – que não acomodariam, nem um (material), nem outro (processual), adequadamente o instituto⁶⁵.

⁶¹ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969, p. 97 e 98.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t., p. 351 e 352.

⁶⁴ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35. Vittorio Denti dá exemplo. Diz que uma norma, quanto à sua estrutura, pode ser, ao mesmo tempo, de valoração jurídica (material ou estática) e de produção jurídica (processual ou dinâmica). Seria o caso da norma de ônus de prova que é norma atributiva de poder processual (e portanto instrumental) e regra de decisão para fato incerto (e, pois, substancial). (DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 24, 1969, p. 30 e 31). Percebe-se que o autor dá tratamento diverso ao ônus subjetivo (regra de conduta para parte) e objetivo (regra de julgamento para juiz) de prova. E que os define como processual ou material em abstrato.

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 24, 1969, p. 97 e 98.

Isso porque não levariam em conta as peculiaridades e necessidades de cada caso concreto. As exigências de cada caso concreto podem impor que o juiz siga em alguns casos critérios materiais e, em outros, processuais. Não haveria nenhum óbice a que o juiz considerasse a mesma norma probatória ora como material, ora como processual, a depender do problema concreto que esteja a solucionar: de retroatividade da lei ou de conflito temporal ou de conflito interno ou internacional de leis. O que importa é não ficar preso à rigidez das fórmulas abstratas⁶⁶.

Não parece ser a melhor opção dogmática. Teoricamente, em um plano lógico jurídico, e sem considerar qualquer ordenamento positivo, é possível definir-se a natureza das normas sobre prova. E isso se faz em abstrato.

Agora, se a natureza processual ou material da norma de regência implica dificuldades concretas, como, por exemplo, o comprometimento de princípios constitucionais na aplicação das regras de Direito intertemporal relativas à questão, isso pode ser resolvido mediante interpretação constitucional e sistemática, ponderando os princípios em jogo (como razoabilidade, efetividade e segurança jurídica). Assim se fará justiça no caso concreto.

Conclusão inicial

Em desfecho à análise da natureza das normas sobre prova, o que se pode concluir é que a prova é um instituto material.

É regida pelo Direito *material*. Seja por oferecer informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto de decisão, seja por ser o próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como um direito autônomo à prova).

⁶⁶ DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 24, 1969, p. 34 e 35.

Sempre atua como critério de julgar. O juiz julga o *valor e admissibilidade* da prova para certificar um direito, assim como o juiz pode julgar, certificar e realizar o próprio *direito material* à prova (mérito).

Assim, direta ou indiretamente, a prova é tema que se coloca como objeto de decisão em juízo.

Isso fica ainda mais patente quando se trata do *ônus de prova* que, por definição, é uma regra de julgamento, que porta um critério de decidir o direito material em jogo para as causas em que não haja suficiência probatória.

As únicas normas que se podem dizer *processuais*, por definirem critério de proceder, são aquelas que se referem ao *procedimento* de produção da prova em juízo e ao poder judicial de *distribuição dinâmica* e casuística do ônus de prova no curso do procedimento.

Dessa forma, só há que se cogitar competência legislativa suplementar e supletiva dos Estados e Distrito Federal em matéria de prova (art. 24, XI, CF), naquilo que se refira ao procedimento de sua produção e à distribuição dinâmica de seu ônus, e dentro dos limites do que a Constituição permitir - o que foi analisado com mais vagar em outro trabalho⁶⁷.

REPERCUSSÕES NA EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO ESPAÇO

De acordo com o princípio da territorialidade, com previsão expressa no art. 16 do CPC, a lei processual, ao disciplinar função estatal (jurisdicional), é aplicável exclusivamente no território do estado que a editou (aplicação da *lex fori*). É máxima inerente à soberania dos

⁶⁷ BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2015.

estados, cuja função jurisdicional será regida por lei nacional e, jamais, por lei estrangeira⁶⁸.

Assim, prevalece a lei processual brasileira para a realização de atos processuais no Brasil, ainda que estrangeiras as partes, que estejam *sub judice* fatos ocorridos no exterior, ou que sejam aplicáveis normas estrangeiras de direito material (art. 376, CPC).

O princípio absoluto da territorialidade exclui a possibilidade de edição de normas de direito processual internacional e impede que normas estrangeiras de cunho processual sejam aplicadas pelo juiz nacional. Mas, em dados casos, o juiz não deve ignorar as regras estrangeiras de processo, tendo até o dever de referi-las, quando isso for pressuposto para a aplicação da lei nacional (ex.: art. 256, § 1.º, CPC).

Merece certa atenção o art. 13, LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que poderia ser apontado, excepcionalmente, como fonte de um ilegítimo “direito processual internacional”, no contexto probatório. Prevê que a prova do fato ocorrido no estrangeiro rege-se pela lei naquele estado vigente, quanto ao ônus de prova e ao meio de prova.

Uma primeira leitura pode conduzir muitos à conclusão de que o citado dispositivo imporia ao juiz brasileiro a observância de normas processuais estrangeiras. Mas não é bem isso que dali se pode extrair, porquanto as normas que regem os meios e o ônus de prova sejam normas materiais, como explicitado no item anterior.

Na verdade, ainda que se considerassem os meios de prova como objeto de norma processual, não haveria óbice ao emprego daqueles

⁶⁸ O CPC não se restringe a prever o exercício da jurisdição em território nacional com base no quanto previsto na própria lei processual codificada (tal como também fazia o CPC-1973, em seu art. 1.º). Prevê, ainda, no seu art. 13, que: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.” Ou seja, fica estabelecida a regência da jurisdição brasileira por “normas processuais brasileiras”, expressão que abrange toda e qualquer modalidade normativa nacional, juntamente com tratados e convenções internacionais então incorporados.

previstos em lei estrangeira, por predominar em nosso ordenamento o princípio da atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC). Admite-se o emprego de meios atípicos de prova, desde que lícitos e moralmente legítimos, ainda que não previstos em lei processual brasileira. Mas como a premissa desse trabalho é de que se trata de objeto de norma material, isso por si só já explica a possibilidade de sua regência advir de fonte normativa estrangeira.

Nessa linha de entendimento, Eduardo Spínola explica que os meios de prova utilizados na demonstração da existência do fato ou ato devem ser aqueles decorrentes da mesma legislação que regulou a sua forma extrínseca, i.e., “os elementos probatórios concernentes à solução da controvérsia são regulados pela mesma lei, que presidiu à sua constituição e lhe delimitou os efeitos”⁶⁹. Logo, ocorrido e constituído o ato ou fato em território estrangeiro e sob égide de lei estrangeira, os seus meios de prova deverão submeter-se ao mesmo regime⁷⁰. Daí dizer-se que a “a prova não se pode separar do direito, cuja existência ela se destina a estabelecer”⁷¹; a prova nasce com o direito, afirma Tenório⁷².

Visualiza-se, assim, uma correlação íntima entre a lei que trata da forma do ato e da sua prova. Admitindo-se que se dê ao ato a forma prevista na lei do lugar em que ocorrido, essa mesma lei definirá se essa forma foi legítima e corretamente empregada e quais outros meios de prova podem ser utilizados diante de sua insuficiência⁷³.

⁶⁹ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 254 e 255.

⁷⁰ Trata-se de regra também constante no art. 399, do Código de Bustamante.

⁷¹ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 255.

⁷² TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 406.

⁷³ É a lição de Clóvis Beviláqua, com base na regra da *locus regit formam actus*, dela excluindo, entretanto, os fatos jurídicos que não consistem em manifestação de vontade (BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 267, 268, 269 e 271). Cf., ainda, TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de**

Mas, para isso, o próprio legislador estabeleceu um limite no art. 13 ora comentado: não serão admitidas as provas desconhecidas pela lei brasileira. Nesse particular, importa a leitura conjunta com o art. 369, CPC, acima apontado, na medida em que até poderão ser admitidos meios de prova atípicos e aqui não regulados, bastando, para tanto, que sejam lícitos e moralmente legítimos. Assim, a rigor, são possíveis meios de prova aqui desconhecidos, o que não são possíveis são os meios de prova aqui não admitidos em razão de sua ilicitude⁷⁴.

A questão é diferente no âmbito do ônus de prova. Pode parecer um atentado à soberania brasileira (ou uma violência institucional) exigir que o juiz brasileiro julgue com base em regras processuais estrangeiras de ônus de prova. Porém, partindo do pressuposto de que o instituto (prova) é bifronte⁷⁵, ou que simplesmente se trata de instituto material (premissa aqui fincada), há que se reconhecer que a regência do ônus de prova se dá por norma material.

Isso se justifica por tratar-se o ônus de prova de regra subsidiária de julgamento (e, não, de procedimento) – que impõe julgamento desfavorável àquele que não atendeu o encargo probatório que lhe fora atribuído; além disso, o dito ônus “já se define e pode ser conhecido antes mesmo da realização do processo”⁷⁶.

Diz-se que o ônus de prova não é matéria processual de modo a legitimar a aplicação da *lex fori*. Trata-se de encargo que decorre do fato que se constituiu (à época de sua constituição), relacionando-se com o

Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 405.

⁷⁴ Já percebia a questão, TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 407. Também assim, RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB.** São Paulo: Saraiva, 2016, p. 261.

⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. Com o autor, LIMA, Lucas Rister de Sousa. **Direito Intertemporal no Processo Civil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 146.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 96

direito que disciplinou aquele fato em sua formação e seus efeitos. Por isso, deve ser regida pela lei do local do fato⁷⁷.

Assim, submetida ao juiz brasileiro causa relativa a fato (ato ou negócio) ocorrido no estrangeiro, deverá ser apreciada, em sua inteireza, considerando norma material sobre *onus probandi* da lei estrangeira⁷⁸.

Por outro lado, o procedimento de realização da prova, o modo como será coletada em juízo, é regido exclusivamente por lei processual brasileira, considerada em sua estrita territorialidade. Trata-se de matéria atinente ao Direito processual, que se submete à ordem do processo, e, pois, à competência exclusiva da *lex fori*⁷⁹.

REPERCUSSÕES NA EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

Os princípios básicos que regulam a aplicação da lei processual no tempo são o da aplicação imediata da lei nova (arts. 14 e 1.046, CPC, art. 1.º, Lei de Introdução ao CPP, art. 2.º, CPP) e da sua não retroatividade (art. 14, CPC, art. 6.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e art. 5.º, XXXVI, CF). Vigente, a lei

⁷⁷ TENÓRIO, Oscar Accioly. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 406.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 96. Trata-se de regra também adotada no art. 398, do Código de Bustamante, e que já era apoiada por doutrinadores da época. Sua inserção na então denominada Lei de Introdução ao Código Civil foi aplaudida (ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 260). Contra, GONÇALVES, Carlos Roberto. Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: sua função no ordenamento jurídico e, em especial, no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, 1985, p. 29; CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene 1965, p. 129.

⁷⁹ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 255 e 256; comentando-a no contexto da prova testemunhal, BEVILÁQUA, Clóvis. **Princípios elementares de direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 269. Trata-se de regra também constante no art. 400, do Código de Bustamante: “a forma por que se há de produzir qualquer prova regula-se pela lei vigente no lugar em que foi feita”.

nova produzirá efeitos imediatamente, mas devem ser respeitadas as situações consumadas sob o império da lei anterior – o direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito –, que não poderão ser por ela atingidas.

O Direito intertemporal, no âmbito das normas processuais, tem recebido especial atenção da doutrina e jurisprudência, que se pergunta: havendo sucessão de leis processuais no tempo, qual delas (lei nova ou lei antiga) deverá reger os processos findos, pendentes e iminentes?

Simple é a resposta de que a lei nova não regerá os processos findos sob a vigência da lei antiga (princípio da irretroatividade), mas regerá os processos iminentes, a começar sob sua vigência (princípio da aplicação imediata).

O que é considerado peculiar no Direito intertemporal processual é a possibilidade de incidência da lei nova nos processos pendentes, que estão em curso quando passa a vigor. Nesse particular, foi adotado, no ordenamento brasileiro, o sistema do isolamento dos atos processuais, que contou com adesão da maioria da doutrina⁸⁰, e com consagração legislativa no art. 2.º do CPP e nos arts. 14 e 1.046, CPC. É considerado princípio de Direito processual intertemporal.

De acordo com esse sistema, a lei nova não atinge atos já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar e seus efeitos. Em outras palavras, não se aplica lei nova aos atos já realizados nem às situações já consumadas a cada passo do procedimento (regra do *tempus regit actum*), ainda sob a égide da lei antiga.

A lei nova não pode prejudicar ato jurídico perfeito (já finalizado) e não deve atingir o direito adquirido a praticar um novo ato processual.

⁸⁰ COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v., p. 258 e 259; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v., p. 32; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, 1v., p. 100; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v., p.135.

O ato processual produz efeitos imediatamente (art. 200, CPC), nascendo e adquirindo-se, pois, de plano, o direito à prática de um novo ato processual⁸¹.

Como se pode perceber, trata-se de manifestação da imposição constitucional da irretroatividade da lei (art. 5.º, XXXVI, CF) para atingir atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos, não havendo, a rigor, um regime especial para o direito processual⁸².

Há exceções ou variações dessa regra (do sistema de isolamento dos atos processuais).

No CPC-2015, existem dispositivos prevendo regras especiais de Direito intertemporal, algumas delas adotando, pontualmente, o sistema de fases e de unidade processual.

O sistema da unidade processual é aquele pelo qual se enxerga que o processo, apesar de se desenrolar através de uma sucessão de atos processuais, é uno. Deve ser considerado em sua unidade, só podendo, por isso, ser regido por uma única lei: a lei antiga, que deve se impor para impedir que a lei nova retroaja⁸³. O processo deve ser, assim, integralmente regido pela lei que vigia no momento em que a ação foi proposta e ele se iniciou, não podendo ser atingido por lei nova e superveniente⁸⁴.

O art. 1054, do CPC, por exemplo, opta pelo sistema de unidade processual para disciplinar a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais em causas ajuizadas depois da vigência desse código: “O disposto no art. 503, § 1.º, somente se aplica aos processos iniciados

⁸¹ Sobre o assunto, cf. LACERDA, Galeno. **O novo direito processual e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12 e 13; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de Direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17-20.

⁸² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 57.

⁸³ COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v., p. 256.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 26.

após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. Nesse particular, o enunciado n.º 367, FPPC, esclarece que: “Para fins de interpretação do art. 1.054, entende-se como início do processo a data do protocolo da petição inicial”.

O sistema das fases processuais é aquele segundo o qual se distinguem, dentro do processo, fases processuais autônomas (postulatória, ordinatória, instrutória, decisória e recursal), e cada uma delas é suscetível de ser disciplinada por uma lei distinta⁸⁵.

O art. 1046, § 1º, do CPC, aplica o sistema de fase (recursal) processual para os extintos procedimentos sumário e especiais: “As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código”. O enunciado n.º 568, FPPC, estende esse mesmo sistema para as cautelares iniciadas no regime do CPC-1973 e ainda pendentes de julgamento: “As disposições do CPC-1973 relativas aos procedimentos cautelares que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do CPC/2015”.

Resta analisar o que prevê o CPC-2015 em matéria probatória, chamando a atenção o disposto no art. 1047, CPC.

O texto do art. 1047, do CPC, é de difícil interpretação. A princípio, parece ter sido adotado, nesse dispositivo, o sistema de fases processuais em matéria de prova. Confira-se seu teor: “As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”.

⁸⁵ COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v., p. 257.

Ronaldo Cramer explica a regra, partindo do pressuposto de que a fase probatória é marcada pelos momentos da propositura (requerimento da prova), da admissão (deferimento ou determinação de ofício da prova) e da produção da prova. Se o procedimento começa (com requerimento ou determinação de ofício da prova) na vigência da lei antiga, deve ser conduzido até o fim sob a égide dessa mesma lei, impedindo que uma mesma prova seja regida por leis distintas, gerando algum tipo de contradição ou confusão. Preservar-se-ia, ainda, a expectativa da parte ou do juiz de que a prova seja realizada de acordo com a legislação do momento em que foi considerada útil⁸⁶.

O momento para requerimento das provas é o da apresentação da petição inicial e, para o réu, é o do oferecimento da contestação. Mas só um requerimento específico de determinado meio de prova, em sede de petição inicial ou contestação apresentados na vigência do CPC-1973, pode ser considerado, segundo o autor, para fins de incidência do art. 1.047, diz-se; “o protesto genérico por provas, realizado na petição inicial ou na contestação ofertada antes da vigência do CPC, não implica requerimento de prova para fins do art. 1047” (enunciado n.º 366, FPPC)⁸⁷.

Por outro lado, o fato de a prova ter sido requerida ou determinada na vigência do CPC-1973, não impede que seja selada convenção processual em matéria probatória, na forma do art. 190, CPC-2015, não se aplicando o art. 1.047, CPC, neste particular (enunciado n.º 569, FPPC).

Em que pese se reconheça que o objetivo da regra é garantir a segurança jurídica e o contraditório na condução do rito probatório, na

⁸⁶ CRAMER, Ronaldo. Comentários aos art. 1.047, CPC. In: CRAMER, Ronaldo. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2364.

⁸⁷ Nesse sentido, FARIA, Juliana de Cordeiro. Direito intertemporal. In: THEODORO JR, Humberto (coord.). **Processo Civil Brasileiro. Novos Rumos a partir do CPC/2015**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 338 e 339.

medida em que se preservam as expectativas daqueles que requereram a prova na vigência da lei anterior (ou a viram ser, lá, determinada de ofício) e, pois, de que seria produzida de acordo com as regras então em vigor⁸⁸, ainda assim, as críticas são duras.

O que o legislador pretende, diz-se, é somente impedir a retroatividade da lei nova (CPC-2015) para que implique interferências restritivas ou prejudiciais para as partes sobre as provas já requeridas ou determinadas de ofício na vigência da lei antiga (CPC-1973)⁸⁹. Não haveria óbice para a retroação de regra inovadora quando ela contribuir para a realização do contraditório e do devido processo legal, sem gerar insegurança ou qualquer quebra de confiança das partes na incidência do regime anterior, situação esta que se identifica na maior parte das alterações no novo CPC. Daí concluir, Leonardo Cunha, que: “O art. 1.047 do CPC-2015 é, portanto, de difícil compreensão, não sendo possível imaginar uma hipótese em que tenha de fato incidência”, declarando-o “inútil e inoperante”⁹⁰.

Denuncia-se, ainda, o potencial do art. 1.047, CPC, de provocar situações de flagrante desigualdade. Bastaria observar um requerimento de produção de prova testemunhal do autor realizado na vigência do CPC-1973 e outro realizado pelo réu já na vigência do CPC-2015 (ex.: prova de um fato superveniente, arguido em fase mais adiantada do rito, cf. art. 493, CPC). Nesse caso, em uma mesma audiência de instrução, a oitiva de testemunhas para cada um se daria de modo

⁸⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 88

⁸⁹ Regras proibitivas, restritivas ou que impliquem a inadmissibilidade da prova, diz CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 88

⁹⁰ Regras proibitivas, restritivas ou que impliquem a inadmissibilidade da prova, diz CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 88

diferente (ex.: a partir do CPC-2015 passa a ser possível a formulação de perguntas diretas para a parte)⁹¹.

Assim, na visão de André Roque, a melhor interpretação do dispositivo é restritiva, de modo que o art. 1.047, CPC, e sua regra de transição, só se aplica à admissibilidade da prova (preservando-se o direito adquirido da parte a uma certa prova que se admitia na lei anterior), já o procedimento da prova, por sua vez, rege-se pela tradicional regra do sistema de isolamento dos atos⁹².

Em sentido semelhante, Fredie Didier opta por visão restritiva e ainda crítica da regra, sustentando que não se aplicaria às inovações relativas ao procedimento de produção da prova (ex.: requerida a perícia no regime do CPC-1973, o laudo pericial produzido no regime do CPC-2015 deve respeitar os novos requisitos do art. 473, que só enfatizam o contraditório). Sua aplicação ficaria restrita ao contexto

⁹¹ ROQUE, André Vasconcelos. **Direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I. A difícil transição do CPC de 1973 para o de 2015**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-12102015>>. Acesso em 01 set 2018; GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.36; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 87. Constata possíveis incoerências de uma fase instrutória regida por códigos diferentes, PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 1.047. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.404.

⁹² ROQUE, André Vasconcelos. **Direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I. A difícil transição do CPC de 1973 para o de 2015**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-12102015>>. Acesso em 01 set 2018. Na obra de Galeno Lacerda, ao tratar-se do Direito intertemporal no contexto da perícia e da inspeção judicial, o autor registra, como regra, a incidência imediata da lei nova sobre o procedimento de produção da prova em curso, sem receios de quebra de expectativas nesse contexto. Só ressalva que a situação em que os peritos já tinham prestado seu compromisso, que seria ato perfeito e acabado, e não comportaria incidência de lei nova, que implica alterações posteriores nessa situação já consumada, como, por exemplo, a nomeação de um perito oficial (LACERDA, Galeno. **O novo direito processual e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 29 e 51).

do requerimento e admissão da prova e, mesmo assim, com diversas ressalvas, a ponto de, também, questionar-se sua utilidade⁹³.

O autor exemplifica seus questionamentos com o art. 401, CPC-1973, que vedava prova exclusivamente testemunhal de contratos cujo valor excedesse dez vezes o salário mínimo (sendo necessário um mínimo de prova escrita), e foi revogado, não subsistindo no CPC-2015. Explica o autor que, requerida a prova na vigência do CPC-2015, o juiz não poderia simplesmente admitir a prova exclusivamente testemunhal de um contrato desse viés, aplicando o regime do novo Código, pois se trata de contrato anterior a ele. Na verdade, a melhor análise dessa situação pressupõe que se observe que a admissibilidade desse meio de prova é um problema de Direito material, e, por isso, deve ser regido pela lei (material, ainda que heterotópica) vigente na época do selamento do negócio.

Melhor o exemplo desse mesmo autor do requerimento de produção antecipada de prova sem urgência formulado na vigência do CPC-1973. Não havia lei expressa admitindo-o independentemente da urgência, já no regime do CPC-2015 passa a ser explicitamente possível. Diante disso, questiona-se: seria razoável o magistrado, partindo do pressuposto de que o requerimento foi feito na vigência do regime anterior, simplesmente indeferi-lo? Caso se admita essa possibilidade, bastaria a parte, então, dele desistir, reformulando-o já na vigência do CPC-2015. Não faz sentido, ao menos não à luz das premissas fixadas pelo autor⁹⁴.

Foram essas as principais conclusões encontradas em doutrina até então.

⁹³ A esse respeito, DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1.047, CPC. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, 4v., p. 638 e 639.

⁹⁴ A esse respeito, DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1.047, CPC. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, 4v., p. 641.

Parece, contudo, que, em sendo a prova instituto de Direito material, será regida pela norma vigente no momento da ocorrência do fato⁹⁵. Afinal, é nesse momento que surge a preocupação com a prova daquele fato em todos os seus aspectos e sua eventual importância para futura certificação de um direito material que dali decorra.

A lei nova, material que é, não atingirá a admissibilidade de meio de prova⁹⁶, a titularidade do ônus da prova⁹⁷, ou o valor da prova, por ex., quando fato ou ato a provar foi ocorrido ou praticado na vigência da lei antiga. A lei material é aquela que vige no momento em que o ato ou fato se realizou⁹⁸.

⁹⁵ Assim, em que pese considerando irrelevante a natureza da norma sobre prova, mas só sua proximidade com o direito material, GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 31 e 32; YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 242.

⁹⁶ Assim, MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 191; Em sentido contrário, tratando-a como lei processual e considerando que incide sim, pois que raciocinando à luz do CPC-1973 e da simples aplicação do sistema de isolamento dos atos, AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de Direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71.

⁹⁷ É o que pensa, à luz do regime de CPC-1973, e, pois, sem estar em vigor o art. 1.047, CPC-2015, inclusive destacando também se inserirem nesse contexto as presunções, BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 562; MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 191; LIMA, Lucas Rister de Sousa. **Direito intertemporal no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 146. Contra, Clito Fornaciari parece partir do pressuposto de que o ônus de prova é objeto de norma processual, para defender que será regido pela lei do tempo em que a prova fora deferida, por gerar um direito adquirido processual de realização da prova naqueles termos (ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antônio; JÚNIOR, Clito Fornaciari; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova e o direito intertemporal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, 1976, p. 227). Já Antônio Peluso afirma ser aplicável a lei do momento da propositura da ação, pois é quando a parte tem que requerer provas que pretende; e Arruda Alvim, acompanhando Gian Antonio Micheli, entende que a lei que incide é aquela do tempo em que prolatada a sentença, pois o ônus de prova é regra de julgamento (ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antônio; JÚNIOR, Clito Fornaciari; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova e o direito intertemporal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, 1976, p. 228-230).

⁹⁸ COSTA, Alfredo Araújo Lopes. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v., p. 260 e 261. Visualiza a prova nesse contexto material, PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. **Elementos para uma teoria do direito intertemporal no processo civil**.

Entretanto, tratando-se de regra relativa ao procedimento de produção da prova em juízo, por se tratar de norma processual, a solução deverá ser encontrada em uma das interpretações propostas ao art. 1.047, CPC⁹⁹.

A princípio, antes de firmar um posicionamento sobre a matéria, cabe uma ressalva. Já que o legislador optou pelo teor do texto do art. 1.047, CPC, melhor seria ter previsto que as inovações em matéria probatória do CPC-2015 são aplicáveis às provas “deferidas” (a requerimento) ou determinadas de ofício na vigência do CPC-2015, pois é a partir de então, do seu deferimento, que se poderia falar em um direito adquirido processual¹⁰⁰ àquela prova¹⁰¹ a ser produzida de acordo com o novo regime jurídico processual probatório¹⁰². É assim que deve ser interpretado o dispositivo.

Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2004, p. 171.

⁹⁹ Moacyr Amaral Santos afirma que o modo de constituição e a produção das provas em juízo regem-se pela lei processual vigente e não pela lei do tempo em que o fato ocorreu (aplicando sistema de isolamento dos atos, à luz de Código anterior), mas o valor da prova e as condições de sua admissibilidade são regidos por lei substancial do tempo do fato a provar. (AMARAL SANTOS, Moacyr. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, 1 v., p. 51.). Já José Albuquerque da Rocha assevera que: “quanto à admissibilidade e ao ônus da prova, prevalece a lei do dia em que o ato a provar se realizou e, quanto à produção da prova em juízo, prevalece a lei do dia da prática do ato em juízo”. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71).

¹⁰⁰ Admitem a existência de “direitos adquiridos processuais”, oriundos de atos ou fatos jurídicos processuais, que podem ser extraídos do art. 200, CPC (antigo art. 158, CPC-1973), LACERDA, Galeno. **O novo direito processual e os feitos pendentes**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 13; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de Direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17. Galeno Lacerda refere-se, inclusive, ao direito adquirido à prova. Admitindo ao menos no contexto do ônus de prova, que seria regido pela lei do tempo em que a prova foi “deferida”, Cito Fornaciari (ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antônio; JÚNIOR, Clito Fornaciari; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova e o direito intertemporal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, 1976, p. 227).

¹⁰¹ Em sentido semelhante, NERY JR, Nelson; NERY JR., Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.241.

¹⁰² Ana Beatriz Presgrave percebe o problema ao afirmar que embora o dispositivo refira-se ao momento do requerimento da prova como marco de Direito intertemporal, deve ser considerado o seu deferimento, pois a efetiva coleta da prova pressupõe uma determinação judicial quanto a isso. Aduz, ainda, que: “não teria lógica, analisando-se o tema pela ótica

No mais, de fato, afastar novas regras processuais, sobre procedimento de produção da prova em juízo, daquelas requeridas (na verdade, deferidas, como aqui se sustenta) e determinadas na vigência do código anterior pode significar um óbice irrazoável ao acesso das partes a uma tutela justa e à efetividade do seu direito material, bem como ao exercício do contraditório, ainda mais se não lhes trouxer prejuízo.

Não é sensato ou consoante a principiologia processual cogitar-se a inaplicabilidade de uma lei processual nova no processo em curso que seja mais aprimorada (ex.: antecipação da prova sem urgência) e benéfica à produção da prova em contraditório e em pé de igualdade (ex.: produção de prova pelo revel ou laudo pericial com observância dos novos requisitos de lei), e que seja importante para que o processo alcance sua finalidade, só porque fora ela requerida (na verdade, “deferida”) ou determinada oficiosamente na vigência da lei anterior¹⁰³.

Dessa forma, é possível imaginar-se que o magistrado, em exercício de razoabilidade e proporcionalidade, afaste essa regra

do direito intertemporal, em se assegurar a ultra-atividade de uma norma processual através de ato unilateral da parte, que poderia, assim, escolher qual norma que gostaria que fosse aplicada ao seu processo” (PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **O Novo CPC e os processos em curso: Direito Intertemporal Processual**. São Paulo: Lualri, 2016, p. 94). Na verdade, o Substitutivo aprovado na Câmara de Deputados falava em provas “deferidas”; o texto foi alterado no Relatório da Comissão Especial no âmbito do Senado Federal (cf. PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 1.047. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.405).

¹⁰³ É o que Adriano Gomes considera serem “consequências indesejáveis” do art. 1.047, CPC. O autor defende o afastamento da regra do art. 1.047 quando se constata que: implica violação à isonomia (de modo que um regramento probatório mais benéfico se aplique para a parte que requereu a prova na vigência do código novo, em detrimento daquela que a requereu na vigência do código anterior); representa prejuízos para atividades já realizadas; restringe o direito adquirido à prova; gere incoerências dentro do processo ou empecilho para alcance de suas finalidades. Finaliza sustentando que o CPC-2015 e seu novo regramento só poderia ser aplicado quando não conflitasse com o anterior dentro do mesmo processo (GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 38-40).

de Direito intertemporal, fazendo prevalecer o acesso à justiça¹⁰⁴, a igualdade, o contraditório e a efetividade, em detrimento do primado da literalidade da lei e da suposta segurança jurídica então assegurada. Isso, tanto para retroagir a lei nova, como para negar eficácia imediata para ela¹⁰⁵.

Essa relativização da aplicabilidade de normas de Direito intertemporal não é nova e é observada em casos pontuais em nossos tribunais.

Há decisão do STJ na MC n.º 13951, Rel. Min, Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 11.03.2008, DJe 01.04.2008, admitindo o afastamento da lei nova quando o ato a praticar possui nexos imediato e inafastável com o ato praticado sob a égide da lei antiga e seus efeitos – no caso, a citação do executado (realizada na vigência da lei antiga) e o início do prazo para embargar (já na égide da lei nova, no caso, a Lei n.º 11.382/2006 que alterou o CPC-1973).

Encontram-se precedentes do STJ, no sentido de que, em nome da segurança jurídica e da razoabilidade, a lei nova (no caso, a Lei n.º 11.232/2005, que alterou o CPC-1973) que institui a impugnação de executado e prevê o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão de seu indeferimento não afasta o cabimento de apelação contra decisões de indeferimento dos antigos embargos à execução, ajuizados sob a égide da lei antiga, ainda que tais decisões tenham sido publicadas na vigência da lei nova. A despeito disso, tem-se admitido o recurso interposto, com base no princípio da fungibilidade. Assim,

¹⁰⁴ Colocado como fundamento para a parte pedir um regime probatório “mais adequado” por GOMES, Adriano Camargo. O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). **Direito Intertemporal**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 43.

¹⁰⁵ Comenta a possibilidade de relativização das regras de aplicação da lei processual no tempo, RODRIGUES, Horácio Wanderlei. A lei processual do tempo. In: ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.). **Direito Civil e Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1518 e 1519.

AgRg no REsp n.º 1109004-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.^a Turma, j. 19.05.2009, DJe 08.06.2009 e REsp n.º 963977-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. 26.08.2008, DJe 05.09.2008, EREsp 1043016 / SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 2.^a Seção, j. 10.03.2010, DJe 27.05.2010, REsp n.º 1.062.773, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., j. 7.6.2011, DJe 13.06.2011.

Além disso, predominou na jurisprudência a eficácia retroativa da Lei n.º 8.009/90, inclusive para desconstituir penhoras já realizadas quando a lei entrou em vigor. É o teor do enunciado n.º 205 da súmula da jurisprudência predominante do STJ (“A Lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes da sua vigência”).

Por fim, em que pese seja possível essa relativização, não se quer, com isso, defender que ela passe a ser a regra e a observância do art. 1.047, CPC, a exceção, tampouco fadá-lo (o art. 1.047, CPC) à absoluta inutilidade.

Por exemplo, imagine-se que a parte requereu e viu ser deferida a produção de prova testemunhal na vigência do CPC-1973, solicitando que fosse a testemunha intimada para tanto. A intimação da testemunha fora realizada pelo advogado, já na vigência do CPC-2015, com base na regra que o admite no bojo deste novo código. Mas sua testemunha não comparece em juízo na data designada (na vigência do CPC-2015), confiando que sua intimação não foi judicial (como exige o CPC-1973), mas, sim, por simples carta enviada pelo advogado (como admite o CPC-2015). Pode a parte insistir na observância do art. 1.047, CPC, em nome da confiança, da segurança jurídica e do contraditório, exigindo a remarcação da audiência e nova intimação da audiência a ser realizada pelo juízo?

Por outro lado, que mal há em admitir-se uma escolha consensual de perito quando a perícia fora requerida e deferida na vigência do CPC-1973, lei que não admitia essa possibilidade? Não há potencial

de prejuízo, há consenso das partes, e nenhuma expectativa legítima na incidência do regime anterior poderá ser coerentemente levantada.

CONCLUSÃO

Foi possível chegar a algumas conclusões com o presente trabalho. Em primeiro lugar, concluiu-se que a prova é um instituto material, regido pelo Direito *material*. Isso porque produz informações sobre os fatos que justificam a certeza de um direito que pode ser colocado como objeto de decisão. Além disso, pode consistir, também, no próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como um direito autônomo à prova).

De um ou de outro modo, atua como critério de julgar. O juiz julga o *valor* e a *admissibilidade* da prova para certificar um direito, assim como o juiz pode julgar, certificar e realizar o próprio *direito material* à prova (mérito).

Essa conclusão é ainda mais clara quando se trata do *ônus de prova* que, por definição, é uma regra de julgamento, contendo critério de decidir o direito material *sub judice* nas causas em que não haja suficiência probatória.

São, pois, *processuais*, aquelas normas que portam um critério de proceder, i.e., aquelas que se referem ao *procedimento* de produção da prova em juízo e ao poder do juiz de promoção de *distribuição dinâmica* e casuística do ônus de prova no curso do procedimento.

Dito isso, concluiu-se, em segundo lugar, que as leis processuais de prova são regidas pela máxima da territorialidade absoluta, só podendo ser aplicada lei brasileira para reger o procedimento probatório que ocorre na Justiça brasileira. O art. 13, LINBD, não excepciona essa regra, pois se refere à lei tipicamente material que trata dos meios e ônus de prova. Assim, não é exceção à regra da territorialidade

absoluta da lei processual estabelecer que os meios e ônus de prova de fato ocorrido no estrangeiro serão regidos por lei material estrangeira.

Por fim, em termos de Direito intertemporal, uma terceira conclusão: a lei material de prova (sobre ônus, meios, valoração etc.) não pode retroagir para atingir prova de fato ocorrido antes de sua vigência, ainda que tenha sido inserida em codificação processual (como norma heterotópica); e a lei processual de prova (sobre procedimento probatório) submete-se à regra de transição do art. 1.047, CPC-2015, então analisado, que não adota um sistema de isolamento dos atos processuais, mas, sim, um sistema de fases processuais (afinal o CPC-2015 só se aplica às provas requeridas/deferidas e determinadas de ofício em sua vigência), e que pode ser afastado, em concreto, para admitir-se exceções à irretroatividade ou à eficácia imediata da lei nova, em nome do acesso à justiça, à igualdade, à efetividade do direito material, ao contraditório e à ampla defesa.

REFERÊNCIAS

- ALLORIO, Enrico. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale. In *Problemi di diritto*. Milano: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè, 1957, 1 v.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antônio; JÚNIOR, Clito Fornaciari; PELUSO, Antônio César. O ônus da prova e o direito intertemporal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 4, 1976.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Estudos de Direito intertemporal e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, 1 v.

- _____. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 1 v.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 116, 2004.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. Direito intertemporal. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento. O problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional Brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Princípios elementares de direito internacional privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.
- CAPPELLETTI, Mauro. La “natura” delle norme sulle prove. Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, v. 24, 1969.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones Del Proceso Civil. Tradução de Santiago Santis Melendo. Buenos Aires, EJE, 1973, 1 v.
- _____. A prova civil. Campinas: Bookseller, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l’ efficacia della legge processuale nel tempo. In Saggi di Diritto Processuale Civile. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, 1 v.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1969, 3 v.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Principii di diritto processuale civile. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene 1965.
- COSTA, Alfredo Araújo Lopes. Direito Processual Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 1 v.
- CRAMER, Ronaldo. Comentários aos art. 1.047, CPC. In: CRAMER, Ronaldo.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Direito Processual Intertemporal e o Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno (coord.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DENTI, Vittorio. La natura giuridica delle norme sulle prove civile. Rivista di Diritto Processuale. Padova, v. 24, 1969.
- DIDIER Jr., Fredie. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência. Revista de Processo, São Paulo, n. 223, 2013.
- _____. Curso de Direito Processual Civil. V. 1. Salvador, Jus Podivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. Comentários ao art. 1.047, CPC. In: Comentários ao Código de Processo Civil. BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, 4v..
- _____; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. Revista de Processo, São Paulo, n. 218, 2013.
- _____; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, 2 v.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 1 v.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, 1v.
- DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos fundamentais e direito privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In Cláudia Lima Marques (coord.). A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Zavalia Ed. 1981, 1 t.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- FARIA, Juliana de Cordeiro. *Direito intertemporal*. In: THEODORO JR, Humberto (coord.). *Processo Civil Brasileiro. Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle leggi*. 2 ed. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1889, 4 v.
- GOMES, Adriano Camargo. *O novo Código de Processo Civil e o Direito intertemporal em matéria probatória*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Guidi Tabosa (coord.). DIDIER JR., Fredie (coord. geral). *Direito Intertemporal*. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Análise da Lei de Introdução ao Código Civil: sua função no ordenamento jurídico e, em especial, no processo civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 37, 1985.
- LACERDA, Galeno. *O novo direito processual e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. 5 ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova*. *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, v. 24, 1969.
- _____. *Manuale di Diritto Processuale*. 3. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, 2 v.
- _____. *Norme Processuali nel Codice Civile*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1948, p. 154, 3 v., parte 1.
- LIMA, Alcides Mendonça. *Clóvis Beviláqua, o Processualista*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, 1981.

- LIMA, Lucas Rister de Sousa. *Direito Intertemporal no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- LOPES, João Batista. *A Prova do Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 5 v., 1 t.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- MELENDO, Santiago Sentis. *Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio*. In *Estudios del Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967, 1 t.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 4 t.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947, 2 t..
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, 4 v.
- MONTEIRO, João. *Programma do Curso de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Thyphographia Academica, 1936, 2 v.
- NERY JR, Nelson; NERY JR., Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

- PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Elementos para uma teoria do direito intertemporal no processo civil. Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2004.
- PESSOA, Fabio Guidi Tabosa. Comentários ao art. 1.047. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.); FREIRE, Alexandre (coord. executivo). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Elementos para uma teoria do direito intertemporal no processo civil. Tese – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2004.
- PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O Novo CPC e os processos em curso: Direito Intertemporal Processual. São Paulo: Lualri, 2016.
- RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. Comentários à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB. São Paulo: Saraiva, 2016.
- REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ROCHA, José de Albuquerque. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ROCCO, Ugo. Teoria General del Proceso Civil. Tradução de Felipe de J. Terra. México: Porrúa, 1959.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. A lei processual do tempo. In: ASSIS, Araken; ARRUDA ALVIM, Eduardo; NERY JR, Nelson; MAZZEI, Rodrigo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Thereza (coord.). Direito Civil e Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 1 v.

- ROQUE, André Vasconcelos. Direito intertemporal: nem foi tempo perdido – parte I. A difícil transição do CPC de 1973 para o de 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-e-direito-intertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-12102015>>. Acesso em 01 set 2018.
- ROSENBERG, Leo. La Carga de La Prueba. 2 ed. Buenos Aires-Montevideo: Editorial IBdef, 2002.
- SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TENÓRIO, Oscar Accioly. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.

O *AMICUS CURIAE* NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antonio do Passo Cabral¹

INTRODUÇÃO. O CONCEITO E FUNÇÃO DO *AMICUS CURIAE*: FUNDAMENTOS NORMATIVOS

O novo CPC traz uma regra geral admitindo a intervenção do *amicus curiae* no processo civil. Embora há pelo menos 15 anos já tenha sido observada uma progressiva inserção do instituto na prática jurisdicional, o novo Código inovou em parte, tanto na abrangência de sua aplicação, quanto nos poderes que este interveniente passa a ter no direito processual brasileiro.

O *amicus curiae* ou “amigo da corte” é um instituto desenvolvido predominantemente no *common law* em razão da força vinculativa dos precedentes judiciais, que pode fazer com que uma decisão proferida em um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos em que circunstâncias similares sejam observadas. Num tal sistema, seria absurdo que os indivíduos pudessem ser impactados pelo processo que tramitam *inter alia* e não lhes fosse garantida nenhuma forma de participação ou interferência

¹ Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Processual pela UERJ em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorado na Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Professor visitante nas Universidades de Passau e Kiel (Alemanha). Procurador da República no Rio de Janeiro.

no resultado do litígio. Para estes fins é que se destina a figura interventiva do *amicus curiae*.²

Mas o instituto do *amicus curiae* não foi introduzido no ordenamento jurídico pelo novo CPC. Há autores que identificam traços do instituto na legislação do Brasil Império, no procedimento para edição de assentos do Supremo Tribunal de Justiça.³ Já na República, a Lei nº 6.385/76 (art.31) foi a normativa que previu a atuação da CVM (Comissão de Valores Imobiliários) em causas em que sejam debatidas questões que no plano administrativo incluem-se dentro das atribuições fiscalizadoras da entidade.⁴ Posteriormente, a Lei nº 8.197/91 (art.2º), depois revogada e substituída pela Lei nº 9.469/97 (art.5º, parágrafo único), admitiu a intervenção da União como *amicus curiae* nas causas em que figurarem como parte entes da administração pública indireta.⁵ O art.89 da revogada Lei nº 8.884/94, na disciplina das infrações contra a ordem econômica, atribuía ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a possibilidade de intervir como *amicus curiae* nos processos judiciais em que a aplicação de qualquer dispositivo desta lei esteja em debate.⁶ A disciplina foi

² Cf.CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de Processo, n.117, set-out, 2004, disponível em <http://uerj.academia.edu/AntonioCabral>; BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006; DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. *Amicus curiae*: instrumento de participação democrática e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007

³ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e *amicus curiae* no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. Revista de Processo, v.220, 2013, p. 407-423.

⁴ Cf. TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como *amicus curiae*. Revista dos Tribunais, vol.690, abr, 1993.

⁵ CARNEIRO. Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. Leis n.8.437/92, art.4º e n. 9.469/97, art.5º. *Revista Forense*, vol.363, setembro-outubro, 2002, p. 184-188.

⁶ Sobre o tema, DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976). Revista de Processo n.115, mai-jun, 2004, p. 151 ss.

mantida na atual legislação anticoncorrencial (Lei nº 12.529/2011, art.118). A Lei nº 9.279/96 também prevê, em seu art.57, possibilidade de intervenção do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) em ações de nulidade de patente.⁷ O instituto encontra-se presente também nos processos administrativos. A Lei nº 9.784/99, que regula o procedimento administrativo no âmbito federal, estabelece, em seus arts.31 e 32, que poderá o órgão competente admitir a intervenção do *amicus* e até realizar audiência pública para permitir debates mais amplos sobre a matéria discutida no processo.

Não obstante, embora previsto em inúmeros diplomas legislativos no Brasil desde o séc.XIX, o *amicus curiae* começou a ser estudado no direito constitucional, com o incremento das técnicas das ações de controle abstrato da constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. De fato, este aperfeiçoamento da disciplina legal da ADI, da ADC, da ADPF, que veio a lume com as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, e posteriormente com a introdução do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário (previsto na Constituição a partir da EC 45/2004 e disciplinado pela primeira vez pela Lei nº 11.417/2006), levou os constitucionalistas a desenvolverem as primeiras linhas do instituto,⁸ o que despertou a atenção dos processualistas logo em seguida, que publicaram textos, curtos ou monográficos, para enquadrar a figura do *amicus curiae* nas categorias do direito processual e, em alguma medida, procurar definir-lhe os contornos.

⁷ SATO, Priscila Kei. O Instituto Nacional de Propriedade Industrial nas ações de nulidade e adjudicação: parte ou assistente? in DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004, p. 779 ss. Mais recentemente, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *A figura do amicus curiae e sua utilização no processo civil brasileiro*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Dissertação de mestrado, 2010, p. 104 ss.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, v.22, n.78, out-dez, 2004, p. 141 ss.

O instituto autoriza a manifestação de pessoas e entidades toda vez que a discussão do caso puder revelar uma repercussão sistêmica ou impacto subjetivo mais amplo, atingindo processos individuais entre outros sujeitos. A finalidade da intervenção do *amicus curiae* é que sejam trazidos ao processo elementos que possam condicionar de forma mais completa e adequada a cognição do órgão julgador, emprestando à formação da decisão final um caráter mais pluralista e democrático, reduzindo também questões de legitimação da aplicação do precedente a casos posteriores.⁹

A VIRADA NO NOVO CPC: *AMICUS CURIAE* NA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA

A tradição brasileira era não admitir a intervenção do *amicus curiae* em processos estritamente individuais. No Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência é maciça no sentido de que as disposições legais que autorizam a intervenção do *amicus* só se aplicariam aos processos de jurisdição abstrata, considerados “objetivos”.¹⁰

No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência também se pacificou no sentido da impossibilidade.¹¹ Somente se poderia admitir o ingresso do *amicus curiae* em processos “subjetivos” de modo excepcional, quando a legislação específica previsse a intervenção ou quando a demanda assumisse feição claramente “objetiva”. É o que

⁹ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de Processo*, vol.106, abr-jun, 2002, p. 281.

¹⁰ STF - MS nº 28.477/GO, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 09/05/2014; MS nº 28.290/DF, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 09/05/2014; MS nº 29.058/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/05/2013; MS nº 30.952 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 11/10/2012; MS nº 25.763/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 22/05/2012; MS nº 30.260/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27/04/2011; MS nº 26.553 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/10/2009.

¹¹ STJ - REsp. nº 1.023.053 QO/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23/11/2011; RMS nº 29.475 AgRg/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 8/11/2011; AgRg na PET no AREsp nº 151.885/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 04/02/2013.

se observaria no rito dos recursos repetitivos (art. 543-C, do CPC de 1973) porque a multiplicidade de demandas similares com uma mesma questão comum demonstraria o potencial de generalização da decisão a ser proferida.

As disposições do novo CPC impõem a modificação deste entendimento. O novo Código admite a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em processos “subjetivos”. De fato, o novo Código de Processo Civil de 2014 inaugurou outra era neste tema. Inovou duplamente por, de um lado, ser previdente de uma regra geral de participação do *amicus curiae* nos processos jurisdicionais da jurisdição ordinária. Isto é, a participação do *amicus*, que era muito comum na jurisdição constitucional abstrata – e na jurisdição ordinária era aplicada apenas setorialmente, nos casos em que houvesse previsão legislativa expressa – passa a ser genericamente admissível para qualquer processo individual.

Por outro lado, a justificativa do instituto no processo civil brasileiro mudou parcialmente a partir do sistema do CPC/2015. Antes se fundamentava a participação do *amicus* (a) no contraditório contemporâneo, compreendido como influência reflexiva, como o direito de condicionar eficazmente e de forma mais pluralista e tecnicamente completa a produção das decisões judiciais;¹² e (b) na necessidade de fomentar e viabilizar a participação dos indivíduos nos cenários de formação de decisão (*status activae civitatis*).

¹² CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LX, n° 2, p. 450-451, 2005; *Idem*, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, especialmente capítulos III e V; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento dos atos processuais. *Revista de Processo*, ano 34, vol.168, fev., 2009; NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. in DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

Mas o novo CPC adicionou outros elementos a este quadro. Com efeito, o sistema do novo CPC atribui força ainda maior à jurisprudência e aos precedentes, permitindo que as decisões de um processo entre as partes produzam efeitos vinculativos (e não apenas persuasivos) em outros processos que tramitam *inter alia*. De fato, com a nova disciplina dos precedentes jurisprudenciais vinculativos (arts.926 e seguintes), surge no sistema processual brasileiro fundamento diferente para uma ampliação das hipóteses de intervenção do *amicus curiae*. À semelhança do que ocorre nos ordenamentos do *common law*, agora há que se buscar formas de participação que autorizem a participação de diversos atores sociais no processo individual pela possibilidade de a *ratio decidendi* de precedentes formados entre as partes poder ser aplicada a processos posteriores.

Por outro lado, o novo CPC também trouxe um incremento de incidentes e mecanismos para a solução conjunta de questões comuns e repetitivas. Exemplos são o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts.976 e seguintes) e os recursos especial e extraordinário repetitivos (arts.1.036 e seguintes). Nestes casos, existe cognição única sobre estas questões, e a solução será posteriormente replicada para outros processos. Assim, o debate em contraditório travado entre alguns sujeitos poderá impactar milhares de outros processos, justificando a abertura e o pluralismo do contraditório, autorizando – e mesmo recomendando – a intervenção do *amicus curiae* nestes procedimentos.¹³

Por fim, o novo CPC manteve a linha das reformas legislativas do CPC de 1973, reproduzindo no art.950 § 3º a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* no incidente de arguição de

¹³ TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art.138. in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 440.

inconstitucionalidade nos tribunais, por força da cláusula de reserva de plenário (art.97 da Constituição da República de 1988).

O *AMICUS CURIAE* COMO TERCEIRO. DIFERENÇAS PARA AS INTERVENÇÕES DE TERCEIRO TRADICIONAIS

O *amicus curiae* não é parte pois não formula pedido nem pretensão; não é demandado e nem mesmo em tese afirma-se titular do direito material objeto da controvérsia. O *amicus curiae* é um terceiro ao processo (até porque o conceito de terceiro normalmente é obtido por exclusão: todos os que não são partes, Estado-juiz e auxiliares do juízo são terceiros).

Como já tivemos oportunidade de salientar em outro estudo,¹⁴ a palavra “intervir” tem raiz latina (*inter venire*) e significa “entrar no meio”. Ora, como o *amicus* ingressa em processo pendente, sua participação deve ser compreendida como interventiva. Assim, o *amicus curiae* é um terceiro e seu ingresso no processo é uma espécie de intervenção. O novo CPC acabou com a discussão: disciplinou o instituto do *amicus curiae* no Capítulo V do Título III, referente às “Intervenções de Terceiros”, dentro do Livro II (“Dos Sujeitos do Processo”). Além disso, o §1º do art.138 do novo CPC fala expressamente que se trata de uma modalidade de “intervenção”.

Mas o papel do *amicus curiae* é diferente daquele das modalidades tradicionais de intervenções de terceiro. O amigo da corte é um terceiro *sui generis* (ou terceiro especial, de natureza excepcional). É que, tanto na função e finalidade, quanto nas características de cada atuação interventiva, bem assim nos seus pressupostos, requisitos e

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. *Op. cit.*, p. 16-17.

efeitos, a intervenção do *amicus* é diversa das modalidades tradicionais de intervenção de terceiros.¹⁵

As formas tradicionais de intervenção de terceiros chamadas “espontâneas” prestam-se a evitar os efeitos prejudiciais das decisões judiciais, buscando o terceiro condicionar o resultado do processo através de sua atuação processual, para que uma relação jurídica sua não sofra algum impacto da decisão no processo entre as partes. Quando se trata de intervenção de terceiros “forçada”, sua utilidade para a parte que provoca a intervenção é obter, *in simultaneus processus*, título executivo que permita a execução também em face do terceiro, estendendo-lhe a eficácia preclusiva da coisa julgada, com as ressalvas do art.123 do novo CPC. No caso do *amicus curiae*, embora este se agregue à relação processual, o título executivo que será formado não incluirá o amigo da corte.

Uma diferença adicional entre a intervenção de terceiros em geral e o *amicus curiae* reside nos efeitos do julgamento e da autoridade da coisa julgada sobre os terceiros, especialmente no campo da denominada “eficácia da intervenção” (*Interventionswirkung*), por vezes confundida com a coisa julgada, mas pertinente à eficácia preclusiva das omissões em alegar, que impede que o terceiro discuta a matéria já debatida em outro processo (art. 123 CPC). O *amicus curiae*, ao contrário dos terceiros que intervêm pelas modalidades típicas tradicionalmente previstas no Código, não se sujeita a esta peculiar preclusão, podendo rediscutir a matéria que motivou sua intervenção em outros processos posteriores.¹⁶

Outra diferença na disciplina das modalidades de intervenção clássicas para a intervenção do *amicus curiae* é que esta poderá ser solicitada pelo próprio *amicus*, pelas partes do processo *ou determinada*

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. *Op. cit.*, p. 426-427.

¹⁶ Sobre o tema, abordando a controvérsia, MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *A figura do amicus curiae e sua utilização no processo civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 194 ss.

de ofício pelo magistrado. Esta possibilidade é contrária à tradição do direito processual brasileiro, segundo a qual o juiz pode determinar de ofício a formação do litisconsórcio (necessário), mas as intervenções de terceiro dependem de requerimento da parte ou do próprio terceiro. O novo Código prevê expressamente que o juiz possa determinar *ex officio* a intervenção do *amicus* (art.138, *caput* do novo CPC).

Cabe lembrar ainda que o *amicus* não suporta os custos do processo, que pela regra da causalidade são impostos às partes e aos terceiros “tradicionais” (arts.82, 94 do novo CPC), mas não ao amigo da corte.

Sigamos na análise dos pressupostos e requisitos para a intervenção do *amicus*, onde veremos outras diferenças.

PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA A INTERVENÇÃO DO AMICUS CURIAE NO NOVO CPC

Desnecessidade de alegar e provar interesse “jurídico”

O interveniente nas modalidades tradicionais deve alegar e provar *interesse jurídico* na demanda (art.119 do novo CPC). A cláusula do “interesse jurídico” significa que o terceiro deve demonstrar o impacto real ou potencial que o desfecho do processo poderá ter sobre uma relação jurídica do interveniente. Não bastam meros interesses afetivos ou econômico, tampouco a pura e diletante intenção de esclarecer matéria de fato ou de direito à cognição do juízo.¹⁷

Vê-se, então, outra grande diferença entre o assistente, p. ex., e o amigo da corte. Para o assistente, o interesse jurídico é requisito para sua intervenção. O *amicus curiae*, por sua vez, não precisa demonstrar

¹⁷ CARNEIRO, Athon Gusmão. Mandado de Segurança – Assistência e *amicus curiae*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n.24, jul-ago, 2003, p. 36.

interesse jurídico.¹⁸ E a finalidade de sua atuação decorre de um lado, da abertura do contraditório como influência e hoje da necessidade de oxigenar e legitimar a decisão em foros em que o resultado do processo possa atingir um espectro de pessoas mais amplo que apenas as partes.

Deve-se lembrar que o *amicus* pode até não ser um interveniente totalmente “altruísta”, e sua intervenção nem sempre será “neutra”. De fato, o *amicus* pode ter interesses indiretos, reflexos, afetivos ou meramente econômicos no deslinde do processo, o que frequentemente acontece na prática. Este debate, que não é desconhecido no Brasil e no direito estrangeiro, diz respeito à atuação estratégica do *amicus* como “amigo da parte”, e talvez não propriamente como “amigo da corte”. No entanto, a existência deste efetivo interesse ou sua qualificação como “jurídico” não é requisito para a intervenção do *amicus curiae*. No Brasil, as normas preexistentes do *amicus curiae* também desconsideraram o interesse jurídico como requisito para sua intervenção, o que se observa nas manifestações em processos administrativos previstas na Lei 9.784/99, na intervenção da CVM, do Cade, do INPI e da União.

E o novo CPC seguiu esta linha. O art. 138 nada fala do “interesse jurídico” para a intervenção do *amicus*. O interesse jurídico, previsto no art. 119, é exigido apenas para o assistente e para as demais espécies clássicas de intervenção de terceiros. Também é irrelevante se o *amicus* possui algum interesse de outra natureza no deslinde da causa. Esse exame não condiciona sua intervenção.

O equivocado requisito de “representatividade adequada”

O requisito da “representatividade adequada” já vinha sendo exigido pela jurisprudência brasileira para a participação processual do amigo da corte.¹⁹ Apesar de não ter que demonstrar o interesse

¹⁸ TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 138. *Op. cit.*, p. 439.

¹⁹ STF - Medida Cautelar na ADI 2.130-SC Rel.Min. Celso de Mello, DJU 02.02.2001; STF -

jurídico, o *amicus curiae* deveria comprovar ter alguma proximidade com os interesses materiais em causa. Para estes fins, não bastaria que o sujeito fosse parte em outro processo individual que poderia indiretamente ser impactado pela fixação do precedente. Faz-se necessário que o postulante à intervenção como *amicus* possua uma condição subjetiva que o autorize a falar no processo em favor de todos os sujeitos que possam ser potencialmente atingidos.

Já nos manifestamos contrariamente à adoção deste critério para o *amicus curiae*.²⁰ A representatividade adequada (*adequacy of representation*) é um requisito utilizado nas *class actions* norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supraindividual tem aptidão técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas. Portanto, a representatividade adequada relaciona-se diretamente à questão da vinculação da decisão àqueles que não tenham participado do processo (*absent class members*) e que, diante da substituição processual, poderiam ser prejudicados pela atuação negligente da *representative party*. Nas ações coletivas, o requisito se justifica pelo perigo da representação inadequada que poderia levar aqueles que não participaram a sofrer os efeitos da coisa julgada. Mas a mesma lógica não existe para o *amicus*.²¹

Em decisão em recurso especial repetitivo, o STJ indeferiu pedido de habilitação da Defensoria Pública da União na qualidade de *amicus curiae* em processo em que se debatiam encargos de crédito

RE nº 597.165/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/04/2011.

²⁰ CABRAL, Antonio. Der *amicus curiae* und die alten Formen der Beteiligung Dritter am Rechtsstreit: Neue Tendenzen nach brasilianischem Recht. in GEIMER, Reinhold; SCHÜTZKE, Rolf A. *Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. München: Sellier, 2012, p. 77-78.

²¹ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentário ao art.138. in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 251.

rural, destinado ao fomento de atividade comercial. Entendeu-se que a matéria discutida não se enquadraria dentro do espectro de atuação típica da DPU. Nesse sentido, não se reconheceu a representatividade adequada da instituição, argumentando o tribunal que é insuficiente invocar a existência de interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes.²² Para o STJ, o fato de a DPU atuar em defesa de consumidores hipossuficientes em milhares de ações dessa mesma natureza não permitiria, por si só, sua manifestação como amigo da corte, sendo imprescindível correlação entre a finalidade estatutária ou legal do peticionário e o objeto da demanda, hipótese que não se verificaria no caso.

Veja-se neste precedente a evidente distorção na aplicação do instituto. Em nosso sentir, a representatividade adequada não deve ser analisada como requisito de intervenção do *amicus curiae*. É que, ao contrário das ações coletivas, no caso do *amicus curiae*, não há substituição processual: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário. E as partes que debatem em torno do direito material estão presentes no processo. Logo, não há risco de representatividade inadequada e desnecessário o exame da *adequacy of representation*.

O novo CPC, portanto, parece ter andado na contramão da legislação brasileira, importando acriticamente um requisito que não é próprio do nosso direito e é equivocado para a intervenção do amigo da corte. Note-se que quase todas as normas que preveem o instituto do *amicus curiae* na legislação ordinária nada mencionam acerca da representatividade adequada.

Pensamos que esta exigência pode obstaculizar a participação de diversos entes, contrariamente ao escopo de emprestar maior pluralismo ao contraditório, e ainda pode ser utilizado de forma elitista para criar uma reserva de mercado para a litigância nessa qualidade. Em nosso

²² STJ - REsp nº 1.357.813/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 24/09/2013.

sentir, não é assim que deva ser interpretado e aplicado o instituto. No máximo, a ideia de pertinência temática ou institucional do *amicus* com a discussão no processo deve iluminar o exame da “especificidade” do objeto da discussão, exigindo um *potencial de influência* na manifestação do *amicus curiae*. Sobre esta questão, vejamos os tópicos seguintes.

Repercussão social e relevância da matéria

O art.138, *caput*, afirma que o *amicus curiae* poderá ser admitido no processo pela “relevância da matéria”, quando “a especificidade do tema objeto da demanda” exigir ou quando a controvérsia tiver “repercussão social”.

Note-se que não se trata de presença de “interesse público”, como faz o CPC ao definir hipóteses de atuação do Ministério Público (art.178, I). Este dispositivo um parâmetro seguro na análise da intervenção do *amicus curiae* porque há vários casos em que o MP deverá atuar, mas diante de interesses que não têm impacto social, objeto específico ou representem matéria relevante. Em casos de destituição de pátrio poder, interesses de incapazes, casamento, etc., ainda que individualmente mereçam especial proteção a ponto de chamar a atuação do Ministério Público, pode não haver qualquer motivo para admissibilidade da participação do *amicus curiae*.

Quando se fala de matéria relevante e repercussão social, o novo CPC não necessariamente exige que se trate de questão repetitiva. Aqui nos podemos valer das considerações doutrinárias sobre a repercussão geral no recurso extraordinário: devemos unir o aspecto quantitativo ao aspecto qualitativo.²³ Às vezes, um único processo, em que se discutam matérias polêmicas, com grande divulgação na mídia ou que envolvam debates sensíveis numa comunidade podem

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 2007, p. 33, 36-37.

justificar a intervenção do *amicus curiae*. É que o debate público que se desenvolve perante o Judiciário na atualidade transborda os limites da individualidade e do patrimonialismo. Questões sociais como sistema de ensino e hospitalar, controle da aplicação e gestão de verbas públicas, orçamento participativo, dentre outras, são prova irrefutável de que a concepção exclusivamente privatista do processo, já abandonada na ciência processual, deve também imperar na interpretação e aplicação da sistemática do *amicus curiae*. Nestes e em outros casos, onde embora num processo individual a matéria envolva debates relevantes na sociedade, justifica-se a admissibilidade do *amicus*. E não se esqueça que também no processo do trabalho (art.15 do novo CPC) e em procedimentos especiais, como o mandado de segurança, as ações coletivas, improbidade administrativa e outras, podem veicular matéria relevante ou com impacto social. Nestes casos, será cabível também a intervenção do *amicus curiae* nestes procedimentos (enunciados nº 249 e 250 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). O STF já teve oportunidade de admitir a intervenção do *amicus curiae* inclusive em recurso oriundo dos Juizados Especiais Federais, por aplicação dos arts.15 c/c 14, §7º, ambos da Lei nº 10.259/2001.²⁴

Impende-se ressaltar, outrossim, que, com o novo sistema de precedentes, o CPC (art.927 §2º) prevê possibilidade de intervenção do *amicus curiae* para a modificação do entendimento consolidado. Além desse caso, também na *formação* do precedente pode mostrar-se útil a participação do *amicus curiae*. É que, muitas vezes, a intervenção do amigo da corte será justificada em razão da *originalidade* da discussão perante o Judiciário, e da possível formação de precedente em um caso-paradigma (*leading case*). Esta circunstância pode preencher os conceitos jurídicos indeterminados de “repercussão social” e “relevância da matéria”.

²⁴ STF - RE nº 416.827/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/09/2005.

Especificidade do objeto da demanda e relevância da informação prestada (potencial de influência)

O novo CPC estabelece como pressuposto para a intervenção do *amicus curiae* que o tema objeto da demanda tenha uma “especificidade”, isto é, idiosincrasia que faça com que o contraditório se instale sobre um temário que exija conhecimentos peculiares. Estes casos pedem uma cognição qualificada por informações cuja especificidade pode escapar até mesmo às partes e ao juízo.²⁵ Observe-se ainda que estas informações não necessariamente são técnicas, a serem apresentadas por peritos. E mesmo quando são elementos técnicos, podem ser trazidos aos autos independentemente de laudo pericial. É que, por vezes, a manifestação do *amicus curiae* dá-se sobre questões jurídicas (não fáticas), e portanto nem mesmo incluídas no objeto da prova.

De qualquer modo, a expressão legal “especificidade do tema objeto da demanda” mostra algo sobre o pressuposto de admissão da intervenção do *amicus curiae*: exige-se um exame sobre a potencial possibilidade que o *amicus* tenha de incrementar o debate com sua manifestação. Assim, conquanto não haja necessidade de demonstração de um interesse jurídico, e mesmo que em nossa opinião tampouco deva ser exigida “representatividade adequada”, aqui não há como fugir: *o conteúdo da manifestação* do amigo da corte deve ser apto a prestar uma *relevante contribuição* para a discussão. Trata-se de

²⁵ Na Itália, percebeu a mesma função SILVESTRI, Elisabetta. L' *amicus curiae*: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, n.3, p. 693: “L'apparato di informazioni, dati fattuali ed argomentazioni giuridiche che l'amicus fornisce, infatti, consente alla corte di esaminare le questioni controverse in una prospettiva più ampia rispetto a quella delineata dalle parti e le permette di valutare in anticipo quali potrebbero essere gli effetti prodotti dalla decisione nei confronti di terzi. Sotto questo profilo, dunque, l'amicus curiae svolge l'importante funzione di procurare alla corte un'adeguata conoscenza della realtà (sociale, econômica, ecc.) dalla quale nasce e nella quale vive un determinato 'caso' in modo che da tale conoscenza derivi una decisione più informata e quindi più giusta”

uma prognose sobre o *potencial de influência* que a manifestação do *amicus* pode emprestar ao debate.²⁶

Nesse contexto, a *expertise* e conhecimento técnico do *amicus* são fatores a serem analisados, que podem demonstrar ou indicar que suas manifestações têm potencial de influenciar o debate, incrementando e emprestando mais qualidade ao contraditório.

Quem pode intervir como amicus curiae? Pessoa natural e pessoa jurídica

Antes do novo CPC, a jurisprudência brasileira pacificou-se no sentido de que a pessoa jurídica pode se habilitar como *amicus curiae*.²⁷ Nelas se incluem não só entidades beneficentes mas também sociedades empresárias, associações e sindicatos.

O STF sempre rejeitou o ingresso de pessoas naturais na qualidade de *amicus curiae*.²⁸ Pois o novo CPC impõe a mudança do entendimento jurisprudencial. Agora é expressamente permitida a intervenção de pessoa natural na condição de *amicus curiae*. Professores universitários, pesquisadores, técnicos, militantes de movimentos sociais, líderes sindicais, muitas pessoas naturais podem trazer elementos relevantes ao debate, mesmo não sendo pessoas jurídicas.

No caso de pessoa natural atuando como *amicus curiae*, entendemos haver exceção à regra da capacidade postulatória. O *amicus* poderá expressar-se no processo independentemente de assistência por advogado. Especialmente em se tratando de pessoa

²⁶ Talamini utiliza a expressão “contributividade adequada”, ou a adequada aptidão do *amicus curiae* em colaborar. Cf. TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art.138. *Op. cit.*, p. 442.

²⁷ STF - ADI nº 5.022 MC/RO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/10/2013; RE nº 577.302/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 10/08/2009; RE nº 576.155, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 12/03/2009.

²⁸ STF - ADPF nº 205/PI, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 24/2/2011; RE nº 566.349/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03/06/2013; RE nº 591.797/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22/03/2011; RE nº 659.424/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/12/2013; RE nº 627.106/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 04/05/2011.

natural, não faria sentido exigir que, em sendo o *amicus* um professor ou pesquisador, imaginemos um médico, físico ou engenheiro nuclear, p. ex., tivesse que falar em seu favor um advogado. Trata-se, aqui, de uma hipótese de representação *pro se*, tal como se admite para a autoridade coatora no mandado de segurança e o próprio magistrado na exceção de suspeição.

Não obstante a regra geral seja a inexigência de representação por advogado, para o exercício de alguns poderes processuais a capacidade postulatória é indispensável. Assim, p. ex., para que o *amicus curiae* recorra (vide hipóteses abaixo). Nesse sentido é o disposto no art.1048 §4º do novo CPC, para o caso da manifestação do amigo da corte na apreciação da repercussão geral em recurso extraordinário, onde se prevê manifestação “subscrita por procurador habilitado”.

TERMO FINAL PARA POSTULAR A INTERVENÇÃO

A jurisprudência tem sido restritiva em relação à manifestação do *amicus curiae* após a inclusão do julgamento em pauta e início do julgamento, sob o argumento de que tal possibilidade poderia fazer o procedimento retornar a fases anteriores, algo ineficiente e contra a duração razoável do processo. Embora tenha mantido este entendimento no julgamento da medida cautelar na ADI 5.104 MC/DF, o STF ressaltou a possibilidade de posterior participação por ocasião do julgamento definitivo.²⁹ No Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência segue a mesma linha restritiva.³⁰

²⁹ STF - ADI nº 5.104 MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21/05/2014; STF - ADI nº 2.238, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 09/05/2002; STF - ADI nº 4.071 AgR/DF, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 16/10/2009.

³⁰ STJ - REsp nº 1.152.218 QO/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07/05/2014; REsp nº 1.003.955 QO/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j.12/11/2008; REsp nº 1.120.295/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 24/4/2013.

O posicionamento é correto e defensável também à luz do novo CPC. Sem embargo, tanto na sua dimensão política de participação, quanto em relação ao aspecto contributivo do contraditório para a decisão, mas sobretudo em relação à formação de precedentes, a oitiva do *amicus curiae* é justificável antes do ato decisório.

EFEITOS: NÃO HÁ MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA

Ao apreciar a intervenção da União na condição de *amicus curiae*, prevista no art.5º, parágrafo único, da Lei 9.469/97, a jurisprudência do STJ já se inclinava pela impossibilidade de transferir para a Justiça Federal a competência das causas em que a União participasse como *amicus curiae*. Este posicionamento era, já à luz do sistema processual anterior, absolutamente correto. A conclusão era extraída da diferença da natureza da intervenção do *amicus curiae* para as modalidades clássicas de intervenção de terceiros. Apesar de ser um terceiro interveniente, ao intervir como *amicus* a União não só não é parte mas tampouco poderia ser qualificada de assistente, seu interesse é apenas indireto ou econômico e portanto não seria preenchido o art.109 da CR/88.³¹

O novo CPC não deixou dúvidas. A intervenção do *amicus* não importa em modificação da competência (art.138 §1º), o que é relevante sobretudo para as hipóteses de fixação da competência em razão da pessoa (art.109, I da CR/88).

³¹ STJ – REsp 313336-SP – Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j.28.05.2001.

PODERES DO *AMICUS CURIAE*. FIXAÇÃO DISCRICIONÁRIA E CASUÍSTICA PELO JUIZ

Antes do novo CPC, a jurisprudência manifestou-se, num primeiro momento, pela necessidade de ampliar a atuação do *amicus curiae* de maneira a democratizar a participação dos sujeitos do processo. Esta era a tendência que se observava inclusive no Supremo Tribunal Federal em relação aos poderes do *amicus*.³² Contudo, progressivamente foram sendo observadas decisões restritivas. As cortes superiores têm limitado a quantidade de manifestações porque um excesso de pessoas e entidades atuando no processo poderia causar transtornos processuais e levar à ineficiência do procedimento ou à sua demora desarrazoada.³³

O novo CPC trouxe cláusula muito aberta a respeito dos poderes do *amicus curiae*. Trata-se do § 2º do art. 138, que diz que “caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*”. Evidentemente, a lei atribui um juízo discricionário ao julgador, de definir caso a caso os poderes processuais do amigo da corte. É verdade que, como veremos, a própria lei já atribui ao *amicus* algumas prerrogativas; mas defere ao magistrado de cada caso o juízo sobre outros poderes processuais. Nos tópicos seguintes, trataremos algumas hipóteses em que, no nosso entendimento, devam ser oportunizadas certas prerrogativas processuais ao *amicus curiae*.

Não obstante o largo espaço de conformação para o magistrado, de fixar casuística e discricionariamente os poderes do *amicus*, esta tarefa não é totalmente livre. E aqui alguns critérios gerais podem ser rascunhados. O juízo pode considerar razões de eficiência e economia processual mas, sobretudo, deve nortear-se pelo princípio do contraditório, buscando definir os poderes processuais pela

³² STF - Medida Cautelar na ADI 2.130-SC, Rel. Min. Celso de Mello.

³³ STF - ADI 2937 - Rel. Min. Cezar Peluso, despacho de 16.09.2003.

relevância da contribuição potencial que o *amicus curiae* possa agregar ao debate (potencial de influência). Outro dado que pode ser tomado em consideração pelo juízo é qual o interesse que move o *amicus*. Como se disse, o *amicus* pode ser altruísta mas pode, de fato, atuar com base em interesse econômico, ainda que indireto, ou interesse afetivo, institucional, etc. O tipo de interesse deve ser analisado para cada situação jurídica processual para atribuir-se ao amigo da corte a possibilidade de praticar o ato.

De outro lado, cabe salientar que se trata de poderes processuais do próprio *amicus curiae* e que são independentes da atuação das partes. Não há uma subordinação do *amicus* aos interesses dos litigantes, e portanto, quando seus poderes forem reconhecidos, pela lei ou pelo juízo casuisticamente, o *amicus* atua de forma autônoma, independente das condutas das partes. Não se aplica ao *amicus* a lógica da atuação não autônoma, p. ex., do assistente simples (art.122).

Poderes de argumentação. Impossibilidade de exercício de prerrogativas inerentes às partes. Ausência de requerimento em sentido técnico. Aplicação dos deveres de consideração e fundamentação do juízo

Dentre os poderes mais importantes para o *amicus curiae*, à luz do contraditório, estão as faculdades de alegar e declarar. As manifestações, orais e escritas, podem conter declarações de ciência ou vontade, argumentos fáticos ou jurídicos.

O STF já decidiu pela impossibilidade de o *amicus curiae*, como terceiro interveniente, exercer poderes processuais inerentes às partes, tais como a prerrogativa de delimitar o objeto da demanda.³⁴ Por isso, não pode haver, no contexto das manifestações do *amicus curiae*, pedido ou requerimento em sentido técnico; mas nada impede que o

³⁴ STF - ADPF nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/05/2014; MS nº 32.033/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.20/06/2013.

amicus manifeste-se com indicações sobre qual deve ser o resultado da controvérsia. Essa indicação não vincula o juízo: não sendo parte, o *amicus* não delimita a cognição do juízo pelo princípio dispositivo, tampouco baliza a decisão final pela exigência de congruência entre pedido e sentença. Todavia, não se pode esquecer que os deveres de consideração, decorrente do contraditório (art.9º, 10), e de fundamentação (art.489) aplicam-se também às manifestações do *amicus curiae*. Seria inimaginável que o Judiciário autorizasse a intervenção, reconhecendo que aquele sujeito pode contribuir com informações relevantes para incrementar o contraditório, e ao mesmo tempo ignorasse solenemente suas manifestações. Estas também devem ser incorporadas ao contraditório e debatidas entre os sujeitos do processo. Assim ficou assentado entendimento no Fórum Permanente dos Processualistas Civis (enunciado nº 128).

O STF já admitiu a possibilidade de o amigo da corte submeter ao juízo “propostas” de convocação de audiências públicas, solicitação de dados adicionais, além da designação de peritos.³⁵ A Corte Suprema entendeu que a atuação do *amicus curiae* deve ser mais ampla do que o mero oferecimento de memoriais ou a prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

Na linha de não admitir condutas próprias das partes, o *amicus curiae* não pode contestar (art.335), ou requerer e provocar outras intervenções de terceiros (p. ex., art.125, 130) porque são posições processuais atribuídas pela lei exclusivamente às partes.

No que se refere aos acordos processuais (art.190), entendemos que o *amicus* possa celebrá-los, não apenas os negócios que importem em disposição de seus direitos, poderes e ônus (p. ex., renúncia a recurso), como também sobre o procedimento (ampliação de prazos de manifestação, convenção para que o *amicus* só se manifeste oralmente etc). Nesses casos, o *amicus* deve naturalmente participar

³⁵ STF - ADPF nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/05/2014.

do acordo e anuir com os efeitos pretendidos. Às partes não será dado excluir a participação do *amicus* por acordo processual, não só porque estariam deliberando sobre interesses de terceiros, contrariamente à relatividade das convenções processuais, mas também em razão dos interesses públicos na intervenção do *amicus*.

Legitimidade e interesse recursal

O novo CPC não disciplinou detalhadamente os poderes do *amicus*. Para além das faculdades de argumentar e alegar, pouco foi especificado no novo Código. Não obstante, o novo Código traçou minimamente algumas de suas atribuições. P. ex., a lei veda expressamente a interposição de recursos pelo *amicus curiae*, ressalvadas duas hipóteses: a oposição de embargos de declaração e o recurso da decisão que julga o incidente de resolução de demandas repetitivas (art.138 §§1º e 3º).

A lógica anterior ao novo CPC era no sentido de que a intervenção do *amicus* se daria apenas em processos “objetivos”, fora de conflitos subjetivos. Ademais, em se tratando de terceiro que não poderia sofrer impacto direto do julgamento, entendia-se não haver qualquer prejuízo ao sujeito pela restrição aos seus poderes.

De fato, até a edição do novo CPC, existia orientação pacífica no Supremo Tribunal Federal quanto à ilegitimidade do *amicus curiae* para interposição de recurso, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Nem os embargos de declaração, que são meio impugnativo referente à cognoscibilidade dos elementos informativos e argumentativos, estariam disponíveis ao *amicus*.³⁶ O Superior Tribunal de Justiça adotava a mesma linha

³⁶ STF - ADI nº 3.615 ED/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 25/04/2008; ADI nº 4.167AgR-ED/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j.27/02/2013; STF - ADI nº 3.934 ED-AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 31/03/2011.

jurisprudencial do STF, de modo a não conhecer dos recursos interpostos pelos *amici curiae*.³⁷

O novo CPC mantém a vedação genérica à interposição de recursos, mas traz exceções. A opção legislativa do novo Código no que tange à admissibilidade de recurso da decisão final do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) foi um reconhecimento do caráter “objetivo” da jurisdição no incidente, bem assim de seu espectro subjetivo ampliado. Com efeito, no incidente de resolução de demandas repetitivas, há cognição única sobre a questão comum para posterior incorporação, como prejudicial, a muitos processos individuais. Ora, como, após a decisão, centenas ou milhares de processos podem ser afetados, o legislador entendeu por bem atribuir ao *amicus curiae* legitimidade recursal para impugnar a decisão final. Note-se que o *amicus curiae* que poderá recorrer é aquele admitido no próprio incidente (art.983) e não aqueles que foram admitidos como amigo da corte nos processos individuais nos quais se discuta a questão comum.

Uma observação importante é que a formação de precedentes, que posteriormente poderão ser aplicados a muitos outros casos envolvendo outros sujeitos, não decorre exclusivamente do procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas. O legislador do novo CPC evidenciou que, para o IRDR, o *amicus* terá legitimidade recursal. Mas, sempre que a mesma lógica se apresentar, isto é, quando o *amicus* for admitido nos autos em razão da relevância das informações que pode trazer para a formação do precedente, terá legitimidade para recorrer da decisão final do caso.³⁸ Trata-se de interpretação extensiva do dispositivo aos procedimentos em que a decisão de um caso puder impactar a discussão em outros litígios.

³⁷ STJ – Resp nº 1.261.020 ED/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 02/04/2013; REsp nº 1.143.677 ED-ED/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j.21/11/2012; SLS nº 1.425 ED-Agr/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j.02/05/2012.

³⁸ Em sentido similar, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, vol.2. São Paulo: RT, 2015.

Em relação aos embargos de declaração, a legitimidade recursal do *amicus* também é admitida pela lei. Ao contrário do IRDR, aqui há um processo de partes em que a controvérsia reflete um conflito subjetivo à luz de fatos específicos. Nesta hipótese, a justificativa para a legitimidade recursal do *amicus curiae* é o caráter *informativo* de sua intervenção. Ora, se o *amicus* intervém para esclarecer, elucidar, transmitir sua *expertise*, contribuir com informações relevantes para a formação do convencimento, e se o ato jurisdicional contém algum ponto obscuro ou omissis, nada mais natural que permitir ao *amicus* provocar o Judiciário à correção ou suprimento do defeito. A simples adaptação da decisão, com o esclarecimento necessário, pode atender à finalidade da intervenção do *amicus*.

Uma outra hipótese não prevista no novo CPC é o recurso contra a decisão que inadmitiu sua intervenção. O novo Código diz que é irrecurável a decisão que admite a participação do *amicus*, mas silencia sobre o recurso contra a inadmissão. A jurisprudência, antes do novo CPC, reconhecia a legitimidade recursal do *amicus* neste caso.³⁹ E entendemos que esta mesma lógica deva ser aplicada no regime do novo CPC. Tolher do *amicus curiae* a possibilidade de impugnar a decisão que concluiu pelo não cabimento de sua intervenção significaria reduzir a utilidade prática do instituto.

Sustentação oral em audiência no juízo, na tribuna recursal ou em audiência pública

No que se refere à possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae* por ocasião do julgamento dos recursos, a jurisprudência tem sido dividida. No STF, o entendimento majoritário é claramente favorável.⁴⁰

³⁹ STF - ADI nº 3.105 ED/DF Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 23.02.2007; ADI nº 3.615 ED/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 25/04/2008; ADI nº 3.396 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j.10/5/2012.

⁴⁰ STF - ADI nº 2.777 QO/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27/11/2003; ADI nº 2.675/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 27/11/2003; ADI nº 2.321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ

No Superior Tribunal de Justiça, todavia, a jurisprudência tem se fixado em outro sentido, predominantemente pronunciando a impossibilidade do *amicus curiae* exigir um “direito” de sustentação oral.⁴¹ A Corte Especial do STJ, em questão de ordem, entendeu, por maioria, que cabe ao Tribunal a faculdade de convocar ou não o interveniente para o exercício dos atos processuais. Nesse sentido, qualquer conduta do *amicus curiae* seria uma liberalidade do juízo, não havendo nenhuma posição jurídica de vantagem que assegurasse a possibilidade de exigir a manifestação oral.

Estamos, neste ponto, na linha do STF e também com a melhor doutrina.⁴² Se a intenção do legislador do novo CPC foi ampliar o *amicus*, em nosso entendimento deve ser autorizada sua manifestação oral, seja em audiência, seja na tribuna para sustentação oral de seus recursos (nas hipóteses em que cabíveis).

Por outro lado, na linha da jurisprudência do STF que admite a possibilidade de o amigo da corte submeter ao juízo “propostas” de convocação de audiências públicas,⁴³ entendemos que o *amicus curiae* deve ser autorizado também a manifestar-se por ocasião da audiência pública. E esta conclusão está respaldada em diversos dispositivos do novo CPC. Por exemplo, os artigos 983 §1º e 1.038 permitem que, no incidente de resolução de demandas repetitivas e nos recursos repetitivos, a coleta de informações relevantes seja feita em audiência pública, o que reforça o caráter participativo do *amicus curiae* no julgamento de casos repetitivos. Se assim for, seria incongruente reconhecer a importância da atuação do *amicus* nestes casos, convocar audiência pública para legitimar ainda mais o provimento jurisdicional

20/08/2008; ADI nº 4.389 MC/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/02/2011; RE nº 416.827/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/09/2005.

⁴¹ STJ - REsp nº 1.205.946 QO/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 17/08/2011; REsp nº 1309529/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 04/06/2013.

⁴² DIDIER JR., Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. Revista Dialética de Direito Processual, vol.8, 2003, p. 33-38.

⁴³ STF - ADPF nº 187/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29/05/2014.

e o procedimento de formação de precedentes, e ao mesmo tempo negar ao *amicus* a possibilidade de manifestação neste relevante momento da realização da audiência pública. Ao revés, trata-se de hipótese em que ao *amicus curiae* deve ser dada a oportunidade de expressão oral.

Legitimidade para ajuizamento de ação rescisória

O novo CPC trouxe uma sutil modificação na legitimidade para propositura de ação rescisória (art.967). Após falar da legitimidade das partes (inciso I) e do Ministério Público quando não ouvido no processo em que fosse obrigatória sua intervenção (inciso III, alínea “a”), o art.967, IV atribui legitimidade àquele que “não foi ouvido no processo em que era obrigatória a sua intervenção”. Inicialmente, é de ressaltar que o dispositivo evidentemente não se aplica nem às partes e nem ao MP, já referidos nos incisos I e III. Cabe indagar, portanto, quem seriam os sujeitos cuja intervenção pudesse ser considerada obrigatória e, não tendo participado do processo, fossem legitimados para postular a rescisão da sentença.

Concordamos com Fredie Didier Jr. que o inciso IV não trata do litisconsorte necessário não citado, e dois são os argumentos para tanto. De um lado, o dispositivo fala em “intervenção”, o que exclui sua aplicação à hipótese de litisconsórcio necessário, para a qual seria necessária a “citação”. Note-se que o litisconsorte é parte, não terceiro interveniente. Por outro lado, Didier Jr. também chama atenção para o fato de que, para impugnar a falta ou nulidade de citação, o litisconsorte necessário que não participou no processo deve utilizar a *querela nullitatis*, prevista no art.525 §1º, I do novo CPC, e não a ação rescisória.

Bom, se o dispositivo não é aplicável ao litisconsorte necessário, e tampouco ao MP e às partes (já referidos em outros incisos), fica claro que o art.967, IV prevê nova hipótese de legitimidade para ação rescisória para o *amicus curiae* nos casos em que sua intimação para intervir fosse

obrigatória, mas não lhe tenha sido facultada a intervenção. Exemplos seriam os processos em que estejam em discussão matérias do âmbito regulatório da CVM e do Cade. Nestes casos, a legislação de regência há muito traz hipóteses de intervenção de *amicus curiae* (art. 31, Lei n. 6.385/1976; art. 118, Lei n. 12.529/2011) e o novo CPC atribui a estes órgãos legitimidade para ajuizar a rescisória para desconstituir a sentença quando poderiam ter participado do processo e não foram, à época, intimados para intervir.

Uma observação importante é que, a despeito da dicção legal, a *intervenção* não é obrigatória, nem mesmo em se tratando de órgãos públicos (autarquias regulatórias, p. ex.). O que é obrigatória é a *intimação* do órgão para que então participe do processo e diga se pretende intervir. Mas a intervenção como *amicus curiae* é ato discricionário do órgão público. Dependendo da conjuntura, o *amicus* pode simplesmente não intervir por razões estratégicas ou institucionais. P. ex., administrativamente, as decisões da CVM em processo sancionador são submetidas a recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). No caso de ação civil pública que discuta uma conduta como uso de informação privilegiada no mercado de capitais (*insider trading*), com base na Lei n° 7.913/89, mesmo tendo decidido administrativamente que a conduta foi ilícita, na prática não é incomum que a CVM opte por não intervir no processo judicial antes do julgamento do recurso administrativo pelo CRSFN.⁴⁴

De todo modo, se fosse caso de potencial intervenção, e não tendo sido intimado para participar, o novo CPC atribui ao *amicus curiae* a legitimidade para ajuizar ação rescisória. Neste sentido é o enunciado n° 339 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

⁴⁴ Contra, entendendo ser obrigatória, BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. *Op. cit.*, p. 279 ss.

CONCLUSÃO

O *amicus curiae*, na sua nova regulamentação do CPC/2015, foi muito ampliado em relação à legislação anterior, no intuito de servir como instrumento de democratização do debate, especialmente em vista de diversos novos institutos e técnicas que fazem com que a solução jurídica de um caso tenha impacto na decisão de muitos outros.

Analisando as disposições do CPC a respeito, vê-se que muitos dos entendimentos que haviam sido consolidados na jurisprudência anterior ao Código devem ser revistos. Na aplicação do *amicus curiae*, deve-se ter o cuidado – comum a outros campos do CPC/2015 – de não interpretar a lei nova com os olhos de quem via o ordenamento antes dela. É preciso interpretar e aplicar o novo Código de maneira arejada, sem cacoetes do sistema anterior incompatíveis com as novas disposições, e com o espírito de extrair do novo CPC sua máxima potencialidade na consecução dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v.22, n.78, out-dez, 2004.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Der amicus curiae und die alten Formen der Beteiligung Dritter am Rechtsstreit: Neue Tendenzen nach brasilianischem Recht*. in GEIMER, Reinhold; SCHÜTZE, Rolf A. *Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*. München: Sellier, 2012, p. 77-78.

- _____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, ano LX, nº 2, 2005.
- _____. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n.117, set-out, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Da intervenção da União Federal como amicus curiae. Ilegitimidade para, nesta qualidade, requerer a suspensão dos efeitos da decisão jurisdicional. *Leis n.8.437/92, art.4º e n. 9.469/97, art.5º. Revista Forense*, vol.363, setembro-outubro, 2002.
- _____. Mandado de Segurança – Assistência e amicus curiae. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n.24, jul-ago, 2003.
- CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Comentário ao art.138. in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- DEL PRÁ, Carlos Rodrigues. *Amicus curiae: instrumento de participação democrática e aperfeiçoamento da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. Formação do precedente e amicus curiae no direito imperial brasileiro: o interessante Dec. 6.142/1876. *Revista de Processo*, v.220, 2013.
- DIDIER JR., Fredie. A intervenção judicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art.89 da Lei Federal 8.884/1994) e da Comissão de Valores Mobiliários (art.31 da Lei Federal 6.385/1976). *Revista de Processo* n.115, mai-jun, 2004.
- _____. Possibilidade de sustentação oral do amicus curiae. *Revista Dialética de Direito Processual*, vol.8, 2003.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Processo*, vol.106, abr-jun, 2002.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil, vol.2. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário. São Paulo: RT, 2007.
- MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. A figura do amicus curiae e sua utilização no processo civil brasileiro. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Dissertação de mestrado, 2010.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. in DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- SATO, Priscila Kei. O Instituto Nacional de Propriedade Industrial nas ações de nulidade e adjudicação: parte ou assistente? in DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: RT, 2004.
- SILVESTRI, Elisabetta. L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.3, 1997.
- TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art.138. in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.
- TAVARES, Osvaldo Hamilton. A CVM como amicus curiae. Revista dos Tribunais, vol.690, abr, 1993.
- THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento dos atos processuais. Revista de Processo, ano 34, vol.168, fev., 2009.

O PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL NO CPC/2015 E OS PRINCÍPIOS ALI/UNIDROIT DO PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL: UMA ANÁLISE DE CONSONÂNCIA DA HARMONIZAÇÃO PROCESSUAL¹

Valesca Raizer Borges Moschen²

Luiza Nogueira Barbosa³

INTRODUÇÃO

Por muito tempo o direito processual restou inserido em uma área de direito público de caráter eminentemente interno. Por tratar-se de ramo cujo objeto é a regulação do procedimento público atrelado à prerrogativa da soberania Estatal, qual seja, de aplicação do direito, cada Estado definiu, de maneira isolada, as normas processuais a serem aplicadas dentro dos limites de sua jurisdição.

¹ O presente artigo foi publicado inicialmente na Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 2. Maio a Agosto de 2018.p. 200-228.

² Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona (Espanha). Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professora permanente do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Subcoordenadora do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos – NEAPI. Pesquisadora do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado - UNIDROIT. O presente artigo é parte da pesquisa realizada no UNIDROIT em 2017. Email: raizervalesca@gmail.com.

³ Advogada. Mediadora certificada pelo ICFML. Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especializada em Direito Empresarial pela FGV-MMURAD. Pesquisadora Pós-graduada do Núcleo de Estudo em Processo e Tratamento de Conflitos - NEAPI do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES (PPGDIR/UFES). E-mail: luizanbarbosa@gmail.com.

Tal fato gerou a hemerticidade do direito processual, a qual tem sido colocada em xeque pela crescente internacionalização das contendas humanas, geradas pela globalização e surgimento de relações sociais e jurídicas cada vez mais complexas, ligadas a mais de um ordenamento jurídico.

Os litígios, que antes eram efetivamente respondidos pelo poder estatal por meio de normas processuais internas, transcendem agora os limites nacionais ao se caracterizarem a partir de distintos elementos fáticos e/ou jurídicos que remetem a mais de uma realidade nacional, e portanto, irreduzível a um ordenamento jurídico apenas⁴.

Com o intuito de diminuir a fragmentação e a heterogeneidade dos sistemas jurídicos nacionais, e objetivando, em última instância, a circulação e a segurança das relações sociais transnacionais, implementa-se, na esfera das relações internacionais, a codificação do direito⁵. Esta pode ser compreendida a partir de dois prismas, um *stricto* e outro *lato sensu*⁶.

No primeiro caso, a codificação é utilizada como sinônimo de uniformização e/ou unificação normativa, ou seja, como um mecanismo criador de normas e modelos jurídicos comuns destinadas a “diminuição da diversidade de forma de tutela de direitos e dos remédios disponíveis nos ordenamentos jurídicos concorrentes”⁷. De outro lado, a codificação é desenvolvida como um instrumento de sistematização de um corpo normativo para a melhoria da sua

⁴ LUPOI, Michele Angelo. *Conflitti Transnazionali di Giurisdizioni*: Tomo I. Milano: Giuffrè, 2002, p.3.

⁵ Sobre a codificação do direito, em particular o processual civil internacional, ramo do direito internacional privado, vid. CALVO CARAVACA, Alfonso Luiz; CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada: Colmares, 1997, p.119.

⁶ MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; Marcellino, Helder Corrêa. Estado Constitucional Cooperativo e a Codificação do Direito Internacional Privado: apontamentos sobre o “Judgment Project” da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. *Revista Argumentum*, v. 18, p. 291-319, 2017.

⁷ LUPOI, Michele Angelo, *Conflitti Transnazionali di Giurisdizioni*: Tomo I. Milano: Giuffrè, 2002, p.51.

acessibilidade⁸. Atualmente esta modalidade evoluiu-se de maneira polarizada em diversos níveis e estruturas relacionais e em diferentes setores jurídicos.

Tal polarização promove um verdadeiro labirinto codificador, com redes estatais, regionais e multilaterais⁹, com assunção de instrumentos de origem não estatal (*global law*)¹⁰, além da utilização de uma diversidade de métodos.

Na esfera específica da harmonização do direito processual civil essa dá-se, de um lado, a partir de reformas internas¹¹ que, utilizando do método comparativo, acaba por absorver especificidades e tendências de sistemas jurídicos estrangeiro¹². E, de outro, por meio de instrumentos internacionais – bilaterais, regionais ou multilaterais.

⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial. In: BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO, J. A. (Org.). *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?* Thomson Reuters, 2010. p. 51-74. p.52.

⁹ A multiplicidade de centro de codificação do Direito Internacional Privado resultou num volume de textos convencionais concluídos, dificultando a sua correlação e aplicação, necessitando, muitas vezes a determinação do seu âmbito de aplicação prévia, tanto em relação aos conflitos entre textos convencionais, como, na esfera dos processos de integração econômica entre textos convencionais e aqueles oriundos do direito institucional do processo de integração vide ESPLUGUES MOTA, Carlos; BUHIGUES IGLESIAS, José Luis. **Derecho Internacional Privado**, Valencia: Tirant lo Blanco, 2013, p.83.

¹⁰ Sobre o direito global (*global law*) e a criação de instrumentos normativos por atores híbridos ou não nacionais, ver: BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 145-158.

¹¹ As normas de processo civil internacional sistematizadas sobretudo na determinação dos limites e extensão da jurisdição interna, na cooperação sistêmica internacional e na efetivação de decisões estrangeiras, estão inseridas, usualmente, dentro do corpo sistemático das normas de processo civil em geral. No caso brasileiro, a grande maioria se agrupa no código de processo civil nacional. Por isso, a relevância da análise da harmonização espontânea e comparada do processo civil e do direito internacional privado.

¹² RHEE, C.H. Harmonization of Civil Procedure: Historical and Comparative Perspective. In: VAN RHEE, C.H.; KRAMER, X.E. (Eds). **Civil Litigation in a Globalizing World**. The Hague: T.M.C. Asser Press/Springer, 2012, p.4 e 5. O autor menciona a grande influência exercida pelo código de processo civil francês (*Code de Procédure Civile*) de 1806 nos sistemas processuais europeus, particularmente, na Áustria, Holanda e Bélgica.

No âmbito regional, como exemplo estão as normas processuais desenvolvidas pelo sistema normativo europeu¹³ e pelo Mercosul. Já em âmbito multilateral estão os Princípios ALI/UNIDROIT do processo civil transnacional – PTCT, como uma iniciativa não estatal de harmonização jurídica.

No Brasil, a busca pela harmonização e incorporação das tendências do pensamento jurídico contemporâneo implementa-se em 16 de março de 2015, através da Lei 13.105, pelo novo Código de Direito Processual Civil – CPC/2015, o primeiro a ser adotado em plena vigência da democracia.

A nova codificação brasileira representa uma ruptura com o paradoxo metodológico até então existente e traz três grandes marcas de inovação: a) a consagração da *constitucionalização do processo civil brasileiro*, expressamente reafirmada no artigo primeiro do CPC 2015¹⁴; b) a admissão do princípio da *cooperação e flexibilização* como uma nova dimensão da autonomia da vontade no âmbito processual nacional; e c) a *internacionalização do processo*, ante a clara preocupação com a diminuição do hermetismo nacionalista do sistema processual brasileiro, a partir da absorção das regras e princípios do processo civil internacional.

No cenário global as três dimensões da inovação sistêmica do processo civil brasileiro vêm sendo há tempo debatidas com a visão de não apenas abrir os processos nacionais para a regulação de contendas internacionais, como também para buscar uma harmonização do direito processual em nível regional e multilateral.

¹³ Na América Latina, em material processual civil, se destaca o projeto do Código Modelo de Processo Civil Ibero-americano, como exemplo de esforço para a unificação e harmonização da temática. Vid KEMELMAJER, Aida C, **Lineamentos generales de los principios y reglas comunes para los procesos transnacionales (ALI-UNIDROIT)**. De Citá, n.4, 2005, p.47.

¹⁴ CPC/2015. Art. 1o. “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Brasileira, observando-se as disposições deste código”.

Como mencionado, um instrumento de harmonização multilateral indireta no âmbito do processo civil são os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional – PTCP, os quais foram desenvolvidos com o intuito de representarem um guia para os litígios transnacionais¹⁵ de padrões geralmente reconhecidos de justiça civil e, inclusive, um estímulo para legisladores nacionais à harmonização processual civil à luz da experiência transnacional.

O presente artigo parte das premissas da necessidade de harmonização do direito processual e, com ela, de ruptura metodológica para superar o hermetismo nacionalista do sistema processual brasileiro. Nesta toada, o estudo busca analisar a consonância entre os princípios ALI/UNIDROIT e os alicerces inovadores do processo civil internacional no Brasil, por meio da promulgação do novo Código de Processo Civil e de novos acordos e tratados internacionais.

AS TRÊS GRANDES MARCAS DE INOVAÇÃO DO PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL NO BRASIL: CONSTITUCIONALIZAÇÃO, COOPERAÇÃO E INTERNACIONALIZAÇÃO

Com o processo de *constitucionalização do direito processual* – ocasionado pela transição do modelo de Estado de liberal para social e a consagração do Estado Constitucional Democrático¹⁶ – as normas

¹⁵ No presente artigo, os conceitos de transnacionalidade e internacionalidade do processo civil são tomados como sinônimos e caracterizados pela presença do elemento de estraneidade. “Por elemento de estraneidade compreende-se elementos que se conectam fática e/ou juridicamente a mais de uma ordem jurídica, fazendo com que uma relação venha a se projetar sobre dois ou mais ordenamentos jurídicos”. BARBOSA, Luiza Nogueira. **O processo civil brasileiro como veículo de juridicização e concretização de normas globais (“global law”)**. 2017. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_11341_LUIZA20170829-114120.pdf>. Acesso em> 10 jun 2018. p. 71.

¹⁶ O Estado Democrático Constitucional representa a passagem dessa virtual contraposição entre o Estado Liberal e o Estado Social, indicando um modelo pluralista e participativo de

processuais passam a fazer parte do entorno da construção do direito fundamental do acesso à justiça, inclusive em nível internacional. O processo iniciado com o advento da Constituição de 1988, segundo Hermes Zaneti Jr.¹⁷, consolida-se com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, o primeiro a vigor em plena democracia.

A segunda grande marca de inovação é percebida a partir da admissão *dos princípios da flexibilização e cooperação* como uma nova dimensão da autonomia da vontade no âmbito processual. A flexibilização do processo permitiu que, mesmo com todo o cuidado e vigilância das garantias constitucionais, às partes seja possível transacionar sobre regras e estilo do procedimento, de forma a torná-lo mais adequado e previsível aos seus interesses; o que se observa, por exemplo, pela abertura do instituto dos negócios jurídicos processuais, previsto no art. 190 do CPC/2015¹⁸.

É dizer, as partes que eventualmente dispuserem em seu contrato de cláusulas que determinem questões acerca do procedimento a ser traçado em eventual disputa poderão ver respeitadas suas vontades, no que tange, por exemplo, aos tipos de prova a serem produzidos, aos prazos para apresentação de manifestações, à distribuição dos custos processuais, dentre outros. Além disso, caso não tenham o feito previamente, às partes é permitido acordar tais questões ao início do processo judicial. Nesta linha, o Código também respondeu

gestão da democracia. Não só o Judiciário toma parte nesse processo, também são chamadas todas as demais instâncias de poder, estatais ou não. ZANETI, Hermes. **O novo processo civil brasileiro e a constituição**. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015. Salvador: JusPodivum, 2016. p. 34.

¹⁷ *Ibidem* id.

¹⁸ Cumpre repisar que, a despeito de o CPC/73 já prever a possibilidade de as partes celebrarem negócios jurídicos processuais típicos, como a eleição de foro (somente entre foros nacionais ou arbitragem, até então), ônus da prova e suspensão para transação, o novo Código garante às partes a convenção sobre negócios atípicos, inclusive sobre o procedimento. Sobre negócios jurídicos processuais, ver MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve Diálogo entre os Negócios Jurídicos Processuais e a Arbitragem, *Revista de Processo*, vol. 237, 2014, p. 223.

a antigas críticas e inovou ao trazer, em seu art. 25, o reconhecimento de validade de cláusula de eleição de foro em contrato internacional, com consequente a limitação da jurisdição nacional, em respeito à autonomia das partes.

Essa flexibilização é de suma importância principalmente na esfera internacional, tendo em vista que um mesmo contrato pode ser circuncidado por diferentes ordenamentos jurídicos, gerando grande insegurança jurídica às partes. O reconhecimento da autonomia das partes – seja quanto à eleição do foro ou ao desenho do procedimento – gera, então, maior segurança àqueles que venham a se envolver em litígios internacionais de competência da jurisdição brasileira.

A cooperação jurídica internacional é a forma de atuar em prol da solução de controvérsias alheias à jurisdição nacional para que se possa buscar o melhor resultado, ainda que o litígio não seja julgado no território nacional. A cooperação também abarca situações em que, em que pese a competência ser da jurisdição brasileira, determinados atos tenham que ser realizados em território de jurisdição estrangeira. No âmbito da cooperação, portanto, o novo Código prevê regras de auxílio direto e execução de cartas rogatórias, as quais abrem o processo civil para a realidade atual: de que um mesmo conflito pode precisar da coordenação de esforços de diversos Estados.

Por fim, a terceira grande marca inovatória trata-se da *internacionalização do processo*, a partir da absorção das regras e princípios do processo civil internacional, ante a clara preocupação com a diminuição do hermetismo nacionalista do sistema processual brasileiro. Esta internacionalização denota-se tanto a partir da maior regulamentação da cooperação jurídica internacional, art. 26¹⁹, e do reconhecimento de sentenças estrangeiras, art. 960²⁰, quanto pela

¹⁹ “Art. 26. A Cooperação Jurídica será regida por tratado em que o Brasil seja parte”. Lei 13.105, 16/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

²⁰ “Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação

leitura do capítulo II, art. 13, do CPC 2015, ao afirmar que “a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”²¹.

De certo, comparado ao Código de Processo Civil anterior, o novo Código representa um avanço em relação à normatização do processo civil internacional brasileiro. Resta agora analisar se estas mudanças encontram-se em consonância com os convenionados Princípios do Processo Civil transnacional da ALI/UNIDROIT. Para tanto, primeiro será realizada a apresentação dos PTCP e, mais adiante, o artigo passará à análise de consonância.

OS PRINCÍPIOS ALI/UNIDROIT DO PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL: UMA APROXIMAÇÃO

À contramão das tendências nacionais de internalização e hemerticidade do direito processual, em âmbito global e extra-estatal, há quase duas décadas é possível observar a tentativa de alguns institutos de responder à maré da globalização e transnacionalização das relações sociais, jurídicas e, conseqüentemente, dos litígios delas derivados.

A concepção inicial dos Princípios do Processo Civil Transnacional ALI/UNIDROIT surge ao final dos anos noventa, por meio de uma parceria acadêmica entre dois renomados professores²²,

de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado”. Lei 13.105, 16/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

²¹ “Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte”. Lei 13.105, 16/03/2015, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

²² A parceria foi denominada “jogo a dois” (“jeux a à deux”), nas palavras do prof. Dr.

Geoffrey Harzard e Michele Taruffo²³, os quais idealizaram um guia de princípios e regras que combinasse as características dos sistemas de *common law* e *civil law*, com o objetivo de amenizar as dificuldades geradas pela litigância em sistemas jurídicos estrangeiros e, assim, promover o acesso à justiça.

A proposta, que inicialmente se circunscrevia ao âmbito do American Law Institute – ALI²⁴, extrapolou as fronteiras do oceano e se tornou uma *joint venture* entre a associação americana e o Instituto para Unificação do Direito Privado – UNIDROIT²⁵.

Após instauração de um grupo de trabalho conjunto, ALI/ UNIDROIT, foram realizados 12 drafts sobre os Princípios e Regras

Michele Taruffo. TARUFFO, Michele. La genésis et la finalit  des r gles propos es para l’American Law Institut. In: FOUCHARD, Philippe. (Ed.) **Vers um proc s civil universal?** Les r gles transnationales de procédure civile de l’American Law Institute. Paris: L.G.D.J., 2001. p.19.

²³ Professores das Universidades de Pennsylvania e Padova, respectivamente. Posteriormente, foram sendo incorporados   proposta outros acad micos. De início, o Prof. Dr. Antonio Gidi, e, com a futura parceria com o Instituto UNIDROIT, outros renomados professores aderiram ao projeto, como Neils Andrews (Inglaterra), Frédérique Ferrand (França), Masananori Kawano (Japão), Aida R. Kemelmajer de Carlucci (Argentina), Pierre Lalive (Su i a) e Rolf Sturmer (Alemanha). Vide INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**. Disponível em: <www. <http://www.unidroit.org/transnational-civil-procedure-overview>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

²⁴ Associa o norte-americana de juristas, que congrega advogados, juízes, acad micos, desde 1923. Possui personalidade jurídica de direito privado. Dentre os seus objetivos encontram-se a elabora o de propostas de reformas e/ou de “standards” de interpreta o normativa, em diversas áreas, incluindo a de “Transnational Civil Procedure”. AMERICAN LAW INSTITUTE. **Transnational Civil Procedure**. Disponível em: <<https://www.ali.org/publications/show/transnational-civil-procedure/>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

²⁵ UNIDROIT   uma organiza o internacional intergovernamental, de natureza multilateral, composta por 63 países, originários dos cinco continentes. Criada em 1920 como órgão das Ligas da Na o es, esta foi restabelecida de forma independente, em 1940, através de um acordo multilateral, composto por seu estatuto. A organiza o possui como objetivos primordiais a moderniza o, harmoniza o e coordena o entre Estados e grupos de Estados, do direito privado, especialmente, do direito comercial, através da formula o de instrumentos de lei uniforme, princípios e regras. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Statute: incorporating the amendment to Article 6(1) which entered into force on 26 March 1993**. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/institutional-documents/statute>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

do Processo Civil Transnacional²⁶. A dificuldade de consenso entre a comunidade acadêmica fez com o projeto inicial de harmonização ativesse-se à recopilação de princípios gerais e não mais de regras do processo civil transnacional.

Em abril de 2004, na 83ª sessão do Conselho de Governo do UNIDROIT, o texto dos “Princípios do Processo Civil Transnacional”, com seus respectivos comentários, foi aprovado. No mês seguinte, a proposta dos princípios é sancionada no 81º encontro anual do American Law Institute – ALI, com a denominação formal “Rules of Transnational Civil Procedure”²⁷.

Taxonomia e materialidade dos princípios ALI/UNIDROIT

Desde uma perspectiva estática²⁸, ou seja, isolando as suas características particulares, (a) de onde e como foram elaborados; (b) do campo de sua aplicação e (d) de seus objetivos e conteúdo, os PTCP, possuem uma natureza híbrida, público-privada. Foram elaborados, como mencionado, por duas instituições de diferentes origens, uma

²⁶ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **Study LXXVI principles of transnational civil procedure** – preparatory work. 19 Nov. 2014. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/preparatory-work-tcp>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁷ Mais adiante, como vistas ao fortalecimento de uma harmonização menos fragmentada do processo civil na Europa, o UNIDROIT em parceria com o European Law Institute – ELI iniciaram um projeto de harmonização de princípios e regras para o processo civil europeu, adaptando os princípios ALI/UNIDROIT para o universo da União Europeia, o que originou o projeto ELI/UNIDROIT. No entanto, pelo fato de este ser direcionado apenas para o referido universo regional, seu estudo não será objeto do presente artigo, que se limita, por ora, aos PTCP ALI/UNIDROIT. Sobre o tema, ver: CADIET, Loïc. The ALI–UNIDROIT project: from transnational principles to European rules of civil procedure Public Conference, opening session, 18 October 2013, **Uniform Law Review**, 2014, vol 19, 292-294.

²⁸ O professor Diego Fernandez Arroyo, com o intuito de determinar uma tipologia para os princípios transacionais no âmbito da harmonização do direito das relações privadas transfronteiriças, propôs a classificação desses em duas tipologias, a estática e a dinâmica. O presente artigo segue essa orientação. Vide: ARROYO, Diego Fernandez. The growing significance of set of principles to govern trans-boundary private relationship. In: _____. **Eppur si muove: The Age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachin Bonell to celebrate his 70th birthday**. Rome: Unidroit, 2016. p. 251-272.

privada, ALI, organização associativa norte-americana que congrega advogados, juízes e acadêmicos do direito. E outra intergovernamental, a UNIDROIT, hoje composta por 63 Estados membros, da qual o Brasil é parte desde 1993²⁹.

Nas palavras do próprio instrumento, os princípios

[...] são padrões para adjudicação de disputas comerciais transnacionais, podendo ser igualmente apropriados para a resolução da maioria dos outros tipos de disputas civis e podem servir de base para iniciativas futuras na reforma do processo civil [tradução livre].³⁰

Os PTCP nascem como um instrumento de aplicação universal que, em relação a seu conteúdo, refletem um conjunto de regras de natureza processual, suplementar³¹. Sua destinação é para servir de padrão para promoção de uma maior coerência na aplicação e interpretação de regras processuais em processos civis transnacionais, com possibilidade, ainda, de servir para outros tipos de disputas civis. Assim, conforme ressalta Thomas Pfeiffer, os princípios são *framework rules*³².

Os princípios do ALI/UNIDROIT são, portanto, um produto normativo da harmonização jurídica processual indireta ou informal, que possui como elemento caracterizador o reduzido, ou inexistente, efeito jurídico vinculante³³. Nesse sentido, os princípios foram

²⁹ A adesão do Brasil foi formalizada por meio do Decreto n. 884, de 02 de agosto de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0884.htm>. Acesso em 10 jun 2018.

³⁰ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure**. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>>. Acesso em: 10 jun 2018.

³¹ GIDI, Antônio. Notes on Criticism the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, **Uniform Law Review**, v. 1, p. 819, 2004.

³² PFEIFFER, Thomas. The ALI/UNIDROIT Project: Are Principles Sufficient, Without the Rules?, **Uniform Law Review**, v. 6, n. 4, 2001, p. 1015-1033. p. 1021.

³³ Tais princípios inserem-se no âmbito dos instrumentos normativos ditos soft que “[...] em contraste com as fontes clássicas, essas normas não são impostas sob ameaça de sanção” (FRYDMAN, Benoit. A pragmatic approach to global law. In: WATT, Horatia Muir; ARROYO,

visualizados como: (a) uma contribuição para a aproximação da transnacionalidade dos litígios para a harmonização do processo civil; (b) referência para reformas futuras nacionais no âmbito do processo civil; (c) elemento de promoção eventual do desenvolvimento de standards internacionais na matéria e (d) eventual elemento fomentador do desenvolvimento de práticas processuais no campo da arbitragem internacional³⁴.

Em relação à materialidade das previsões ali contidas, Neil Andrews sugere que a classificação dos PTCP seja realizada em três esferas: “(1) declarações *quasi* constitucionais de garantias processuais fundamentais; (2) principais diretrizes sobre o estilo e o curso do procedimento; (3) pontos de importante detalhamento”³⁵.

Nesse sentido, passa-se ao detalhamento das provisões dos PTCP, com atenção aos valores e garantias fundamentais do processo civil e às principais diretrizes sobre o estilo e curso do procedimento.

Valores e garantias fundamentais do processo civil nos PTCP ALI/UNIDROIT

Em que pese a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem³⁶, de 1948, delinear a compreensão do direito fundamental

Diego P. Fernández. (Ed.). **Private international law and global governance**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p.181-201. p. 199). São parte do direito da “economia globalizada”, soft, flexíveis, variantes de origem, em larga medida contratual. Não buscam, na sua essência, ser um modelo normativo para os sistemas processuais nacionais, quando muito, pretendem inspirar as futuras reformas no âmbito do processo civil realizadas pelos estados nacionais (TARUFFO, Michele. Note sulla dimensione transnazionale delle controversie civili. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 55, n. 4, p. 1055-1069, 2001. p. 1063).

³⁴ STÜRNER, Rolf. The principles of transnational civil procedure. An introduction to their basic conceptions, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 69, 2005, 201-254. p. 209-216.

³⁵ ANDREWS, Neil. Fundamental principles of civil procedure: order out of caos. In: KRAMER, X. E.; van RHEE, C. H. (Eds.). **Civil Litigation in a globalising world**. Hague: Asser Press, 2012. p. 22.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. Bogotá, 1948.

ao acesso à justiça e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, incluir no conceito de processo equitativo e justo os aspectos de independência e imparcialidade do tribunal; o direito ao acesso à justiça se consagra como direito fundamental com o Pacto de San José da Costa Rica³⁷, segundo o qual

[...] toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza³⁸.

Após a classificação do acesso à justiça enquanto direito fundamental, no âmbito internacional passou-se à busca pela cidadania processual³⁹. É dizer, as garantias processuais passaram a ganhar atenção dos instrumentos internacionais de proteção e promoção dos direitos fundamentais no transcurso do tempo. Nesta toada, os PTCP incorporam em seu rol um conjunto de garantias fundamentais recopiladas a partir das garantias geralmente aceitas na esfera internacional.

Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.

³⁷ Chamam a atenção os professores Flavia Hill e Humberto Dalla Bernardina para o plano regional americano, da importância do Pacto de San José de Costa Rica, como um marco na garantia de acesso a uma ordem jurídica justa e na consagração de princípios de garantias processuais, representando uma grande conquista a nível do acesso à justiça e das garantias processuais (HILL, Flávia; PINHO, Humberto D.B. A nova fronteira do acesso à justiça: a jurisdição transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 11, v. 18, n. 2, P. 261-296, 2017).

³⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 jun 2018.

³⁹ ZANETI, op. cit, nota n. 15.

Estas garantias, consoante Neil Andrews, podem ser subdivididas em quatro categorias, quais sejam, a) de regulamentação do acesso à justiça; b) de imparcialidade do processo; c) de manutenção da celeridade e efetividade processual; d) para o alcance de soluções justas e eficazes⁴⁰. Em relação ao aspecto subjetivo, é possível subdividir as garantias entre garantias individuais das partes e garantias estruturais da justiça⁴¹.

Garantias relacionadas ao acesso à justiça e garantias individuais das partes

No âmbito da garantia de amplo acesso à justiça e das garantias individuais das partes, os PTCP enumeram um grupo de princípios, como os de independência e imparcialidade, igualdade processual, ampla defesa e contraditório e da coisa julgada.

Nos PTCP, o princípio da impessoalidade da jurisdição pode ser observado em alguns dispositivos, a saber, o princípio 1 (1.1-1.5), segundo o qual a corte deve ter independência para decidir a disputa de acordo com os fatos e a lei, incluindo a liberdade em relação a influências internas e externas impróprias. No que tange à imparcialidade, os princípios determinam que a autoridade com poder de decisão não deverá participar do julgamento, caso exista dúvida razoável em relação à sua parcialidade, devendo haver, neste sentido, um procedimento justo e efetivo para tratar questões relativas à parcialidade judicial⁴².

⁴⁰ ANDREWS, 2012, p. 33.

⁴¹ Vide: GÉLINAS, Fabien; CAMION, Clément. Efficiency and values in the constitution of civil procedure. *International Journal of International Procedural Law*, v. 4, 2014, p. 206.

⁴² “1. Independence, Impartiality, and Qualifications of the Court and Its Judges. 1.1 The court and the judges should have judicial independence to decide the dispute according to the facts and the law, including freedom from improper internal and external influence. 1.2 Judges should have reasonable tenure in office. Nonprofessional members of the court should be designated by a procedure assuring their independence from the parties, the dispute, and other persons interested in the resolution. 1.3 The court should be impartial. A judge or other person having decisional authority must not participate if there is reasonable

De acordo com o princípio n. 3, a corte deve assegurar o tratamento equitativo e oportunidades razoáveis para que os litigantes possam defender seus direitos. Por tratamento equitativo, os PTCP destacam a prevenção a qualquer tipo de discriminação, inclusive com base na nacionalidade ou residência. Nesta linha, o princípio 3.3 estabelece que uma pessoa não deve ser determinada a assegurar custos do procedimento ou do valor de eventual responsabilidade para adoção de medidas provisórias somente pelo fato de não ser nacional ou residente do Estado em que busca a medida ⁴³.

A ampla defesa e o contraditório são trazidos mormente nos princípios 5.4 a 5.6, os quais preveem que as partes têm o direito de apresentar alegações relevantes de fato e de direito, além de oferecer evidências que as suportem. Ainda, as partes devem ter oportunidade justa e tempo razoável para apresentação de defesa e provas. A corte deve considerar todas as alegações das partes e manifestar-se sobre as questões substanciais. No princípio 27, os PTCP determinam que a revisão por apelação deve ser provida e seu escopo deve ser ordinariamente limitado a pedidos e defesas trazidos na primeira instância do procedimento; devendo a corte, porém, considerar novos fatos e evidências⁴⁴.

ground to doubt such person's impartiality. There should be a fair and effective procedure for addressing contentions of judicial bias.1.4 Neither the court nor the judge should accept communications about the case from a party in the absence of other parties, except for communications concerning proceedings without notice and for routine procedural administration. When communication between the court and a party occurs in the absence of another party, that party should be promptly advised of the content of the communication. 1.5 The court should have substantial legal knowledge and experience" INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *ALI/UNIDROIT principles of transnational civil procedures*, nota 22.

⁴³ Princípio 3 (3.1.-3.4), 3. "3.3 A person should not be required to provide security for costs, or security for liability for pursuing provisional measures, solely because the person is not a national or resident of the forum state. 3.4 Whenever possible, venue rules should not impose an unreasonable burden of access to court on a person who is not a habitual resident of the forum" (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure*, nota 22).

⁴⁴ Principalmente observada nos princípios 5.4., 5.5 e 5.6, a saber: "5.4 The parties have

A coisa julgada e a litispendência são matéria do princípio 28, que tem como objetivo evitar disputas com mesmo objeto e partes de tramitarem concomitantemente (litispendência), bem como após a sua resolução (coisa julgada)⁴⁵.

Princípios de organização e garantias estruturais

Em relação aos princípios de organização e garantias estruturais, estão previstos nos PTCP os princípios da motivação das decisões, da publicidade, da celeridade, e da própria eficiência da administração da justiça.

A motivação das decisões é trazida no princípio n. 23 que, em conjunto com o princípio 5.6, estabelece que o juiz deverá se manifestar em registro oral ou por escrito sobre todas as alegações das partes. A decisão deverá especificar a medida imputada e, em uma condenação monetária, seu valor. Além disso, o *decisum* deverá ser acompanhado do fundamento racional dos fatos, direito e provas essenciais para o seu embasamento⁴⁶.

the right to submit relevant contentions of fact and law and to offer supporting evidence. 5.5 A party should have a fair opportunity and reasonably adequate time to respond to contentions of fact and law and to evidence presented by another party, and to orders and suggestions made by the court. 5.6 The court should consider all contentions of the parties and address those concerning substantial issues". 27. Appeal. "27.1 Appellate review should be available on substantially the same terms as other judgments under the law of the forum. Appellate review should be concluded expeditiously. 27.2 The scope of appellate review should ordinarily be limited to claims and defenses addressed in the first-instance proceeding. 27.3 The appellate court may in the interest of justice consider new facts and evidence" (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**, nota 22).

⁴⁵ Princípio 28, em especial, 28.2 ex vis: 28.2 "In applying the rules of claim preclusion, the scope of the claim or claims decided is determined by reference to the claims and defenses in the parties' pleadings, including amendments, and the court's decision and reasoned explanation" (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**, nota 22).

⁴⁶ Princípio 23. (23.1) 23. Decision and Reasoned Explanation. 23.1 Upon completion of the parties' presentations, the court should promptly give judgment set forth or recorded in writing. The judgment should specify the remedy awarded and, in a monetary award, its

O princípio da publicidade, princípio n. 20, vem para solidificar a prática já realizada na maioria das cortes estatais. Nesse sentido, estabelece-se, apenas excepcionalmente, que o tribunal pode ordenar que as audiências ou partes do processo sejam mantidas confidenciais no interesse da justiça, segurança pública ou privacidade, após consulta às partes⁴⁷.

No que tange ao princípio da celeridade, o princípio n. 7 dispõe que a corte deve resolver uma disputa dentro de tempo razoável. Para tanto, as normas processuais e regulamentos das cortes devem estabelecer cronogramas e prazos razoáveis e impor sanções às partes e seus advogados por não observâncias injustificadas de tais regras e ordens⁴⁸.

O princípio da eficiência é um dos princípios norteadores da administração pública. Diferentemente dos demais, este não possui uma ordem conceitual e léxica de consolidada. O seu conteúdo e implementação associam-se a outros valores e princípios, como o de isonomia, neutralidade, imparcialidade, acessibilidade e

amount. 23.2 The judgment should be accompanied by a reasoned explanation of the essential factual, legal, and evidentiary basis of the decision". (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**, nota 22).

⁴⁷ "20. Public Proceedings. 20.1 Ordinarily, oral hearings, including hearings in which evidence is presented and in which judgment is pronounced, should be open to the public. Following consultation with the parties, the court may order that hearings or portions thereof be kept confidential in the interest of justice, public safety, or privacy. [...] 20.3 In the interest of justice, public safety, or privacy, if the proceedings are public, the judge may order part of them to be conducted in private. 20.4 Judgments, including supporting reasons, and ordinarily other orders, should be accessible to the public." (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**, nota 22).

⁴⁸ Previsto no Princípio 7 (7.1 e 7.20) 7. Prompt Rendition of Justice.7.1 The court should resolve the dispute within a reasonable time. 7.2 The parties have a duty to cooperate and a right of reasonable consultation concerning scheduling. Procedural rules and court orders may prescribe reasonable time schedules and deadlines and impose sanctions on the parties or their lawyers for noncompliance with such rules and orders that is not excused by good reason. (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**, nota 22).

inteligibilidade. Pode ser considerado um princípio reitor tanto frente ao desempenho do agente público, como diante da organização da administração pública⁴⁹. Portanto, ante a presença dos demais valores e princípios, pode-se compreender como existente, nos PTCP, o valor da eficiência da administração pública.

Princípios ALI/UNIDROIT quanto ao estilo e desenvolvimento do processo

As regras responsáveis para a determinação dos degraus e dos quadros do procedimento auxiliam na promoção da eficiência processual e da assunção das garantias dos direitos fundamentais do processo, uma vez que materializam diferentes princípios fundamentais para a efetividade da justiça e o seu verdadeiro acesso.

Para a concretude do acesso à justiça é de fundamental importância, conforme mencionado, a definição de regras de procedimento uma vez que “a estrutura processual varia amplamente, e uma parte que tem que lutar em um país estrangeiro pode enfrentar problemas que, no final, dificultam o acesso à justiça”⁵⁰.

Assim como previsões de garantias processuais não são usuais nos instrumentos internacionais de harmonização do processo civil, também as normas de estilo e desenvolvimento do processo têm pouca atenção neste cenário.

A despeito do pioneirismo na pauta de harmonização do direito material, na experiência europeia, a convergência de normas procedimentais⁵¹ passa a ser observada apenas recentemente, com o

⁴⁹ Sobre o tema, ver: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁵⁰ Tradução livre do original: “Since the procedural structure varies widely, a party having to litigate in a foreign country may face difficulties that could in the end hamper access to justice” (KRAMER, Xandra. The structure of civil proceedings and why it matters: exploratory observations on future ELI-UNIDROIT European rules of civil procedure. **Uniform Law Review**, v. 19, p. 218-238, 2014. p. 218).

⁵¹ KRAMER, op. cit., nota 49.

advento da normativa europeia referente os “small claims procedures (ESCO)”⁵² e da regulamentação sobre a criação de uma proteção única de patentes, com a unificação das cortes no tema de patentes⁵³.

Já na perspectiva latino-americana, o Código Modelo de Processo Civil para Ibero América traz para o bojo do debate sobre a harmonização processual, princípios procedimentais⁵⁴. Esse Código, de natureza *soft*, é um instrumento de direito uniforme que agrega em suas disposições gerais um conjunto de princípios de garantias fundamentais do processo, além de disposições destinadas ao procedimento, com objetivo de harmonização regional⁵⁵.

São, portanto, os Princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional os responsáveis por incorporar ao debate da harmonização do processo civil transnacional as regras procedimentais, em âmbito universal.

Os PTCP apresentam, em seu Princípio 9º, um regime para o desenvolvimento dos atos processuais, baseado na cooperação e na flexibilidade, e escalonado em três fases procedimentais.

⁵² Regulamento (EC) n. 861/2007, de julho de 2007. In “Harmonized Rules and Minimum Standards in the European Law of Civil Procedure”. PE 556.971.

⁵³ Regulation (EU) n. 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection.

⁵⁴ A proposta de um Código Modelo de Direito Processual Civil para Ibero América foi um projeto do Instituto Ibero-americano de processo, associação acadêmica criada em 1957 que, entre as suas obras principais se encontram, além do referido código, o de Processo Penal (1988), o Código Modelo de Processo Coletivo (2004), o Código Modelo de Cooperação Interjurisdicional para Ibero América (2007) e o de Processo Administrativo (2012). Vide COMOGLIO, Luigi Paolo. Codici modello e giusto processo. Roma e America, *Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, v. 36, p. 322-328, 2015.

⁵⁵ Esse instrumento de harmonização regional representa a concretude de grandes tendências do pensamento predominante da doutrina mais qualificada para uma realidade latino-americana, e serve como uma ferramenta poderosa no processo de reforma legislativa dos sistemas nacionais, por reunir princípios e regras atuais e modernas, capazes de orientar o legislador de cada país na elaboração de leis nacionais. Conforme PERLINGEIRO, Ricardo. Código modelo de cooperação interjurisdicional para Ibero América. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, p. 5-16, 2009.

Uma inicial, a fase postulatória, onde as partes deverão apresentar por escrito suas alegações, as causas de pedir e a contestação e, também, identificar as eventuais provas processuais⁵⁶. As regras procedimentais iniciais de formulação da ação são substancialmente similares em muitos sistemas legais, tal como ensinam o Geoffrey Hazard, Michele Taruffo, Ralph Sturmer e Antônio Gidi⁵⁷. As diferenças residem, nessa fase, quanto à formulação das provas e das evidências.

Nos princípios ALI/UNIDROIT é indicado uma espécie de “discovery” controlado pela corte (princípio 16), onde se afirma que à parte não deve ser permitida a possibilidade do chamado “fishing expedition”, ou seja, de uma ação sem suporte fático relevante, mas que possa conduzir, eventualmente, para a descoberta de outros documentos. Ao mesmo tempo, conforme os princípios, a parte adversa deve ser compelida a apresentar provas que estejam sob o seu alcance.

Uma segunda fase, intermediária, próxima de uma visão romano-germânica é aquela regulada no Princípio 9.3, onde se concentram a celebração de audiências, a definição do cronograma detalhado do progresso do processo, assim como a forma de apresentação das provas e eventual interveniência de terceiros. Finalmente, a última fase do procedimento é destinada à decisão do processo, com a caracterização da sentença e de sua razoabilidade.

⁵⁶ “9. Structure of the Proceedings. 9.1 A proceeding ordinarily should consist of three phases: the pleading phase, the interim phase, and the final phase. 9.2 In the pleading phase the parties must present their claims, defenses, and other contentions in writing, and identify their principal evidence. [...] 9.4 In the final phase evidence not already received by the court according to Principle 9.3.6 ordinarily should be presented in a concentrated final hearing at which the parties should also make their concluding arguments.” (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure*, nota 22).

⁵⁷ HAZARD, Geoffrey C. Jr.; TARUFFO, Michele; STURMER, Rolf; GIDI, Antonio. Introduction to the principles and rules of transnational civil procedure. *Faculty Scholarship Series*. 2345, 2001. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2345>. Acesso em: 13 jun. 2018.

Um ponto importante atenção é a previsão contida no princípio 14.2, segundo a qual mesmo que a condução do procedimento seja de responsabilidade da corte, esta deverá ser realizada em consulta com as partes⁵⁸. Percebe-se, portanto, a clara visão dos princípios de que não é possível desenhar o estilo e procedimento dos processos judiciais sem garantir às partes seus direitos e garantias individuais.

CPC/2015: INDO DE ENCONTRO OU AO ENCONTRO DOS PRINCÍPIOS ALI/UNIDROIT DO PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL – PTCP?

Em análise dos PTCP e do CPC/2015, observa-se que as garantias processuais previstas em ambos instrumentos são compatíveis entre si. Isso se observa pelo fato de que, por meio da constitucionalização do processo civil, a *lex fori* brasileira regula amplamente o acesso à justiça, a imparcialidade do juízo, a celeridade e efetividade processual, a fundamentação e motivação das decisões, da publicidade do processo e a própria eficiência da administração da justiça, como garantias processuais.

Algumas das previsões contidas nos PTCP, porém, não são observadas no Código de Processo Civil, seja porque há previsão em contrário na legislação nacional, seja porque ainda não foram alvo de regulamentação, quais sejam: do idioma dos documentos de citação do réu; da representação do réu por advogado estrangeiro; da impossibilidade de exigência de caução para concessão de medida

⁵⁸ “14. Court Responsibility for Direction of the Proceeding. 14.1 Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. Consideration should be given to the transnational character of the dispute. 14.2 To the extent reasonably practicable, the court should manage the proceeding in consultation with the parties. [...]” (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure, nota 22).

provisória em favor de parte não nacional ou não residente no país; da possibilidade de entrevista voluntária prévia à testemunhas. A seguir, passa-se à esmiuçamento destas.

Idioma dos documentos de citação do réu

No processo civil transnacional, o princípio n. 5 dos PTCP estabelece que, ao início de um procedimento, a citação/notificação dirigida às outras partes, que não o demandante, deve ser acompanhada de uma cópia da inicial, incluindo as alegações e a especificação do pedido do autor. A parte contra a qual é requerido o pedido deve ser informada do procedimento de resposta e da possibilidade de julgamento por revelia, em caso de ausência de resposta em tempo hábil.

Mais adiante, o princípio 5.2 especifica que, além da linguagem do foro competente, os documentos referentes à citação devem, também, estar acompanhados de tradução para o idioma do Estado de residência habitual do indivíduo ou principal local de negócios da pessoa jurídica, ou ainda no idioma dos principais documentos da transação⁵⁹.

O que se denota é que os PTCP parecem se preocupar com a efetiva comunicação do réu em relação a um processo transnacional em curso em outra jurisdição, sob outro idioma, vez que têm a preocupação de atrelar a linguagem de tradução à presumidamente daquela pessoa (física ou jurídica) a que se destina a citação ou notificação.

Em que pese não haver regra expressa no CPC/2015, em análise das demais legislações e regulamentações do sistema processual civil, observa-se que, no caso de processos internacionais com pedido de cumprimento de carta rogatória⁶⁰ a outra jurisdição, os documentos

⁵⁹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**, nota 22.

⁶⁰ Segundo o art. 237 do CPC/2015, será expedida carta rogatória “para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro”.

que acompanham a citação devem estar traduzidos para outro idioma, além do idioma do foro requerente.

Nesse sentido, na legislação brasileira, o regulamento do idioma dos documentos de citação do requerido está previsto em acordos internacionais sobre cooperação internacional. Como exemplo, no âmbito multilateral, a Convenção da Haia sobre obtenção de provas no estrangeiro⁶¹ em cujo artigo 4 se faz a previsão de que “a Carta Rogatória será redigida no idioma da autoridade requerida ou acompanhada de uma tradução para esse idioma”⁶². Muito embora também afirme, este instrumento, que os países partes de tal convenção deverão aceitar as Cartas Rogatórias em francês ou inglês, ou acompanhadas de tradução desses idiomas.

Na esfera das Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado - CIDIPs, o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana⁶³ determina que, em caso de cartas rogatórias cumpridas entre os Estados dela signatários⁶⁴, a petição com que se tiver iniciado o procedimento deve estar acompanhada de tradução no idioma do Estado requerido. O mesmo protocolo, porém, dispensa a tradução dos demais documentos que acompanham a inicial e da decisão que determinou a expedição da carta rogatória.

O Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile⁶⁵ também prevê a tradução da petição inicial, com a ressalva de que, segundo

⁶¹ Ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 9.039, de 27 de abril de 2017. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/452856911/decreto-9039-17>. Acesso em: 10 jun 2018.

⁶² *Ibidem id.*

⁶³ Ratificado pelo Brasil e promulgado por meio do Decreto n. 2.002/1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D2022.htm. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁶⁴ São Estados signatários: Argentina, Chile, Colômbia, El Salvador, Equador, EUA, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela.

⁶⁵ DECRETO Nº 6.891, DE 2 DE JULHO DE 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6891.htm. Acesso em: 10 jun. 2018.

seu art. 10o, também a decisão que determinou a expedição da carta rogatória deve ser traduzida para o idioma da autoridade requerida.

No que tange aos acordos bilaterais⁶⁶, o Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha⁶⁷ diferencia-se ao determinar que as cartas rogatórias e os documentos que as acompanhem sejam redigidos no apenas idioma do Estado requerente. Somente no caso de solicitação pelo Estado requerido é que deverá haver a tradução para o idioma deste.

Inexistindo acordo entre países, é a Portaria Interministerial n. 501, de 21 de março de 2012, o instrumento que orienta os juízos nacionais quanto aos requisitos comuns para a cooperação internacional. Segundo seu art. 8o, a portaria orienta que as cartas rogatórias devem ser acompanhadas original de sua tradução original ou juramentada, bem como dos documentos que a acompanhem, dentre eles, a petição inicial⁶⁸. Cumpre salientar, no entanto, que a referida portaria não determina o critério de escolha do idioma da tradução. É dizer, não estabelece qual o referencial para a tradução dos documentos, é dizer, se esta deverá ser realizada no idioma oficial da autoridade requerida, do local de residência habitual do réu, ou, ainda, do principal local do negócio, no caso de pessoa jurídica requerida.

Enquanto os PTCP preocupam-se em atrelar o idioma da tradução dos documentos à pessoa que será efetivamente citada, a legislação processual pátria parece fazê-lo em atenção à autoridade que cumprirá o pedido de carta rogatória. Isto é, ainda que, em determinadas

⁶⁶ Aqui podem ser citados também o Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana (Decreto nº 1.476, de 2 de Maio de 1995) e o Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa (Decreto nº 3.598, de 12 de setembro de 2000).

⁶⁷ DECRETO No 166 DE 3 DE JULHO DE 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0166.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁶⁸ Portaria Interministerial n. 501, de 21 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protacao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/portaria-interministerial-501>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

situações, o resultado prático seja o mesmo, a finalidade das normas deste foro, seja por acordos internacionais de que o Brasil é parte, seja pela portaria interministerial, é de formalização do ato da cooperação, mais do que propriamente uma garantia fundamental da parte.

Assim, percebe-se que o CPC/2015 não se preocupou com este detalhamento trazido nos PTCP, ficando a cargo da legislação adjacente, ainda que com outra finalidade, fazê-lo.

Representação do réu por advogado estrangeiro

Em relação ao direito de constituir e se fazer representar por advogado, corolário do direito à ampla defesa, os PTCP tiveram especial atenção. Na forma do princípio n. 4, *Right to Engage a Lawyer*, a parte deverá ter o direito de se fazer representar por advogado de sua escolha, inclusive mantendo o direito de ser representada em conjunto por advogado regularmente registrado para prática da profissão naquele foro e por um advogado regularmente registrado para prática da profissão em outro foro, enquanto assistente ativo⁶⁹.

O art. 103 do Código de Processo Civil nacional prevê que “a parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”. De início, a norma não parece constituir óbice à previsão n. 4.1 dos PTCP. A co-representação, ou, ao menos, assistência ativa de advogado estrangeiro, porém, encontra óbice na legislação nacional; mais especificamente, no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e no Provimento n. 91/2000 da mesma instituição.

⁶⁹ “4. Right to Engage a Lawyer. 4.1 A party has the right to engage a lawyer of the party’s choice, including both representation by a lawyer admitted to practice in the forum and active assistance before the court of a lawyer admitted to practice elsewhere. 4.2 The lawyer’s professional independence should be respected. A lawyer should be permitted to fulfill the duty of loyalty to a client and the responsibility to maintain client confidences.” INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure*, nota 22.

A Lei n. 8.906/1994, em seu art. 3o, prevê que “o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”. Ademais, ainda que o estrangeiro profissional em direito seja autorizado pela Ordem a prestar serviços advocatícios no Brasil, esta autorização é concedida apenas a título precário e enseja “exclusivamente a prática de consultoria no direito estrangeiro correspondente ao país ou estado de origem do profissional interessado”. O art. 1o do Provimento n. 91/2000 da OAB determina que, mesmo em concurso com advogado nacional, ao advogado estrangeiro é vedado o exercício procuratório judicial e a assessoria em direito brasileiro⁷⁰.

Diferente tratamento é o concedido aos advogados portugueses. Com amparo na Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses⁷¹, e no Provimento 128 de 2008 da OAB⁷², é permitido o exercício da advocacia aos nacionais portugueses desde que devidamente registrados e em situação regular perante a Ordem dos Advogados do Brasil⁷³.

Desta forma, o CPC/2015 e legislação complementar divergem dos PTCP no que tange ao direito de participação ativa de advogado

⁷⁰ O debate relativo à possibilidade do exercício de serviços advocatícios por não nacionais chegou a ser objeto de negociação no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), em particular, como matéria prevista no Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS). A liberalização dos serviços advocatícios transnacionais, entretanto, ainda carece de consenso entre os países membros da OMC. Paton, Paul D., *Legal Services and the GATS: Norms as Barriers to Trade* (September 1, 2003). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1262054> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1262054>. Acesso em 10 jun 2018.

⁷¹ Convenção ratificada em 12 de Abril de 1972, pelo Decreto n. 70.391. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70391.htm. Acesso em 10 jun 2018.

⁷² Provimento de 08 de dezembro de 2008, da Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2009/03/17/Provimento%20129.2008.pd>. Acesso em: 10 jun 2018.

⁷³ IMBROISI, Giulio C. Aspectos legais acerca da atuação das sociedades estrangeiras de advogados no Brasil - requisitos, habilitação, vedações e fiscalização. In: IMBROISI, Giulio Cesare; BORGES, Orlindo Francisco (Org.). **Advocacia Transnacional e o Novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Conselho Federal, 2016. p.33.

estrangeiro, em conjunto com advogado admitido para atuar no foro, nas causas de litígios transnacionais julgados pela jurisdição brasileira.

(Im)possibilidade de exigência de caução ou garantias para parte não nacional ou não residente

Outro ponto divergente relaciona-se ao princípio do direito ao tratamento processual igualitário às partes, sem discriminação entre nacionais e não nacionais, residentes e não residentes. O princípio n. 3.3 dos PTCP preleciona que um indivíduo não deve ser compelido a garantir custas ou garantir a responsabilização, no caso de requerimento de medida provisória, somente em razão de não ser nacional ou não residente do Estado do foro⁷⁴.

No mesmo sentido também dispõe o art. 14 da Convenção de Haia sobre acesso à justiça, promulgada pelo Brasil em 13 de novembro de 2014⁷⁵, e ratificada por mais 27 países. Assim, nos casos de processos transnacionais, com partes autoras ou intervenientes nacionais ou habitualmente residentes em qualquer Estado Contratante da Convenção, é vedada a exigência de caução, garantia ou depósito judicial “exclusivamente pelo fato de serem estrangeiras ou de não serem domiciliadas ou residentes no Estado onde o processo foi instaurado”⁷⁶.

De contramão, o art. 83 do CPC/2015 prevê que o autor, brasileiro ou estrangeiro, que não residir no país no momento do ajuizamento da

⁷⁴ “3. Procedural Equality of the Parties. [...] 3.3 A person should not be required to provide security for costs, or security for liability for pursuing provisional measures, solely because the person is not a national or resident of the forum state. 3.4 Whenever possible, venue rules should not impose an unreasonable burden of access to court on a person who is not a habitual resident of the forum”. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure**, nota 22. 75 Decreto n. 8.343, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8343.htm>. Acesso em: 10 jun 2018.

⁷⁶ HCCH. Convenção sobre o acesso internacional à justiça. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/fc5b5c87-1ad0-43c0-97b9-6f1264555f01.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ação, ou no curso desta, deverá prestar caução suficiente ao pagamento de custas e dos honorários de advogado da parte contrária, caso não tenha no Brasil imóveis que assegurem o pagamento. Essa exigência pode ser afastada quando houver dispensa em acordo ou tratado internacional de que o Brasil é parte⁷⁷, na execução fundada em título extrajudicial e no cumprimento de sentença e, por fim, na reconvenção.

De fato, o Código não parece fazer distinção entre nacionais e não nacionais para a exigência de garantia de custas e honorários de advogados. A distinção aqui percebida é entre residentes e não residentes do país do foro, o que, consoante os PTCP, também ensejaria violação ao tratamento processual das partes.

Entrevista voluntária prévia a testemunhas

Na tentativa de harmonizar o procedimento, os PTCP preveem que, para facilitar o acesso à informação, os advogados podem conduzir entrevistas voluntárias com testemunhas potenciais, que não sejam parte do processo⁷⁸. No sistema brasileiro não há a regulamentação do referido procedimento, assim como não há proibição para tanto, quer seja no CPC/2015 ou no Estatuto da OAB. Porém, a praxe do foro é a de pouco – ou ausência de – contato entre advogado e testemunha; isso, com o objetivo de transparecer lisura e não contaminação do testemunho.

O comentário P-16D que acompanha o princípio dos PTCP discorre que, em alguns sistemas, é comum que a comunicação com

⁷⁷ Neste caso, o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, citado anteriormente, em seu art. 4o, determina que “nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposta em razão da qualidade de nacional, cidadão ou residente permanente ou habitual de outro Estado Parte”.

⁷⁸ “16. Access to Information and Evidence, [...] 16.3 To facilitate access to information, a lawyer for a party may conduct a voluntary interview with a potential nonparty witness.” INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure*, nota 22.

a potencial testemunha seja interpretada como contaminação. De toda forma, segundo o comentário, esta compreensão pode impedir o acesso à evidência, o qual é permitido em outros sistemas e, por consequência, o procedimento pode prejudicar uma boa preparação da apresentação de provas.

Especialmente no direito brasileiro, a absorção deste procedimento poderia contribuir para a melhor seleção das testemunhas a serem chamadas em juízo, o que tornaria a fase de instrução mais apurada, uma vez que o art. 357 do CPC/2015, em seu parágrafo 6o, prevê a limitação do número de testemunhas em dez, sendo três a quantidade máxima para cada fato.

Eis, portanto, alguns pontos de divergência entre o CPC e os PTCP.

CONCLUSÕES

Conforme exposto, a harmonização dos princípios e da estrutura procedimental encontra a sua justificativa na necessidade de promoção de eficiência do exercício jurisdicional, a fim de permitir a maior acessibilidade à resolução de litígios transnacionais. No entanto, dada a complexidade e divergência dos sistemas processuais nacionais, por vezes, tal convergência esbarra na rigidez dos sistemas internos, colocando em xeque a funcionalidade da proposta de harmonização jurídica.

Os PTCP estão incorporados ao movimento de consagração das garantias e valores processuais como modelo de harmonização jurídica processual transacional, ao promoverem a consolidação de princípios gerais de garantias fundamentais das partes e da administração da justiça. O rol de princípios por eles previstos fortalece a inserção da promoção dos direitos fundamentais no escopo do direito processual.

Em última instância, os PTCP são um instrumento global, não apenas com a promoção do acesso à justiça, mas para a própria evolução substancial do direito processual. Um direito cada vez mais vinculado à busca pela resposta material ao conflito através da aplicação dos direitos fundamentais.

Em âmbito interno, a constitucionalização do direito processual, portanto, faz com que as garantias fundamentais atuem como elo de articulação das regras processuais. As normas processuais, por sua vez, passam a fazer parte do entorno da construção do direito fundamental do acesso à justiça.

De acordo com o estudo realizado, denota-se que o novo Código de Processo Civil, de 2015, encontra-se em consonância com o movimento de promoção e inserção de garantias processuais como direitos fundamentais. Isso pode ser observado a partir de suas três grandes marcas de inovação, quais sejam, da constitucionalização do processo civil brasileiro, da admissão do princípio da cooperação e flexibilização e da internacionalização do processo.

Neste sentido, em análise comparativa com as previsões normativas do Código nacional e previsões principiológicas dos PTCP, observa-se que um longo caminho foi percorrido, mormente no que tange ao reconhecimento da autonomia das partes para acordar sobre o próprio procedimento, provas e demais questões, por meio de negócios jurídicos processuais, além de poderem acordar o foro ao qual desejam submeter suas disputas, e pela instituição do contraditório em todas as fases do feito.

Os princípios, desta maneira, estão incorporados pelo CPC/2015, restando apenas certos ajustes no que tange ao detalhamento de sua execução, principalmente em respeito a regras relativas ao idioma dos documentos de citação do réu, à sua representação por advogado estrangeiro, à impossibilidade de exigência de caução para parte não

nacional ou não residente no país e à possibilidade de entrevista voluntária prévia a testemunhas.

Das divergências citadas, somente duas estão em total desacordo, qual seja, a de possibilitar a representação da parte por advogado estrangeiro, em concorrência com advogado brasileiro, e a de vedação à exigência de caução para parte não nacional ou não residente no país.

Em relação à primeira, entende-se que proibir a assessoria jurídica de advogado brasileiro, em concorrência, pode gerar à parte a violação de seu direito à ampla defesa, previsto no art. 5º, inc. LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e nos princípios n. 4 e 5 dos PTCP. Já no que tange à segunda, a exigência de caução, garantia ou depósito judicial meramente pelo fato de a parte não residir no Brasil e aqui não possuir bens, tal como preleciona o art. 83 do CPC/2015 constitui grave afronta aos princípios do tratamento processual igualitário, previsto no princípio 3 dos PTCP, e de acesso à justiça, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/88.

Portanto, vê-se que a abertura do processo civil brasileiro e sua internacionalização vai ao encontro das normas e princípios aceitos na comunidade internacional, as quais foram consolidadas pelos Princípios do Processo Civil Transnacional ALI/UNIDROIT.

O processo civil brasileiro iniciou a pavimentação de uma longa estrada rumo à regulamentação e harmonização do processo civil internacional. Os primeiros passos já foram dados. Agora, restam alguns ajustes na busca pelo aprimoramento e concretização do acesso à justiça transnacional.

REFERÊNCIAS

- AMERICAN LAW INSTITUTE. Transnational Civil Procedure. Disponível em: <<https://www.ali.org/publications/show/transnational-civil-procedure/>>. Acesso em: 12 mar. 2018.
- ANDREWS, Neil. Fundamental principles of civil procedure: order out of chaos. In: KRAMER, X. E.; van RHEE, C. H. (Eds.). Civil Litigation in a globalising world. Hague: Asser Press, 2012.
- BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 145-158.
- BARBOSA, Luiza Nogueira. O processo civil brasileiro como veículo de juridicização e concretização de normas globais (“global law”). 2017. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_11341_LUIZA20170829-114120.pdf>. Acesso em> 10 jun 2018.
- CADIET, Loic. The ALI–UNIDROIT project: from transnational principles to European rules of civil procedure Public Conference, opening session, 18 October 2013, *Uniform Law Review*, 2014, vol 19, 292-294.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luiz; CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. *Introducción al Derecho Internacional Privado*. Granada: Colmares, 1997.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Codici modello e giusto processo. Roma e America, *Rivista di Diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, v. 36, p. 322-328, 2015.

- ESPLUGUES MOTA, Carlos; BUHIGUES IGLESIAS, José Luis. Derecho Internacional Privado. Valencia: Tirant lo Blanco, 2013.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial. In: BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; MORENO, J. A. (Org.). ¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional? Thomson Reuters, 2010. p. 51-74.
- _____. The growing significance of set of principles to govern trans-boundary private relationship. In: _____. Eppur si muove: The Age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachin Bonell to celebrate his 70th birthday. Rome: Unidroit, 2016. p. 251-272.
- GÉLINAS, Fabien; CAMION, Clément. Efficiency and values in the constitution of civil procedure. International Journal of International Procedural Law, v. 4, p. 202-216, 2014.
- GIDI, Antônio. Notes on Criticim the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, Uniform Law Review, v. 1, p. 819, 2004.
- HAZARD, Geoffrey C. Jr.; TARUFFO, Michele; STURNER, Rolf; GIDI, Antonio. Introduction to the principles and rules of transnational civil procedure. Faculty Scholarship Series. 2345, 2001. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2345>. Acesso em: 13 jun. 2018.
- HILL, Flávia; PINHO, Humberto D.B. A nova fronteira do acesso à justiça: a jurisdição transnacional e os instrumentos de cooperação internacional no CPC/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 11, v. 18, n. 2, P. 261-296, 2017.
- IMBROISI, Giulio C. Aspectos legais acerca da atuação das sociedades estrangeiras de advogados no Brasil - requisitos, habilitação, vedações e fiscalização. In: IMBROISI, Giulio Cesare; BORGES,

- Orlindo Francisco (Org.). *Advocacia Transnacional e o Novo Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Conselho Federal, 2016.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. Statute: incorporating the amendment to Article 6(1) which entered into force on 26 March 1993. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/about-unidroit/institutional-documents/statute>>. Acesso em: 13 mar. 2018.
- _____. ALI/UNIDROIT Principles of transnational civil procedure. Disponível em: <[www. http://www.unidroit.org/transnational-civil-procedure-overview](http://www.unidroit.org/transnational-civil-procedure-overview)>. Acesso em: 10 jun 2018.
- _____. Study LXXVI principles of transnational civil procedure – preparatory work. 19 Nov. 2014. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/preparatory-work-tcp>>. Acesso em: 18 mar. 2018.
- KEMELMAJER, Aida C. Lineamentos generales de los principios y reglas comunes para los procesos transnacionales (ALI-UNIDROIT). De Citá, n.4, 2005.
- KRAMER, Xandra. The structure of civil proceedings and why it matters: exploratory observations on future ELI-UNIDROIT European rules of civil procedure. *Uniform Law Review*, v. 19, p. 218-238, 2014.
- LUPOI, Michele Angelo. *Conflitti Transnazionali di Giurisdizioni: Tomo I*. Milano: Giuffrè, 2002.
- MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve Diálogo entre os Negócios Jurídicos Processuais e a Arbitragem, *Revista de Processo*, vol. 237, 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; Marcellino, Helder Corrêa. Estado Constitucional Cooperativo e a Codificação do Direito Internacional Privado: apontamentos sobre o “Judgment Project”

- da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. *Revista Argumentum*, v. 18, p. 291-319, 2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Declaração americana dos direitos e deveres do homem. Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- _____. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 jun 2018.
- PERLINGEIRO, Ricardo. Código modelo de cooperação interjurisdicional para Ibero América. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 4, p. 5-16, 2009.
- PFEIFFER, Thomas. The ALI/UNIDROIT Project: Are Principles Sufficient, Without the Rules?, *Uniform Law Review*, v. 6, n. 4, 2001, p. 1015-1033.
- FRYDMAN, Benoit. A pragmatic approach to global law. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (Ed.). *Private international law and global governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p.181-201.
- RHEE, C.H. Harmonization of Civil Procedure: Historical and Comparative Perspective. In: VAN RHEE, C.H.; KRAMER, X.E. (Eds). *Civil Litigation in a Globalizing World*. The Hague: T.M.C. Asserr Press/Springer, 2012.
- STÜRNER, Rolf. The principles of transnational civil procedure. An introduction to their basic conceptions, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 69, 2005, 201-254.

TARUFFO, Michele. La genésis et la finalité des règles proposées para l'American Law Institut. In: FOUCHARD, Philippe. (Ed.) Vers um procès civil universel? Les règles transationales de procédure civile de l'American Law Institute. Paris: L.G.D.J., 2001.

TARUFFO, Michele. Note sulla dimensione transnazionale delle controversie civili. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 55, n. 4, p. 1055-1069, 2001.

ZANETI, Hermes. O novo processo civil brasileiro e a constituição. O modelo constitucional da justiça brasileira e o código de processo civil de 2015. Salvador: JusPodivum, 2016.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL E O DIREITO À BOA JURISDIÇÃO

Marco Antonio dos Santos Rodrigues¹

José Roberto Sotero de Mello Porto²

INTRODUÇÃO

Encontramo-nos na era do neoconstitucionalismo, num momento de atribuição de uma nova roupagem à dinâmica do Direito Processual, e não apenas pelo advento do código vigente – na realidade, o diploma é mais uma consequência da evolução científica do que sua semente. Nessa dinâmica, a jurisprudência, fonte mais do que nunca formal do Direito em certas situações, e os princípios processuais gozam de elevado prestígio e detida atenção por parte da doutrina.

Tal empolgação, contudo, não nos autoriza a uma irresponsável aplicação, seja dos precedentes, seja dos valores principiológicos. Cabe-nos, se verdadeiramente buscamos avançar no entendimento do processo à luz da Constituição, o estudo vertical dos novos protagonistas³.

¹ Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Processual (UERJ). Mestre em Direito Público (UERJ). Professor adjunto de Direito Processual Civil da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor de cursos de pós-graduação em Direito pelo Brasil. Membro da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Português de Processo Civil. Autor de livros e artigos jurídicos. Membro do Conselho Editorial de revistas jurídicas.

² Pós-graduado em Direito Privado (UCAM). Mestrando em Direito Processual (UERJ). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

³ “O direito processual civil deve atuar buscando atribuir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais, tanto aos referentes ao processo como aos protegidos por meio deste, e aos valores constitucionalmente assegurados. Os institutos do direito processual

Quanto aos julgados, a solução já foi dada repetidas vezes: há que se perquirir a *ratio decidendi* dos ditos precedentes judiciais⁴. Apenas verificando, a fundo, o que efetivamente foi decidido é que será possível garantir uma válida eficácia prospectiva⁵, vertical ou horizontal, ao *decisum* (o legislador foi prudente, nesse particular, ao restringir os espaços para dribles hermenêuticos do julgador, delineando o princípio da fundamentação das decisões no artigo 489, parágrafo 1º, do CPC/15).

Quanto aos princípios, o labor interpretativo deve ser maior. Caso contrário, dividir-se-iam as normas jurídicas em dois grupos: as regras, meras indicações, propostas, recomendações legislativas, e os princípios, estes sim capazes de resolver qualquer imbróglio com uma facilidade (isto é, superficialidade) sedutora. De modo a afastar o fantasma do panprincipiologismo, urge compreender e densificar o conteúdo desses mandados de otimização.

devem, então, ser analisados e interpretados com o objetivo de realização desses direitos e valores, protegendo, assim, o Estado Democrático de Direito consagrado pela Lei Maior.” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 123-124).

⁴ “No momento do julgamento, é necessário visualizar adequadamente a *ratio* dos precedentes anteriores. Isso por uma razão óbvia: se os juízes que estão com o caso nas mãos são obrigados em virtude da *ratio decidendi*, a simples invocação de um precedente não basta para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui *ratio decidendi*.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 177).

⁵ Tratando dos efeitos da tese fixada em um incidente de resolução de demandas repetitivas, leciona Rodolfo Mancuso: “Portanto, a eficácia da tese jurídica alcançada no julgamento do IRDR, além de projetar-se em dimensão horizontal e vertical, ainda se irradia em dupla perspectiva temporal: contemporaneamente, alcançando os processos individuais ou coletivos que estão em trâmite; prospectivamente, projetando-se em face dos processos que vierem a ser ajuizados. No tocante aos processos em trâmite, conforme anotado supra, no comentário ao item I do art. 985, a aplicação de tal paradigma reclama, ao nosso ver, prévia notícia às partes do processo que até então estava sobrestado, em atendimento ao contraditório (CPC/2015, arts. 7.º, 9.º caput e 10), de extração constitucional (art. 5.º, LV) o qual, na concepção atual, abrange o direito à não surpresa e ainda o de influenciar, em limites razoáveis, o deslinde do processo.” (*Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 276)

Como princípio da eficiência, não pode ser diferente⁶. Atualmente, positivado em todos os níveis (constitucional, convencional e legal), amolda-se como norma cujos efeitos e limites devem ser abstratamente desenhados, de modo que, quando diante do caso concreto, possa vir a ter uma função condizente com o prestígio assegurado pelo legislador. Passemos ao seu estudo.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA JURÍDICA: ORIGEM E CONCEITO

Origem: da Administração ao Direito Administrativo

O conceito de eficiência não é, por óbvio, primordialmente jurídico. Na realidade, o Direito importou-o, garantindo-lhe, em seguida, roupagem própria, mas nunca independente do que as demais ciências primeiramente estatuíram.

Sem fugir dos limites deste breve trabalho, pode-se afirmar que o diálogo interdisciplinar com a Administração é o precursor. Naquela área de conhecimento, tem-se que *eficiência* é “fazer certo as coisas”, uma definição voltada para os meios, ao passo que *eficácia* diria respeito ao “fazer as coisas certas”, colocando a análise sobre os resultados⁷.

Imediatamente, pode-se concluir que a eficiência é uma análise de *como* são desempenhadas tarefas, o que evidentemente perpassa pela verificação das matérias empregadas (inícios) e dos resultados

⁶ A importância do princípio vem assim enunciada por José Roberto dos Santos Bedaque: “A grande preocupação da ciência processual contemporânea está relacionada, portanto, à eficiência da Justiça, que se traduz na busca de mecanismos para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Na medida em que cabe ao direito processual a sistematização do método estatal de solução de controvérsias, devem os estudiosos dessa ciência voltar sua atenção para a criação de meios aptos à obtenção do resultado desejado” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 15)

⁷ Tais conceitos são de Peter Drucker, retirados de STONER, James; FREEMAN, Edward. *Administração*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1985, p. 5.

atingidos (fins). Essa concepção não pode mudar de uma ciência para outra, sendo perfeitamente aplicável ao meio jurídico, como se verá mais adiante.

Outra influência possível é da Economia⁸, onde a eficiência recebeu subdefinições, dividindo-se em eficiência produtiva (emprego dos recursos com a maior produtividade possível, sem desperdícios ociosos), alocativa (na determinação da destinação dos recursos, o que se aproxima da noção de “escolhas trágicas”), e econômica (consistente na melhora da condição de alguém sem piorar a de outrem)⁹.

Ainda que sem qualquer determinação legal expressa, essas concepções já influiriam no âmbito do Direito, na medida em que o administrador público lança mão, em seu *munus*, da atividade administrativa e da economia. Ou seja, o Poder Público está sempre revestido de uma margem discricionária na qual a eficiência será decisiva: que remédio comprar, onde construir um aeroporto etc.

Dentro dessa perspectiva de sindicabilidade do mérito administrativo¹⁰, também os julgadores necessitam de uma formação

⁸ “Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica amenizar os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/1998, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.” (SILVA, José Affonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 655).

⁹ Para verticalizar o tema, recomenda-se: RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 26-29.

¹⁰ Quanto ao controle judicial da eficiência da atuação administrativa, existem posições para os dois lados: Dalton Morais é contrário (Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, v. 837, jul. 2005), enquanto Eduardo Azeredo é favorável, desde que haja efetivamente uma resposta que se afigure melhor, o que consagra a tese da única resposta, evitando-se tanto a discricionariedade absoluta como a ingerência excessiva (*Op. cit.*, p. 157-158).

multidisciplinar. Tal conclusão leva à concepção da *law and economics*, na pauta do dia.

A passagem direta da eficiência para o meio jurídico, entretanto, deu-se com a evolução do Estado burocrático¹¹ para o Estado gerencial. Deixa-se de lado, por exemplo, a postura de permanente fiscalização da atuação de cada agente público para se adotar a verificação dos objetivos e finalidade, *a posteriori* (*accountability*).

Com efeito, no Estado Social¹², a palavra de ordem era *efetividade* (concretização dos direitos fundamentais, mormente), mas no Estado gerencial o foco é na *eficiência*¹³. É o constatar da impossibilidade de realizar todas as promessas constitucionais sem uma administração sóbria e calculada.

Nesse movimento, o Ministério da Administração e da Reforma do Estado (MARE) propôs um Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em setembro de 1995, o que culminou na promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98, que inseriu, expressamente,

¹¹ Interessante perceber, com Norberto Bobbio, que o Estado Democrático não é, necessariamente, oposto ao Estado Burocrático: “Estado Democrático e Estado Burocrático estão historicamente muito mais ligados um ao outro do que sua contraposição pode fazer pensar” (*A era dos direitos*. 19. reimp. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24). Trata-se de adjetivações voltadas a aspectos díspares: pode haver democracia burocrática, lenta e ineficiente.

¹² Também não seria acertada a conclusão de que o Estado Liberal seria mais eficiente que o Social. O vínculo não é imediato: é possível imaginar um aparato estatal grande e eficiente, bem como um outro enxuto e burocrático. Para aprofundamentos, ver: KOSSMANN, Edson Luís. *A constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015, p. 82-84.

¹³ “A reforma da gestão pública se inspirou nas estratégias de gestão das empresas privadas, buscando tornar os administradores públicos mais autônomos e responsáveis, e as agências executoras dos serviços sociais mais descentralizadas. A palavra de ordem “efetividade”, que no Estado Social norteava a administração burocrática, cedeu lugar à “eficiência”, mote da administração gerencial. É claro que a centralidade da “eficiência” repercutirá, não só no modo como o Estado administra a oferta dos serviços. Novamente, será possível perceber uma alteração substancial no sentido de direito subjetivo, nos padrões de aferição de aceitabilidade/razionalidade das decisões e no próprio sentido da locução “acesso à Justiça”.” (NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. *Revista de Processo*, v. 217, mar. 2013, p. 87)

o princípio da eficiência no artigo 37 da Constituição da República, visando à melhor prestação de serviços à sociedade¹⁴.

A previsão explícita não agradou, entretanto, a todos os autores, existindo respeitáveis vozes, em especial dentro do Direito Administrativo, que enxergam no acréscimo mero esforço retórico¹⁵, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ e Lúcia Valle Figueiredo¹⁷.

¹⁴“Na exposição de motivos (EM 49/95) que acompanhou a Proposta de Emenda Constitucional da reforma administrativa, lê-se: ‘Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte: incorporar a dimensão da eficiência na Administração Pública: o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte’. Percebe-se aí que a intenção declarada do Governo Federal, ao conceber dito princípio da eficiência, é o de oferecer mais serviços aos cidadãos, mercê da otimização dos recursos disponíveis por parte dos agentes administrativos. Então, para permitir a viabilização desse projeto, o qual planeja melhor uso dos meios para melhores resultados finais, não se poderá distinguir eficiência de eficácia, para cobrar da Administração somente aquela primeira qualidade, sob pena de se amputar uma das ‘pernas’ do programa governamental de reforma administrativa. Esta caminha na direção de buscar o aperfeiçoamento da Administração Pública em ambos os quesitos: procedimentos e resultados.” (FILHO, Costódio Ubirajara. A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 27, abr./jun. 1999, p. 212)

¹⁵“Essa mesma crítica é feita por parte da doutrina espanhola. No Direito espanhol, também se prevê critérios de atuação da Administração Pública, aí se incluindo o da eficácia, segundo o qual o Poder Público há de ser eficaz na sua atuação. Para Francisco Fernandez Segado, não se depreende qualquer consequência prática desse critério de atuação. É manifesta, para ele, a dificuldade de concreção jurídica desse critério, que, em última análise, depende das atuações concretas que produzam e dos meios de que dispõe a Administração Pública para o cumprimento de seus fins.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 233, jul. 2014, p. 69)

¹⁶“Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto.” (*Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 92).

¹⁷“É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência administrativa para seus cometimentos.” (*Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60).

Conceito, distinções e natureza jurídica

Um primeiro parâmetro conceitual é dado pela interpretação histórica da referida emenda. Em sua proposta original (PEC 173/95) constava “qualidade do serviço prestado”, e não o princípio da eficiência – que, sem dúvidas, abarca uma noção mais ampla.

Tem-se, então, uma possibilidade de definição, atribuindo-se à eficiência a noção de *qualidade* do serviço. Não é, porém, a noção completa e definitiva.

Em um conceito minimamente suficiente, temos que a *eficiência* é a capacidade de se obter o máximo de produtividade em uma atividade, utilizando-se do mínimo esforço (aí incluídos os recursos em geral) possível¹⁸. Para tanto, são elementos fundamentais: (i) a maior produtividade possível (maior rendimento - *outputs*) e (iii) a máxima minimização do desperdício (*inputs*). Grossíssimo modo, chega-se à concepção do atendimento ótimo da relação *custo-benefício*.

Outra forma de esquematizar o conceito é ter que a eficiência *lato sensu* é a conjunção da eficácia com a eficiência *stricto sensu*.

Por *eficácia*, entende-se a capacidade de gerar efeitos, dar resultado¹⁹. Já a *eficiência em sentido estrito* é a melhor maneira de se fazer as coisas para que se otimize o resultado pretendido – consubstanciado

¹⁸ Retornando à Administração, Chiavenato demonstra definição nessa linha: “A eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos de trabalho), a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas etc.) sejam aplicados de forma mais racional possível. A eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos mais indicados, que precisam ser planejados a fim de assegurar a otimização dos recursos disponíveis”. (*Introdução à Teoria da Administração*, 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 67).

¹⁹ “O mesmo ocorre com o termo ‘eficiência’. Em sentido comum, é sinônimo de eficácia, qualidade de algo que produz bons resultados, que funciona de acordo com o padrão esperado ou aceitável, pelo menos. Em sentido científico, recebe outro significado, deixando de ser tomado como sinônimo de ‘eficácia’.” (FILHO, Costódio Ubirajara. *Op. cit.*, p, 210)

na fórmula²⁰ produtividade + economicidade + qualidade + celeridade + presteza + desburocratização²¹ + flexibilidade.

É crucial atentar que o aspecto do custo nem sempre merece interpretação objetiva e fria: não se trata de mero barateamento²², mas de razoável e justificável economia, com um menor dispêndio financeiro. Marçal Justen Filho é didático ao lecionar que não se subordina simplesmente a atividade administrativa (eficiência administrativa) à limitação econômica (eficiência econômica), pois, ao contrário das atividades privadas, uma preferência meramente financeira (“egoísta”, nesse sentido) não é autorizada para o administrador público²³.

Desse modo, a eficiência, amplamente considerada, engloba uma concepção (i) quantitativa (a redução de gastos), sem desprezar o (ii) aspecto qualitativo (manutenção de um padrão de serviço público esperado pela população). Ademais, a prestação deve tender para a (iii) universalidade, não estando satisfeita a exigência com uma atuação setorializada, por melhor e mais econômica que seja²⁴.

²⁰ Os vetores apontados se encontram em RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *Op. cit.*, p. 91-106. Por *produtividade*, tem-se o real aumento da produção; por *economicidade*, a redução dos custos dos meios; por *qualidade*, a noção de um serviço efetivamente bom, objetivamente; por *celeridade e presteza*, a otimização da relação tempo-custo-benefício; por *desburocratização e flexibilização*, o afastamento das estruturas-meios para o foco nos resultados.

²¹ “Em Portugal, prevê-se o princípio da desburocratização, que se relaciona com o princípio da prossecução do interesse público e com o princípio do respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares, de maneira que a desburocratização significa eficiência das decisões administrativas. O imperativo de desburocratização incide sobre a estrutura administrativa e sobre o procedimento administrativo. Com efeito, a desburocratização apresenta-se como uma contraíndicação a estruturas desnecessariamente complexas, com recomendação para que se afastem duplicações de atribuições ou competências, distanciamento excessivo entre as entidades administrativas e os particulares, sendo certo, ainda, que a desburocratização opõe-se a procedimentos administrativos demasiadamente longos, lentos e formais, não vocacionados, portanto, a adoção de decisões eficientes.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p. 69)

²² “A economicidade diz respeito à otimização de despesas, e não à minimização de custos; com ela aspira-se à majoração dos benefícios, da utilização, e não ao singelo ‘barateamento’” (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 224).

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85

²⁴ KOSSMANN, Edson Luís. *Op. cit.*, p. 85.

Em outro giro, a *efetividade* significa concretizar direitos, trazê-los ao mundo dos fatos – tornar o resultado verdadeiro, palpável²⁵.

Perfeitamente possível, conquanto não recomendável, que uma atividade seja eficaz, mas ineficiente (atingindo o objetivo de maneira débil, excessivamente custosa ou sem a qualidade esperada). O contrário se afigura inverossímil: uma escolha eficiente (com excelente custo-benefício) sempre demandará a produção de efeitos (eficácia) – afinal de contas, a produtividade é um dos vetores da eficiência.

Por fim, interessa indagar se a eficiência é um direito fundamental e/ou princípio.

Entendemos que, uma vez insculpido o dever de eficiência na Constituição Federal, no *caput* do artigo 37, a resposta é positiva para ambas as indagações. Primeiro, porque a Carta Magna é, antes de mais nada, uma garantia dos cidadãos contra atuações abusivas do Poder Público (*status* negativo do direito fundamental), mas também gera o direito público subjetivo à sua prossecução (*status* positivo).

Como todo direito fundamental, aliás, encontra-se intimamente ligado a outros valores, permitindo a composição de uma Administração Pública dotada de transparência, isonomia, dialética e probidade²⁶. A conjugação de tais competências, inseridas no processo de transmutação da centralidade da eficácia para a eficiência, faz surgir o

²⁵ “A eficiência não se confunde com a eficácia, nem com a efetividade. Numa noção mais elementar, eficácia consiste na aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Já a efetividade, para Natalino Irti, é suscetível do desenvolvimento histórico, constituindo o atributo empírico das normas jurídicas. [...] Por sua vez, a eficiência, como já registrado, mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados. Quanto maior o rendimento de produção mais eficiente será a atividade desenvolvida. A eficiência relaciona-se com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, dizendo respeito aos meios empregados para tanto. Haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço ou dispêndio, com o resultado possível. A eficácia é, então, uma noção lógico-normativa, enquanto a efetividade constitui uma noção empírico-normativa, sendo a eficiência uma noção finalístico-normativa.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p. 66-67).

²⁶ FREITAS, Juarez. *Discrecionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

direito fundamental à boa administração, integrando o patrimônio jurídico de cada cidadão individualmente considerado e de toda a coletividade²⁷.

Ademais, a eficiência reveste-se da roupagem de princípio, por orientar a atuação do administrador. Não se ignora sua função de postulado²⁸ e mesmo de regra, pontualmente. Contudo, goza de inegável caráter principiológico²⁹, dirigido originariamente à Administração Pública, em todos os planos: desde o agente individualmente considerado até a comunhão de todos os entes políticos³⁰.

Funções: orientação e interpretação

Constatado o caráter normativo do princípio da eficiência, é possível delinear ao menos duas precisas funções. A primeira

²⁷ Pode-se traçar um paralelo com a doutrina portuguesa, para a qual o direito à boa administração engloba as noções de eficiência e de congruência (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 928), bem como com a normativa convencional, especialmente a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo artigo 41 estatui: “Artigo 41.º Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas Instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: – o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; – o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; – a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões”.

²⁸ É a posição de Humberto Ávila (Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 4, 2005, p. 24). Já Eduardo Azeredo consegue enxergar a aplicação da eficiência tanto como *regra* (compreendida como uma proibição do desaproveitamento, uma vedação genérica ao desperdício), quanto como *postulado* (instrumentalizando parâmetros de correlação entre meios e fins), bem como *princípio*, oriundo do dever constitucional de maximizar a prossecução do bem comum (*Op. cit.*, capítulos 4-6).

²⁹ Entre os processualistas, é a visão de Fredie Didier Jr. (Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (orgs.) *Novas tendências do Processo Civil*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 432).

³⁰ É a noção de *coordenação e articulação* mencionada por Batista Júnior (*Op. cit.*, p. 128), em quatro graus: individual (o agente público); no órgão ou unidade administrativa; na conjugação de diversos órgãos na mesma pessoa política; e, por fim, na eficiência global da Administração em todos os níveis.

consiste na *orientação* do administrador, que deve primar pela maior produtividade com o mínimo dispêndio, como apreciado *supra*.

Soma-se a essa, então, outra importante atuação: a eficiência servirá de norte *interpretativo*, no Estado Gerencial de Direito estatuído. Passa a ser impossível ler uma norma de direito administrativo sem um olhar eficiente, e cada obrigação de atuar voltada ao agente público merece uma leitura de modo a fazer mais com menos³¹.

Do mesmo modo, uma interpretação legal que não permita o atendimento material dos objetivos deverá ser deixada de lado³². Nessa linha, Alexandre dos Santos Aragão aponta que o binômio interpretativo *hipótese de incidência-sanção* perde centralidade ante o sistema *finalidades-meios de alcance*, afastando-se do mero caráter declaratório da atividade de interpretação³³.

³¹ “Assim, se antes a eficiência era qualidade desejável à atividade administrativa, após a sua fixação como princípio constitucional expresso pela EC 19/98, e, portanto, como norma constitucional dotada das características de imperatividade, coercibilidade e precedência, passa a ser oponível ao administrador público a sua observância, tanto em relação ao trato com a coletividade, para quem os serviços públicos são prestados, como nas atividades organizacionais internas da própria Administração Pública brasileira.

Ademais, a eficiência administrativa passa a ser vetor de interpretação de todas as demais normas de direito administrativo vigentes em nosso ordenamento jurídico, pois essa é uma das funções primordiais dos princípios de direito, ante sua impregnação por valores socialmente reconhecidos como mais importantes em determinado tempo e lugar.” (MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, v. 837, jul. 2005, p. 91)

³² “O direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos não pode ser considerada a interpretação mais correta. Note-se que estas mudanças metodológicas evidenciam a queda do mito da interpretação como atividade meramente declaratória do que já estava na lei, da única interpretação possível, já que os resultados práticos desta ou daquela forma de aplicação da norma terão relevante papel na determinação de qual, entre as diversas interpretações plausíveis existentes, deverá ser adotada, opção que, posteriormente, pode inclusive vir a ser alterada diante da comprovada mudança dos dados da realidade, que devam ser acompanhados de uma nova estratégia regulatória.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Eficiência. *Revista dos Tribunais*, v. 830, dez. 2004, p. 709).

³³ “O modelo das normas jurídicas ‘hipótese de incidência sanção’ continua a existir, mas não é mais o único nem o mais importante, a ele tendo se somado o das normas jurídicas

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

Fundamentos constitucionais e legais

Verificado um breve panorama do princípio da eficiência, gerado no seio do direito administrativo, podemos avançar para a compreensão de sua implicação no direito processual – onde igualmente pode ser entendido como o máximo atingimento das finalidades (qualitativa e quantitativamente) com o menor esforço.

Inicialmente, é crucial notar que o princípio da eficiência (em seu aspecto) processual está positivado em todos os níveis. Da Constituição Federal, pode ser extraído inicialmente do artigo 37, a exemplo da eficiência administrativa, na medida em que a norma se dirige a todos os poderes estatais. Isso fica ainda mais claro nas atividades administrativas dos tribunais.

No plano processual, a exigência de um processo eficiente se extrai, ainda, do *devido processo legal*³⁴, vez que “é difícil conceber como devido um processo ineficiente”³⁵. Tal garantia funciona como

estruturadas pelo esquema ‘finalidades meios de alcance destas finalidades’. [...] Não se trata de descumprir a lei, mas apenas de, no processo de sua aplicação, prestigiar os seus objetivos maiores em relação à observância pura e simples de suas regras, cuja aplicação pode, em alguns casos concretos, se revelar antitética àqueles. Há uma espécie de hierarquia imprópria entre as meras regras contidas nas leis e os seus objetivos, de forma que a aplicação daquelas só se legitima enquanto constituir meio adequado à realização destes.” (*Op. cit.*, p. 711)

³⁴ O devido processo legal conduz a um processo adequado e eficiente. Não basta o processo ser eficaz e efetivo. É preciso também ser eficiente. Imagine que o juiz conceda uma tutela antecipada para impor o cumprimento de uma obrigação de fazer personalíssima. Embora a norma seja eficaz (pois prevê a possibilidade de tutela antecipada que foi realmente concedida pelo juiz) e efetiva (pois veio a ser cumprida a medida imposta), este seu cumprimento deu-se depois de muito tempo, sendo ineficiente, porquanto o juiz determinou uma medida coercitiva inadequada ou inútil, não sendo criativo na aplicação do disposto no § 5º do art. 461 do CPC. O meio executivo deve promover a execução de modo satisfatório. O princípio da eficiência está relacionado com a gestão do processo e com o princípio da adequação. O juiz, para livrar-se da rigidez procedimental e para ajustar o processo às particularidades do caso, deve adaptar o procedimento, mas deve fazê-lo de modo eficiente.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p. 72).

³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 431.

uma autêntica cláusula geral processual, ostentando o caráter de sobreprincípio, ao albergar diversas implicações para que a marcha processual atenda os moldes constitucionais.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a eficiência passou a constar expressamente nas normas fundamentais do processo civil, em seu artigo 8^o³⁶. O referido dispositivo manda que o julgador-condutor observe a eficiência *ao aplicar o ordenamento jurídico*.

Por aplicação do ordenamento, cremos que o legislador entendeu duas atividades. A primeira, de *julgar* propriamente, encerrando a lide substantiva, buscando que a resposta jurisdicional seja a mais produtiva possível, com o menor prejuízo para a parte sucumbente. A segunda, de *conduzir* o processo, construindo a comunidade cooperativa entre todos os atores processuais, realizando os atos eficazes e se privando da prática de outros, que somente tornariam mais custosa (em sentido amplo) a marcha procedimental, consagrando uma perspectiva instrumental do processo civil³⁷.

³⁶ “Art. 8º 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”.

³⁷ É, também, a conclusão de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ao comentar o dispositivo em estudo: “O processo não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio, um instrumento para permitir a justa composição do litígio, ou seja, a resolução da questão de direito material objeto do conflito, visando a alcançar o seu escopo social e jurídico de pacificar com justiça. Assim, não basta que os procedimentos judiciais tenham como finalidade exclusiva o alcance da justiça material; a forma e o meio utilizado para tanto também são essenciais. O procedimento deve ser idôneo e observar o devido processo legal, o qual compreende a igualdade das partes, o efetivo contraditório, a motivação das decisões, a efetividade, a publicidade, o respeito à dignidade da pessoa humana, entre outros. Como afirmar que uma decisão judicial possa ter resolvido de forma justa um conflito, se foi proferida sem que uma das partes pudesse apresentar suas provas ou seus argumentos; se uma parte foi favorecida com prazos maiores do que a outra, sem qualquer justificativa que autorizasse tal medida; se o juiz deixou de motivar a sua sentença; se não há como torná-la efetiva. Esses e outros questionamentos só podem ser respondidos quando há o devido respeito às garantias processuais fundamentais.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentário ao art. 8º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Versão eletrônica).

Uma análise mais detida, porém, permite-nos enxergar a eficiência em um par de outros dispositivos iniciais da novel codificação.

Um exemplo está no estímulo às soluções consensuais do conflito (artigo 3º, §§2º e 4º), as quais, seja no campo processual, seja na seara extraprocessual, abreviam seu trâmite, atingindo a mesma pacificação social pretendida. Ora, se o objetivo final da jurisdição é atendido, com igual ou até superior³⁸ qualidade (leia-se: satisfação das partes), com esforço muitíssimo menor (por vezes, sem qualquer participação estatal) não há como se negar que estamos diante de uma límpida demonstração de eficiência³⁹.

Também a *duração razoável do processo*, mencionada nos artigos 4º e 6º, dialoga proximamente com o princípio em voga. Afinal, como dito acima, a celeridade é um dos fatores componentes da eficiência em sentido estrito: de pouco adianta a resolução do feito de maneira tardia e lenta. O comprometimento do trinômio tempo-custo-benefício reduz de forma notável o aproveitamento do processo, aumentando os indesejáveis gastos, em sentido amplo (desgastes financeiros e emocionais).

Na verdade, a duração razoável está relacionada ao *Cronos* intraprocessual, ao passo que a eficiência transborda os limites dos

³⁸ Nota Cappelletti que a solução consensual pode ser a via exemplar para desfazer o imbróglio, “quando esta possa revelar-se, também no plano qualitativo, não já um second best, mas também melhor do que a Justiça ordinária contenciosa”. (CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*. n. 61, 1991).

³⁹ “Nesta perspectiva, poderíamos identificar entre os argumentos pró-MARC’s uma defesa da redução do papel do Estado na resolução de conflitos. Este discurso ganhou força com a crise do modelo de welfare state e ressurgimento do liberalismo econômico como ideologia hegemônica do capitalismo globalizado. Sendo assim, a sobrecarga de trabalho dos tribunais e a consequente morosidade da prestação jurisdicional justificariam os meios alternativos como medida garantidora de maior eficiência estatal, já que não seria economicamente viável maiores investimentos no aparelho judicial, e consequente ‘necessidade real de remédios acessíveis e efetivos para pequenas causas, sem grandes (e altamente improváveis) subsídios estatais” (MEIRELLES, Delton R. S.. Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 1. out./dez. 2007. Versão eletrônica).

autos e da atuação do magistrado, merecendo análise detida à luz do Poder Judiciário como um todo⁴⁰.

O *princípio da cooperação*⁴¹ está igualmente ao lado da eficiência. O estado cooperativo inaugurado no sistema processual não admite posturas beligerantes e improdutivas: o processo não é um campo de batalha. Daí que, quando (e se) a cultura jurídica pátria o colocar em prática, estarão reduzidos, mais uma vez, os custos econômicos, cronológicos e sociais inerentes à relação processual.

Os possíveis *links* são infinitos, porque, em última análise, grande parte dos princípios e direitos fundamentais processuais se

⁴⁰ “O art. 8.º também previu norma fundamental que impõe grande mudança de postura não só pelo julgador, mas pelo próprio Poder Judiciário como um todo. Trata-se da eficiência, que não se confunde com a duração razoável do processo. Enquanto esta se encontra ligada ao tempo do processo, a eficiência se refere à adequada gestão processual e do Poder Judiciário enquanto Poder, buscando-se o desenvolvimento de um processo que produza resultados qualitativamente bons com o mínimo de dispêndio de tempo, dinheiro e energias. A eficiência impõe a necessidade de que o juiz adote adequada gestão dos processos em que atua, buscando soluções que adaptem o procedimento às necessidades concretas do conflito de interesses, o que dará a melhor performance possível ao processo em curso. Ademais, a eficiência determina ao Poder Judiciário que adote medidas de gestão, enquanto estrutura de Poder estatal, para maximizar a obtenção da prestação jurisdicional nos processos, bem como que extraia de todos os agentes que compõem seus quadros seus melhores potenciais.” (CÂMARA, Alexandre Freitas; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A reunião de execuções fiscais e o NCP: por uma filtragem à luz das normas fundamentais. *Revista de Processo*. v. 263, ano 42, p. 114-115).

⁴¹ “Enquanto isso, a cada dia que passa, nos deparamos, na rotina forense, com as novidades oriundas do CPC/2015. Sejam elas privatistas ou publicistas, importa notar que algumas inovações inauguram, no Direito Processual como um todo (isto é, também na visão do juiz criminal), uma etapa mais avançada do que aquela em que nos encontrávamos ainda sob a égide do código de 1973. Dentre esses pontos de maior relevo está, sem sombra de dúvida, a noção cooperativa do processo. Não foi à toa, portanto, que o legislador quis, logo na proa da nova lei, elencar princípios básicos para o correto desenrolar da relação entre as partes do feito, e, ainda mais, entre elas e o julgador. O artigo 6º, com destaque, é didático ao afirmar que ‘todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva’, instituindo, de maneira agora expressa, o princípio da cooperação. O processo pós-moderno, dessa forma, ‘representa o mini locus para a sempre inacabada construção cotidiana da democracia substancial’. Busca-se, em cada relação processual, uma adequada resposta estatal, o que significa uma prestação jurisdicional moldada às partes, dentro de certos limites mínimos.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73, ago./set. 2016, p. 28-29).

encontram relacionados ao princípio da eficiência, já que este busca a maior produtividade e a maior qualidade (portanto, com o máximo respeito a tais garantias basilares).

Nesse rol, inclui-se, a título de exemplo, o contraditório participativo, que, salvo em exceções legais taxativas, não pode ser afastado pelo magistrado, consistindo em um dos vários freios à redução dos custos. O equilíbrio da relação custo-benefício, portanto, em regra demandará um juízo discricionário de proporcionalidade e razoabilidade, podendo este, no entanto, ser mitigado por opção normativa.

Reflexos no Direito Processual

A doutrina processualista⁴², digerindo o comando da eficiência, prosseguiu em sua estruturação, em duas frentes: (i) na administração judiciária, manifestação de direito administrativo no bojo do Poder Judiciário (portanto, fora do mérito da relação jurídica processual); e (ii) nos processos judiciais (quanto aos atos processuais propriamente ditos).

Embora o maior interesse recaia sobre o segundo reflexo, também naquele acreditamos ser possível traçar propostas de melhorias. Com o advento do Conselho Nacional de Justiça, passou a existir um instrumento concreto para a otimização dos serviços

⁴² A dualidade foi apontada por Fredie Didier Jr (*Op. cit.*) e por Leonardo Carneiro da Cunha (*Op. cit.*).

judiciários⁴³. Concretizando esse papel⁴⁴, pode-se apontar as metas elaboradas periodicamente - em que pese a vera preocupação com uma compreensão deturpada da eficiência, restringida à celeridade e a uma falsa produtividade, tão somente numérica, independente da correspondente qualidade das decisões.

Nessa esteira, é procedente a crítica a respeito das técnicas que olham apenas para as estatísticas, para o atacado, esquecendo-se dos problemas que permanecem, no varejo⁴⁵. De fato, a reforma do Judiciário não resolveu suas deficiências⁴⁶, que pressupõem um desenvolvimento

⁴³ Dentre as atribuições do CNJ voltadas à apuração da eficiência administrativas, destacamos as seguintes, na Constituição Federal: “Art. 103-B § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...]”

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; [...]

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.”

⁴⁴ Outro exemplo interessante foi a determinação de se criar um Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER) em cada tribunal, pela Resolução 160, de 19/10/2012.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 12.

⁴⁶ “A chamada crise do Judiciário, consubstanciada na defasagem entre as expectativas sociais e o que efetivamente se consegue realizar em termos de prestação jurisdicional, deflagra severas críticas e manifestações para que aquele Poder abandone o imobilismo e hermetismo corporativo, redescubra sua missão pública e repense sua forma de atuação na sociedade. Afinal, se o titular do poder é o povo e o Estado organizado é mero gestor da coisa pública, a finalidade de obter o bem-estar social a que aquele ente se destina deve ser efetivamente cumprida, sob pena de esvaziar-se a própria razão de ser do Estado. [...] A EC 45/2004, que instituiu a chamada Reforma do Poder Judiciário, ao contrário do alardeado, não trouxe em si solução para o crônico problema da ineficiência da máquina judiciária, inegavelmente abalada pela demanda de ações que é dirigida àquele Poder, notadamente em razão de seu papel de servir de canal

sério em diversas frentes⁴⁷. Essa multidisciplinaridade é demandada pelos próprios magistrados, que exercem autêntica atividade de administradores de seus juízos, especialmente os cartórios.

Uma proposta para o aumento da produtividade perpassa pelo estímulo dos servidores públicos que atuam em funções administrativas do Judiciário. É de se estudar alguma espécie de gratificação pelo trabalho, assemelhando o atuar ao de uma sociedade privada. O realismo recomenda que se mexa no bolso, em um raciocínio inverso com o operado muitas vezes para garantir a efetividade dos direitos, conferindo-lhes executoriedade no plano dos fatos com a imposição de multas diárias.

A segunda aplicabilidade do princípio em estudo se refere aos atos processuais, internos ao desenrolar do processo. Deverá, como já visto, o juiz se orientar e interpretar à luz da eficiência todos os passos e fases, buscando a maneira mais produtiva de se atingir o objetivo, sem abrir mão da técnica⁴⁸.

Alerta Michele Taruffo que a eficiência processual possui um viés *quantitativo* e um *qualitativo*⁴⁹. No Brasil, comumente nos preocupamos

de expressão para grupos que demandem a promoção dos objetivos comuns expressos pelos direitos fundamentais.” (PICORELLI, Fernanda Estevão. A justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade. *Revista de Processo*. v. 241, mar. 2015, p. 439. p. 441).

⁴⁷ “Quanto maior a quantidade de recursos (pessoas, dinheiro, bens tangíveis e intangíveis), mais complexo se torna o processo de gestão. A complexidade aumenta quando se está diante de sistemas sociais considerados como não lineares, tal como é o Judiciário. Essa é uma das razões que faz com que a gestão constitua uma atividade especializada nas organizações, a exigir, portanto, uma expertise, particularmente da alta cúpula administrativa, que é quem efetivamente delibera, isto é, define os objetivos a serem alcançados e o meio hábil a cumpri-los. São os indivíduos que tomam decisões, que afetam o destino das organizações por eles dirigidas.” (*Ibidem*, p. 443).

⁴⁸ “Outrossim, o princípio da eficiência impõe que o juiz, no exercício de sua nobre função, pratique os atos de forma mais produtiva modo a atingir seu objetivo sem se afastar da perfeição técnica que se exige em cada caso. Em outras palavras, haja com a melhor qualidade, de forma produtiva, com economicidade, com presteza, perfeição e amplo rendimento funcional.” (MEIRELES, Edilton. Cooperação Judiciária Nacional. *Revista de Processo*, v. 249, nov. 2015, p. 60).

⁴⁹ TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia:

mais com o aspecto da quantidade, o que se justifica pelo cenário das demandas isomórficas e de massa enfrentadas. Nessa linha, tem-se desenhado instrumentos de redução de custos e aumento da eficácia, a serem analisados mais à frente.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, a eficiência quantitativa se confunde com a duração razoável do processo e com a economia processual⁵⁰, ao passo que o real princípio da eficiência seria sinônimo da dita eficiência qualitativa, atributo de um processo que resolva mais relações jurídicas, ainda que dure um pouco mais.

Crucial, contudo, é ter em mente que o Judiciário não deixa de prestar um serviço público⁵¹, ainda que o cidadão ostente posição mais rebuscada que a de mero consumidor, pois está agasalhado pelo contraditório participativo⁵², com real poder de influência⁵³. Daí a

Universidad di Valencia, 2008, p. 158.

⁵⁰ “A chamada eficiência quantitativa confunde-se, na realidade, com o princípio da duração razoável e com o princípio da economia processual. Talvez por isso, Fredie Didier Jr. defenda que o princípio da eficiência seria um novo nome dado ao princípio da economia processual. Numa perspectiva quantitativa, a eficiência confunde-se, realmente, com a economia processual e com a duração razoável do processo.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p. 71).

⁵¹ “A Justiça (conceito amplo, aqui utilizado para abranger não só o Judiciário, mas todos os demais atores do sistema – onde, evidentemente, ganha cada dia maior protagonismo a Defensoria Pública) deve ser vista, mais modernamente, como um serviço público. Tal concepção, não à toa, foi consagrada nas 100 Regras de Brasília, documento internacional assinado por representantes de todos os órgãos responsáveis pela sua decente prestação. É, dentro dessa perspectiva da eficiência, visando a melhor organização do serviço, que aparecem as regras de competência.” (MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. *Competência no novo Código de Processo Civil*. In: SILVA, Franklyn Roger Alves [org.]. *CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 93).

⁵² “A garantia do contraditório pressupõe não só o direito de as partes serem cientificadas de todos os atos do processo, de apresentarem as suas manifestações e provas em igualdade de condições, mas também que elas sejam devidamente apreciadas pelo juiz por ocasião da decisão (art. 489, § 1.º) [...]. O contraditório contemporâneo encontra-se escorado em duas linhas mestras: a vedação às decisões surpresa – corolário do direito de participação – e o direito de influenciar a decisão judicial, a qual tem no dever judicial de motivar a decisão o seu escudo protetor. Todavia, nenhuma das perspectivas assinaladas será desenvolvida se o processo não for pautado na paridade de armas e na cooperação entre os sujeitos processuais.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op. cit.*).

⁵³ “Tal perspectiva de eficiência quantitativa permite a visualização do sistema processual tão somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea c, CRFB/88 com nova

importância de nunca se abandonar a preocupação com a qualidade da eficiência. Eficiência sim, mas não a qualquer (baixo) custo.

Temos, diante de tudo isso, uma verdadeira balança, cujo equilíbrio será aferido, em um primeiro momento, pelo legislador, ao desenhar as soluções, e, em uma segunda e decisiva etapa, pelo magistrado, tanto ao conduzir o feito como ao decidi-lo.

Imperioso relembrar que Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, revisitando a Teoria Geral do Processo, construiu a ideia de operosidade, impondo uma atuação mais produtiva e laboriosa, por parte de todos os sujeitos envolvidos no processo, para que se assegurasse efetivo acesso à justiça⁵⁴.

Contribuem, então, para o aumento da eficiência processual tanto a deformalização do processo como a deformalização das controvérsias

redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da 'prestação jurisdicional', como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos). O Judiciário não é visto prioritariamente como uma entidade que desempenha uma função estatal, mas, sim, como um mero órgão prestador de serviços. O conceito de racionalidade aqui presente é somente aquele instrumental, de custo-benefício. [...] Não existe, nesses termos, a menor possibilidade de reduzir seu papel a de mero usuário de serviços. A postura reducionista do papel do cidadão e a visão degenerada da atividade judiciária permitem o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares acerca da aplicação normativa (com o uso de jargões de fundamentação desprovidos de maior significado quando de sua aplicação, v.g., 'proporcionalidade', 'supremacia do interesse público', 'dignidade da pessoa humana'), como se as decisões pudessem surgir de modo solitário e voluntarístico da cabeça de alguém." (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 4. jul./dez. 2009, p. 252-253).

⁵⁴ "Esse princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça. Assim, para atender aos fins preconizados neste trabalho e que garantem, na prática, tal acesso, é indispensável: a) a atuação ética de todos quanto participem da atividade judicial ou extrajudicial; b) utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados." (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 63).

(valorização dos métodos alternativos - ou adequados - de resolver o conflito)⁵⁵, na lição de Ada Pellegrini Grinover.

Instrumentos para a eficiência no Código de Processo Civil

A construção do novo diploma processual civil envolveu, democraticamente, juristas de todas as orientações e convicções, como sucede em todo grande labor legislativo⁵⁶. Em breve síntese, o debate opôs os publicistas e os privatistas, discutindo se o modelo ideal perpassa por uma atuação mais positiva ou mais passiva, por parte do magistrado. Chega-se mesmo a afirmar que o garantismo pressuporia

⁵⁵ “De um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais. (Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, p. 179, em relatório brasileiro para o VIII Congresso Internacional de Direito Processual, em 1987.

⁵⁶ “As grandes codificações refletem as concepções ideológicas dominantes no país e no momento em que são promulgadas. A legislação processual do século XX foi em grande parte consequência do socialismo e do fascismo, que sustentavam a crença de que o aumento dos poderes do Estado na sociedade constituía sempre um fator de progresso social, o que justificava o aumento dos poderes do juiz no processo civil para supostamente elevar o nível de acesso e a qualidade da justiça. O interesse público, a paz e a justiça social sempre se sobrepôs a qualquer interesse particular. Nos países socialistas, o processo foi concebido como instrumento do bem-estar social, assumindo o juiz a função de guia e de propulsor do processo, não só técnica e formal, mas também materialmente, exercendo papel ativo e assistencial das partes, buscando com elas a verdade e a vitória da parte que tem razão, destruindo assim a ideia do juiz neutro. [...] Com a reconstitucionalização da Europa ocidental após o término da 2ª Guerra Mundial, caracterizada pelo abandono da absoluta supremacia do interesse público sobre o interesse individual e pelo primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais, não é mais possível continuar a submeter as partes no processo civil ao predomínio autoritário do juiz, sendo imperiosa a reconstrução do sistema processual sob a perspectiva dos cidadãos que acodem ao juiz para obter a tutela dos seus direitos subjetivos, respeitados o princípio dispositivo e a autonomia privada”. (GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 164, 2008, p. 30).

maior atividade do juiz, enquanto um “processo das partes”⁵⁷ ofenderia necessariamente valores fundamentais.

Ao nosso sentir, o legislador tentou encontrar um equilíbrio, sendo perfeitamente compatível a defesa das garantias com um processo eficiente⁵⁸. Se, por um lado, surgem poderes para o julgador-condutor, por outro as partes ganharam inegável protagonismo – o que só nos permite concluir que qualquer atuação mais firme do juiz deverá se dar em favor de um processo mais adequado às partes. O exame dar-se-á caso a caso, ato a ato, nem sempre sendo possível desenhar *a priori* a solução ideal para a relação tratada.

⁵⁷ “Enquanto se considerava o processo como ‘coisa das partes’, era natural que se entregasse a estas – ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados – o comando do ritmo processual e a possibilidade de manejar a seu exclusivo critério outras alavancas importantes, como a colheita do material destinado a ministrar base à solução do litígio. Tal concepção foi denunciada e combatida ao longo de muitas décadas, por juristas informados com o amesquinhamento que ela impunha à função jurisdicional. [...] Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto em realce o elemento publicístico do processo. [...] Dir-se-ia consolidada a mudança, e desnecessário qualquer esforço suplementar a seu favor. Eis senão quando o pensamento antigo ameaça querer ressuscitar. [...] Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não de valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade. Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de privatismo. Sejam, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em que parecia jazer -, numa época em que o processo civil era tido e havido como ‘coisa das partes’, tomamos a liberdade de chamar-lhe neoprivatismo, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: _____. *Temas de Direito Processual [nona série]*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101).

⁵⁸ “Com efeito, os princípios dispositivo e inquisitivo não são incompatíveis, mas devem se complementar, pois não pode o juiz se substituir à autonomia da vontade das partes, mas ao mesmo tempo deve zelar pelo adequado cumprimento das garantias constitucionais do processo e pela realização de um processo justo” (RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014. p. 192).

Nessa linha, andou muito bem o Código, ao homenagear a eficiência em dispositivos específicos, não somente a anunciando de forma genérica (e, ironicamente, ineficiente). Tomando-se como base os vetores apontados nesse trabalho, vemos que vários deles se consubstanciaram em instrumentos da nova legislação.

Veja-se, ilustrativamente, a *flexibilização*, personificada na faculdade de o juiz, diante da lide concretamente considerada, “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” (artigo 139, VI). Ora, doravante não se encontra mais o magistrado subordinado rigidamente ao encadeamento de atos friamente previsto em lei, ficando claro que não foram o juiz e as partes feitos para o procedimento legal, mas o procedimento legal feito para os sujeitos processuais.

Deslizou, entretanto, o legislador, ao apontar o objetivo de maior efetividade, quando, na realidade, pode ser caso de se homenagear a eficiência. Basta imaginar uma decisão que não gere efeitos no plano dos fatos de forma direta, mas que sempre será decisiva para a avaliação final do custo-benefício processual. Aliás, mudanças nos prazos e nos meios de prova em princípio dizem respeito mais diretamente a uma vantagem intraprocessual (eficiência), do que um reflexo extraprocessual (efetividade).

Outras posturas do juiz elencadas no mesmo rol da anterior também são exemplo de uma flexibilização pró-eficiência: a busca da duração razoável do processo (eficiência quantitativa - inciso II); a prioridade permanente da autocomposição (inciso V); o leque de medidas para efetivar o direito reconhecido (inciso IV); a instrumentalidade no saneamento de vícios formais, ainda que estruturais do processo (inciso X); a proximidade com as partes, a qualquer momento (inciso VIII); bem como a notificação de legitimados para ações coletivas, quando verificar viabilidade para seu recomendável ajuizamento (inciso X).

Prosseguindo em uma leitura do Código, percebe-se que a *ratio* instrumentalizadora do processo - sempre uma visão de acordo com a eficiência, já que evita extinções desnecessárias sem resolução do mérito e posteriores novos ajuizamentos - também está presente no artigo 932, parágrafo único, autorizando a superação de vícios formais em sede recursal, criando autêntico direito subjetivo das partes e dever do relator. No mesmo pacote, inclui-se o agora possível juízo de retratação em todas as sentenças resolutivas (artigo 485 §7º).

A centralidade dos acordos processuais, por meio da cláusula geral permissiva de negócios atípicos do artigo 190, é outra via que se abre para o desafogamento dos feitos, evitando engessamentos acríticos. As partes, além de compactuar entre si, podem contratar com o juiz, a exemplo da calendarização processual⁵⁹.

Figura preexistente ao Código e potencializada por ele é a dos julgamentos por amostragem, batizados de casos repetitivos. O Código de 2015, porém, avançou, criando espécie de microssistema, inaugurando a fixação de teses também em segunda instância, com o incidente de resolução de demandas repetitivas, mesmo que em caráter preventivo, com o incidente de assunção de competência.

Já se verificava, desde as reformas que inseriram as decisões-quadro nos recursos extraordinários, tratar-se de ferramenta de intenso custo-benefício⁶⁰: reduz-se os custos quantitativos, sem

⁵⁹ “No projeto do novo CPC, há também a previsão de acordos de procedimento e o calendário processual, de forma que as partes podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, bem como convencionar, antes ou durante o processo, sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais. É possível, enfim, haver flexibilidade procedimental, com vistas a adoção de regras que garantam maior eficiência para casos que exijam essa flexibilidade. A eficiência funciona como baliza para que haja essa flexibilização procedimental.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. cit.*, p. 74).

⁶⁰ “Pode-se definir a tutela pluri-individual como a atividade estatal voltada à justa composição das lides concernentes a direitos individuais homogêneos que se multiplicam em diversas demandas judiciais nas quais haja controvérsia, preponderantemente, sobre as mesmas questões de direito, de modo a racionalizar e atribuir eficiência ao funcionamento do Poder

prejudicar a obtenção de um julgamento, permitindo a geração de efeitos panprocessuais e prospectivos (na realidade, ao invés de se gastarem esforços com um sem número de demandas similares, deve ser promovido um debate qualificado⁶¹, plural e legítimo que produza uma interpretação definitiva acerca do conteúdo jurídico de uma norma, uma questão de direito).

No incidente de assunção de competência, a eficiência é ainda mais notável: mesmo diante de um baixo número de demandas em trâmite (idealmente, até mesmo um único processo autorizaria a instauração do incidente, desde que atendidos os pressupostos da relevância e do impacto social), fixa-se entendimento replicado a tantos processos quantos vierem a ser ajuizados.

Esses institutos prolores de teses, portanto, fortalecem a eficiência quantitativa, sem abrir mão da veia qualitativa, conciliando o direito de ação e o acesso à justiça com o desumano acúmulo de trabalho do Judiciário.

Mesmo os demais precedentes judiciais, em especial aquele aos quais se atribui eficácia vinculante, representam ganho de eficiência e economia processual macroscópica. A tradição do *common law*, aliás, baseia-se em dois grandes pilares: a eficiência e a humildade⁶², de

Judiciário, por um lado, e, por outro, assegurar a igualdade e a razoável duração do processo.” (DANTAS, Bruno. *Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 83).

⁶¹ “Vem, igualmente, ao encontro da eficiência da função jurisdicional o dever de transparência de certas ocorrências processuais relevantes, como previsto no novo CPC, em especial a divulgação dos julgamentos paradigmáticos, a teor do § 5.º do art. 927 do CPC/2015: ‘Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente na rede mundial de computadores’; sob esse mesmo registro, o novo CPC determina que a ‘lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores’ - CPC/2015, § 1.º do art. 12.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 79).

⁶² “Numa perspectiva mais ampla, essas regras – as quais, é bom enfatizar, comportam qualificações sob outros enfoques importantes – repousam sobre duas diretrizes: eficiência e humildade. As motivações de eficiência soam óbvias no contexto do sentido vertical e apenas um pouco menos evidentes sob a ótica do sentido horizontal. Imagine a hipótese na qual um juiz ou tribunal de grau inferior receba uma causa contendo questão jurídica idêntica à que

modo que cada magistrado avalia, antes mesmo de se debruçar sobre a questão em debate, se sua opinião pessoal realmente justificará o desprezo por um *decisum* pretérito.

De se lamentar, por fim, os instrumentos que certamente favoreceriam processos mais eficientes, mas que acabaram por ficar pelo caminho. Alguns foram abandonados expressamente, como a conversão da ação individual em coletiva (artigo 333, cujo veto, com a devida vênia, não se sustenta⁶³).

Outros foram relativizados de tal maneira que, na prática, restaram tacitamente revogados: é o que ocorreu com a inserção, pela Lei n. 12.256/16, do advérbio “preferencialmente” no artigo 12, que instituiu a ordem de julgamento. Por mais que seja sustentável a permanência de um poder-dever de atender à lista cronológica de conclusão, na prática a modificação significou seu quase total sepultamento.

já foi submetida e resolvida no âmbito de um juiz ou tribunal de instância hierarquicamente superior. Suponha também que o julgador da instância inferior desconsidere a lógica do sistema de precedentes e, ao contrário, examine o mérito da questão jurídica sob uma ótica jurídica exclusivamente pessoal. Se a solução dada à causa pelo julgador originário, nesta hipótese, seguir a mesma linha de orientação já estabelecida pelo juiz ou tribunal de instância superior, tanto esse julgador quanto as partes litigantes terão despendido o seu tempo e os seus esforços inutilmente. Assim, parece simplesmente eficiente solucionar-se a questão mediante remissão ao precedente já estabelecido em decisão da Corte superior. Por outra, se o julgador originário soluciona a questão de maneira contrária àquela com que operou o julgador da instância superior, a parte vencida pode recorrer e o órgão julgador da instância superior reformará a decisão originária por ter cometido (sob o prisma do julgador da instância superior) um equívoco jurídico. Mas, se a parte vencida não apelar por lhe faltarem recursos materiais para tanto – é difícil imaginar que outro motivo haveria para impedir um recurso da parte vencida ao grau apelação disponível nessas circunstâncias – o princípio do Estado de Direito resta violado. Assim, ou bem o tempo e a energia das partes litigantes serão consumidos desnecessariamente, ou os valores que inspiram o Estado de Direito ficarão comprometidos.” (TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. trad. Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, v. 218, abr. 2013, p. 100).

⁶³ Tivemos a oportunidade de criticar as razões do veto em breve artigo publicado online: MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. *Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta*. Consultor Jurídico, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc>>. Acesso em 2 fev. 2017).

CONCLUSÃO: O DIREITO À BOA JURISDIÇÃO

Tivemos a oportunidade de delinear um breve panorama acerca do princípio da eficiência, com a intenção de densificá-lo, evitando invocações vazias e, por essa razão, improdutivas.

Inicialmente, passamos pela gênese da concepção de eficiência, sempre no campo de outras ciências (a Administração e a Economia), para depois adentrar a seara jurídica, pela porta do direito administrativo, até chegar ao direito processual - foco último do trabalho.

Nesse caminhar, pode-se constatar a eficiência como a qualidade da atividade (*in casu*, a jurisdicional⁶⁴) que atinge suas finalidades (tratando-se do processo, constitucionais) com a maior produtividade e qualidade, mediante o mínimo possível e razoável esforço (aí incluídos os custos de todas as naturezas).

A aplicação dessa percepção à relação jurídica em juízo traz reflexos tanto para as atividades administrativas do Poder Judiciário quanto para a própria condução dos atos processuais e sua interpretação, por parte do magistrado e dos demais sujeitos envolvidos.

O Código de Processo Civil de 2015 não passou ao largo dessa prioridade, tendo concretizado o mandamento constitucional em diversas passagens, genéricas (com a anúncio do princípio na proa da lei, dentre as normas fundamentais do processo civil) e específicas, em extenso rol de exemplos: os casos repetitivos, a ordem de julgamento, os negócios processuais, o novo papel do juiz e do relator e a conseguinte instrumentalidade processual e sua flexibilização, etc.

A conclusão, portanto, não poderia ser outra, que não a constatação da existência real de um *direito à boa jurisdição*, primo do direito à boa administração nascido com o Estado eficiente. Desdobra-

⁶⁴ Cada vez mais, a jurisdição deixa de ser monopólio estatal. A respeito, veja-se PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 254, abr./2016, p. 20.

se, pois, a obrigação para o Estado-juiz, integrando o patrimônio jurídico dos sujeitos do processo, sendo efetivamente exigível e elemento legitimador e validador da atividade jurisdicional.

Assim sendo, uma afronta decisiva e clamorosa à eficiência pode chegar a viciar atos processuais produzidos, inclusive a decisão prolatada. A avaliação, logicamente, dependerá do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Eficiência. Revista dos Tribunais, v. 830, dez. 2004.
- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: _____. Temas de Direito Processual [nona série]. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 19. reimp. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CÂMARA, Alexandre Freitas; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A reunião de execuções fiscais e o NCPC: por uma filtragem à luz das normas fundamentais. Revista de Processo. v. 263, ano 42, p. 107-120.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 4. ed., rev. Coimbra: Coimbra, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. Revista de Processo. n. 61.

- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. Comentário ao art. 8º. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Versão eletrônica.
- CHIAVENATO. Introdução à Teoria da Administração, 4. ed. São Paulo: Makron Books, 1993.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo, v. 233, jul. 2014.
- DANTAS, Bruno. Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER JR., Fredir. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In: _____. et al. (orgs.) Novas tendências do Processo Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2013.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FILHO, Costódio Ubirajara. A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 27, abr./jun. 1999.
- FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. Revista de Processo, n. 164, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”, relatório brasileiro para o VIII Congresso Internacional de Direito Processual.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

- KOSSMANN, Edson Luís. A constitucionalização do princípio da eficiência na Administração Pública. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2015.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Delton R. S.. Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 1. out./dez. 2007. Versão eletrônica.
- MEIRELES, Edilton. Cooperação Judiciária Nacional. Revista de Processo, v. 249, nov. 2015.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Competência no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Franklyn Roger Alves [org.]. CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____. Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta. Consultor Jurídico, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc>>. Acesso em 2 fev. 2017.
- MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. Revista dos Tribunais, v. 837, jul. 2005.
- NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 4. jul./dez. 2009.

- _____.; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. *Revista de Processo*, v. 217, mar. 2013.
- PICORELLI, Fernanda Estevão. A justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade. *Revista de Processo*. v. 241, mar. 2105.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 254, abr./2016.
- _____; MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 73, ago./set. 2016.
- RODRIGUES, Eduardo Azeredo. O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.
- SILVA, José Affonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- STONER, James; FREEMAN, Edward. Administração. 5. Ed. Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1985.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. In: CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.
- TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. trad. Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, v. 218, abr. 2013.

TUTELA DOS DIREITOS PATRIMONIAIS MEDIANTE TUTELA DE EVIDÊNCIA

Augusto Passamani Bufulin¹

Diego Crevelin de Sousa²

INTRODUÇÃO

O fator tempo não é dado irrelevante para o processo. Ele é e deve ser considerado na estruturação de procedimentos legais e nas soluções doutrinárias, sem prejuízo de ocupar o modo de exercício da função jurisdicional. Não sem razão, ao cidadão é garantida a duração razoável do processo, desde 1992, com a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica, e reafirmado em 2004, através da Emenda Constitucional n. 45 (art. 5º, LXXVIII, CRFB).

O processo é pressuposto de legitimidade dos provimentos jurisdicionais (não somente deles, mas a eles nos limitamos aqui). Estes devem ser precedidos de procedimento em contraditório que oportunize participação efetiva aos destinatários. É-lhes garantido influir no desenvolvimento e resultado do processo, sendo dever do juiz responder séria, detida, objetiva e expressamente todos os fundamentos, argumentos e provas por eles apresentados.

¹ Professor Concursado de Direito Civil do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em direito civil (PUC-SP) e Mestre em direito civil (PUC-SP). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES).

² Especialista em Direito Processual Civil pela Anhanguera-Uniderp. Membro efetivo da Associação Brasileira de Direito Processual. Parecerista *ad hoc* da Revista Brasileira de Direito Processual. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas de Aracruz. Advogado.

Entre a petição inicial e o julgamento há um lapso temporal, não raro longo, porém imprescindível ao pleno exercício das garantias constitucionais e infraconstitucionais, processuais e procedimentais. Contudo, casos há em que durante o inolvidável *tempo das garantias* o bem da vida pode sofrer dano de difícil ou incerta reparação, não sendo possível aguardar o momento ordinário de acessá-lo. Daí constar expressamente na Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça* a direito (art. 5º, XXXV, CRFB). Assim, sem que a concessão da tutela jurisdicional apenas ao cabo do procedimento deixe de ser a regra, casos há em que ela pode ser antecipada.

Nessa serôdia tensão entre efetividade e a segurança, é possível precipitar, via provimento provisório, a produção de efeitos para momento processual anterior quando houver urgência ou evidência. Há urgência quando o bem da vida é perecível, i.é, quando sua proteção não possa aguardar até o fim do processo, quer por fatores endógenos (v.g. o bem da vida é perecível, como a vida a ser protegida mediante cirurgia), quer por fatores exógenos (v.g. há indícios de que o réu, citado, lesará o bem da vida). Antecipa-se a tutela para que o fator tempo *per se* ou a ação nociva da parte não lesem o bem jurídico. Há evidência, diferentemente, quando o direito da parte é de tal modo robusto que permite concluir ser muito provável o seu acolhimento ao final. Antecipa-se a tutela para que o tempo necessário ao adequado exercício das garantias processuais recaia sobre quem provavelmente não tem razão – no caso, o réu.

Um longo tempo foi necessário para que se chegasse a esse cenário. Quanto à antecipação dos efeitos da tutela satisfativa, o CPC/73 não permitira a sua concessão a título genérico, reservando-a a hipóteses específicas (v.g. ações possessórias de força nova). Leis específicas também permitiam a concessão de antecipação dos efeitos da tutela satisfativa (v.g. Lei do Mandado de Segurança e o

Decreto-Lei que trata da Ação de Busca e Apreensão em Contratos de Alienação Fiduciária). Quanto à antecipação dos efeitos da tutela cautelar, por outro lado, o direito anterior contemplava autorização genérica. Mais: havia cautelares típicas, cuja concessão pressupunha o atendimento de pressupostos legais específicos, e atípicas, cuja concessão pressupunha o atendimento de pressupostos genéricos do *fumus boni iuris e periculum in mora*.

Em 1994, com a reforma do art. 273, CPC/73, generalizou-se a concessão da antecipação dos efeitos da tutela satisfativa fundada tanto na urgência quanto na evidência. O *caput* dava conta dos pressupostos genéricos comuns à *antecipação-urgência* e à *antecipação-evidência*, cujos suportes fáticos eram complementados, respectivamente, pelo inciso I e pelo inciso II. Contou com amplo manejo prático a tutela antecipada de urgência, diferentemente da tutela de evidência. Se bem que em menor intensidade, tal assimetria se reflete na atenção doutrinária aos temas.

O CPC/15 confere maior atenção à tutela de evidência. Em primeiro lugar, passou a utilizar o significante “tutela de evidência”, ausente no CPC/73 (presente expressamente nos arts. 9º, parágrafo único, II, 294, 311 e 937, VIII). Em segundo lugar, explicita quatro hipóteses para a sua concessão (art. 311, I a IV), ao contrário da formulação única e genérica do art. 273, II, CPC/73. Não que essa solução legislativa seja necessariamente superior à anterior, mas, indubitavelmente, ressalta o instituto e, quiçá, pode estimular pleitos e decisões antecipatórias dessa natureza – sem embargo de ampliar o interesse doutrinário a respeito do tema.

No mais, a tutela de evidência não é livre de problemas. Afora a parca – para não dizer inexistente – capacidade de sistematizar os fenômenos aparentemente provenientes da mesma sede (v.g. ação monitória, ação possessória de força nova, Decreto-lei que trata da Ação de Busca e Apreensão em Contratos de Alienação Fiduciária, e

a Lei de Improbidade Administrativa, particularmente a respeito da medida liminar de indisponibilidade de bens), aqui serão examinadas apenas algumas delas: sua concessão *ex officio*; sua concessão *inaudita altera parte*; sua concessão em caráter antecedente, inclusive com a incidência da estabilização (art. 304, CPC); e sua concessão em hipóteses diversas daquelas indicadas no art. 311. Tudo com vistas a calibrar a precipitação fundada na evidência aos cânones do devido processo legal (aqui compreendido como garantia contrajurisdicional de liberdade das partes).

Nas próximas linhas, pretende-se traçar um panorama, um ponto de partida, para exame das questões procedimentais mais comezinhas relativamente à tutela de evidência.

TUTELA PROVISÓRIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS

É consolidada na doutrina e, principalmente, na praxe forense, a ideia de que o deferimento de qualquer medida liminar, seja cautelar ou satisfativa, pressupõe a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* (=probabilidade do direito) e do *periculum in mora* (=situação de perigo). Talvez por isso o CPC/15 tenha reunido sob o epíteto de *Tutela Provisória* as tutelas de cautelar e satisfativa (impropriamente chamadas apenas de antecipadas), sejam de urgência ou de evidência.

O empreendimento não é feliz, pois: (i) nem tudo o que é regrado no Livro V da Parte Geral do CPC/15 é propriamente *tutela provisória*; (ii) não há unidade ontológica entre os pressupostos necessários à concessão de medidas cautelares e satisfativas; (iii) o Livro V da Parte Geral do CPC/15 não exaure o fenômeno das medidas liminares (ou tutelas provisórias, se se quiser seguir a designação do legislador).

Convém explicar o que se afirmou para, então, poder seguir.

Tutela provisória e tutela temporária

A opção terminológica utilizada no Livro V da Parte Geral do CPC/15 despreza a diferença entre provisório e o temporário (Alfredo Araújo Lopes da Costa).

Provisório é o que será substituído pelo *definitivo*. Logo, decisão provisória é aquela que será posterior e inexoravelmente substituída pela decisão definitiva. Toda tutela antecipada é provisória, pois adianta cronologicamente a fruição de efeitos que, a rigor, só viriam com a decisão final. A tutela antecipada será substituída pela tutela final. A tutela provisória antecipa a tutela que se quer a título definitivo.

Temporário é aquilo que dura enquanto for *necessário*. Logo, a decisão temporária não será substituída por outra decisão. Não está para ser confirmada ou substituída. É uma decisão definitiva gravada pela cláusula *rebus sic stantibus*. Ou seja, ela dura até quando ela será necessária, i.é, enquanto durar a situação de fato que levou ao seu deferimento. Ela durará enquanto for útil³, pois. A decisão que determina arresto de bens do réu se mantém enquanto houver o risco de frustração da futura execução de soma em dinheiro. Sobrevindo, a qualquer tempo, fato que assegure a solvabilidade do réu (v.g. ele ganha na loteria ou recebe pomposa herança), a cautelar perderá a utilidade e será desfeita.

Daí a impropriedade da nomenclatura do Código: a tutela antecipada é provisória; a tutela cautelar, temporária.

³ Pode-se até dizer que as liminares concedidas em ação cautelar autônoma são decisões provisórias, pois serão substituídas pela decisão cautelar definitiva (ou melhor, a sentença). Mas aí a referência é meramente interinal, não se estabelecendo pelo conteúdo da medida.

Fumus boni iuris e periculum in mora. Ausência de unidade ontológica

A pretensa disciplina unitária dos pressupostos para a concessão de tutela cautelar e de tutela de evidência não apresenta qualquer inconveniente no *plano pragmático*.

Mas inexistente *unidade ontológica* entre tais pressupostos⁴. Especificamente, a tutela cautelar e a tutela satisfativa se voltam contra diversos *tipos de perigo*. Não há diferença em termos *funcionais*, ambas se voltam contra *perigo de algo*. Varia esse *algo*, e é nesse ponto que se distinguem *ontologicamente*.

Na *tutela cautelar* o perigo de demora consiste na ameaça à futura e provável satisfação de um direito (daí ser modalidade de *tutela preventiva contra o dano*, ou, como dizia Pontes de Miranda, *tutela de segurança da execução*). Na *tutela satisfativa* o perigo da demora consiste na lesão do próprio bem jurídico pretendido.

Portanto, são distintos os *tipos de risco* – no caso da cautelar, a lesão o direito material à segurança (daí ser tutela preventiva contra o dano concreto); no caso da satisfativa, a lesão ao direito material mesmo⁵.

⁴ Aliás, não fosse assim, por lógica: (i) ambas seriam satisfativas ou cautelares ou (ii) tutela cautelar e tutela satisfativa seriam expressões sinônimas. Só não seria possível que uma fosse cautelar e outra satisfativa.

⁵ Propondo uma tentativa de unidade ontológica entre as tutelas sumárias provisórias: THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57ª Ed. Forense. 2016, p. 611-614. Além disso, o preclaro jurista mineiro ainda defende que “*no campo das tutelas de urgência (cautelares ou satisfativas) é fácil compreender a unidade funcional que há entre elas, pois, ambas se fundam na aparência do direito e têm como objetivo combater o perigo de dano que a duração do processo possa criar para o respectivo titular*” (p. 611). Também se discorda da referida unidade funcional, pois a tutela cautelar pretende evitar o dano, enquanto a tutela de urgência pretende evitar o ilícito. Como defendeu Calamandrei, elas se ligam a diversos tipos de risco: a cautelar volta-se contra o risco de infrutuosidade, enquanto a satisfativa intenta debelar o perigo de tardança.

Fumus boni iuris e periculum in mora: ausência de cumulação rígida

Em termos práticos, é ingênua a crença de que as tutela antecipatórias só podem ser concedidas se estiverem simultânea e equivalentemente presentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Como já observou a doutrina, “no dia a dia do foro, quanto mais “denso” é o *fumus boni iuris*, com menor rigor se exige o *periculum in mora*; por outro lado, quanto mais “denso” é o *periculum in mora*, exige-se com menor rigor o *fumus boni iuris*. Noutros termos: é possível que a presença “forte” de um pressuposto compense a presença “fraca” do outro, cabendo ao juiz a valoração dessa “suficiência compensatória”⁶.

De fato, sempre se concedeu liminar só com a presença de *fumus boni iuris extremado*⁷ ou só com a presença de *periculum in mora extremado*⁸.

Entre esses dois extremos (de *periculum* e de *fumus*) os requisitos se interpenetram, produzindo um imenso rol de liminares possíveis. A doutrina destaca, sob o aspecto estrutural, os seguintes tipos fundamentais: “(i) tutela pura de *fumus* extremado (que é a “tutela de evidência” a que alude o CPC/15); (ii) tutela pura de *periculum* extremado; (iii) tutela de *fumus* extremado e *periculum não* extremado; (iv) tutela de *periculum* extremado e *fumus não* extremado; (v) tutela de *fumus* e *periculum* extremados; (vi) tutela de *fumus* e *periculum não*

⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O Futuro do Processo Civil no Brasil. Uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC*. Coordenadores Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão. Editora Fórum. 2011, p. 166-167.

⁷ Por exemplo: liminares em matéria tributária e previdenciária de há muito concedidas exclusivamente com base em decisões do STF em ADI.

⁸ Por exemplos: liminares concedidas em questões que envolvem planos de saúde (determinação do custeio de cirurgia a ser feita em questão de horas, sob risco de morte), concursos públicos (permissão para que o candidato, eliminado em exame médico ou psicotécnico, participe das próximas etapas do certame), protestos (determinação de suspensão da inscrição do nome do autor, nos cadastros do SPC, quando ele alega que jamais contratou com a ré) etc.

extremados; (vii) tutela pura de *fumus* de extremidade presumida; (viii) tutela pura de *periculum* de extremidade presumida”⁹.

Assim, a pragmática revelou que a concessão de liminares obedece a uma estrutura tipológica, não conceitualista¹⁰.

Se bem que não completamente, o texto do CPC/15 aponta para a adesão da estrutura tipológica. Por exemplo: o art. 294 prescreve que a tutela provisória pode fundar-se em urgência ou evidência, indicando que nem sempre devem ser cumuláveis (emprega a locução “ou”, e não “e”) e o art. 311, *caput*, consta que “a tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, dispensando o requisito do *fumus boni iuris* nesses casos.

É muito pouco provável que algo mude, gostemos ou não, em termos práticos. Melhor seria, então, se isso tivesse sido levado em consideração pelo legislador para que conferisse maior racionalidade ao manejo diário dessas medidas tanto por postulantes como por decisores.

⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Código de Processo Civil Comentado*. Coordenador Helder Moroni Câmara. Almedina. 2016, p. 425.

¹⁰ Na *estrutura conceitualista*, ou um objeto é enquadrado no conceito porque possui marcas características concretas que se subsumem a todas as notas distintivas abstratas descritas na definição, ou não se encaixa. Assim, as tutelas provisórias só seriam concedidas quando presentes em igual intensidade os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Seria aplicação baseada no “tudo ou nada”. Na *estrutura tipológica*, por outro lado, opera-se com figuras híbridas, num esquema a que os objetos se encaixam por comparações. Como se, nos processos concretos de concessão de tutelas provisórias, o *fumus* e o *periculum* fossem “elementos” ou “forças” que se articulam de forma variável, sem absolutismo e fixidez dimensional. Por essa razão, é possível a concessão dessa tutela mesmo quando falta *fumus* ou *periculum* ou quando se apresentam em diferente grau de intensidade. Outrossim, internamente há inúmeros graus de *fumus* e de *periculum*. Razão por que importa é a “imagem global” do caso, ainda que a relação entre *fumus* e *periculum* seja assimétrica. A propósito, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Código de Processo Civil Comentado*. Coordenador Helder Moroni Câmara. Almedina. 2016, p. 426-427.

Tutela preventiva contra o ilícito, contra o dano real e contra o dano presumido (tutela preventiva pura)

Algumas breves palavras sobre a categoria da *tutela preventiva*. Trata-se de *gênero* que se relaciona com o pressuposto do *periculum in mora* em suas mais variadas *funcionalidades*.

A tutela preventiva pode ser funcionalizada para impedir o perigo de ilícito ou de dano. A *tutela preventiva contra o ilícito* é *satisfativa* e mais conhecida como *tutela inibitória*. A *tutela preventiva contra o dano* pode ser *cautelar* ou *preventiva pura* (ou *em stricto sensu*).

A tutela preventiva cautelar volta-se contra *perigo de dano concretamente demonstrado*, ao passo em que a tutela preventiva pura volta-se contra *perigo de dano legalmente presumido*¹¹. Quanto a esta, pense na indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa. Aqui, a dilapidação patrimonial é evitada, não repreendida ou interrompida. Está-se no plano da preventividade, apenas. A tutela preventiva pura há de sempre estar prevista expressamente em lei¹².

Em suma, a tutela preventiva se divide em: (i) tutela inibitória (satisfativa e contra o ilícito), (ii) tutela cautelar (contra o dano mediante *fumus* e *periculum* reais) e (iii) tutela preventiva pura (contra o dano mediante *fumus* real e *periculum* legalmente presumido). A tutela de evidência dispensa qualquer demonstração de *periculum*, real ou presumido, razão por que não tem constitui tutela preventiva.

¹¹ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Coordenadores Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Izabel Cristina Pinheiro Cardozo Pantaleão e Lúcio Grassi de Gouveia. Lualri Editora. 2017, p. 458.

¹² COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Código de Processo Civil Comentado*. Coordenador Helder Moroni Câmara. Almedina. 2016, p. 428.

Liminar, tutela antecipada e tutela provisória

Convém diferenciar os significantes *liminar*, *tutela antecipada* e *tutela provisória*.

Liminar, do latim *in limine*, é aquilo que vem no início. É adjetivo; qualidade de algo. Processualmente falando, liminar é tudo aquilo que vem no início do processo. Em sentido mais estrito ainda, é o que sucede antes da abertura do contraditório, ainda que posterior à citação¹³. Vários atos processuais são praticados liminarmente, como o indeferimento da inicial e improcedência do pedido (arts. 330 e 332, CPC/15).

Tutela antecipada é, ao menos em termos ordinários, decisão concedida *ante tempus*. Abrevia-se o tempo do que só viria ao final, antecipando-o. Também não indica nada sobre o *conteúdo* da decisão, pelo que é adjetivo. Por isso, decisões antecipatórias podem ser cautelares ou satisfativas (de urgência e de evidência; preventiva ou ressarcitória). A tutela antecipada pode ser liminar ou não, conforme concedida antes ou depois da abertura do contraditório. De modo que, nesses termos, a decisão liminar é uma espécie de decisão antecipatória.

Tutela provisória é conceito relacionado ao *grau de estabilidade*. Em alguns títulos esse grau é baixo (=a decisão é discutível = pode ser revogada ou modificada pelo mesmo juiz que a prolatou = é precária; *em regra*, não forma coisa julgada); noutros, é alto (=a decisão é indiscutível = não pode ser revogada ou modificada pelo mesmo juiz que a prolatou = não é precária = forma coisa julgada). Aqueles são os títulos provisórios (=tutela provisória); estes, os definitivos (=tutela

¹³ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V.I. 57ª Ed. Forense. 2016, p. 632-633. Consoante lição do mestre mineiro, qualquer medida ou provimento liminar, “em regra, se dá antes da citação do réu, embora o Código considere, ainda, como liminar a decisão de medida a ser tomada depois da justificação para que foi citado o réu, mas antes ainda de abertura do prazo para resposta à demanda (NCPC, arts. 562 e 564, e respectivos parágrafos)” (p. 632).

definitiva)¹⁴⁻¹⁵. Então, tutela provisória é aquela precária, passível de revogação ou modificação no mesmo processo e pelo decisor que a prolatou (art. 292, CPC/15).

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA DE EVIDÊNCIA

Conceito

De acordo com Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “evidência é fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas”. Assim, continuam, “evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional mediante técnica de tutela diferenciada. A evidência

¹⁴ A rigor, “a definitividade só ocorre com a formação de coisa julgada sobre a decisão. Antes disso, tanto do ponto de vista semântico quanto do ponto de vista pragmático, os níveis de estabilidade ainda são reduzidos, até mesmo no caso da sentença que, dada a título definitivo, está passível de recurso”. (GOUVEIA FILHO. Roberto P. Campos. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Coordenadores Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Izabel Cristina Pinheiro Cardozo Pantaleão e Lúcio Grassi de Gouveia. Lualri Editora. 2017, p. 460).

¹⁵ Portanto, não é correto dizer que a tutela provisória é concedida *apenas* com base em cognição sumária. É perfeitamente possível que a tutela provisória seja concedida com base em cognição exauriente (v.g. é o caso da tutela provisória concedida na sentença). Certamente, é mais *comum* que a tutela provisória seja concedida com base em cognição sumária, mas nada impede que seja concedida com base em cognição exauriente. Razão por que a tutela provisória não pode ser identificada como aquela proferida mediante cognição sumária. Do mesmo modo, não é correto dizer que a coisa julgada *sempre* pressupõe cognição exauriente. É perfeitamente possível haver coisa julgada sobre decisão concedida com base em cognição sumária (v.g. é o que ocorre quando, quedando inerte o réu em ação monitoria, converte-se, de pleno direito, em título executivo judicial a anterior decisão que determinou a expedição do mandado monitorio). A propósito, conferir: www.facebook.com/alexandresenra00/posts/1626862277358359. Nada obstante – e embora não forneça qualquer resposta às hipóteses há pouco enunciadas –, é absolutamente majoritária a doutrina que classifica a tutela provisória como aquela concedida mediante cognição sumária. Conferir, por todos: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 582.

é um pressuposto fático de uma técnica processual para obtenção da tutela. Somente há sentido em falar da “tutela de evidência” como técnica processual”¹⁶.

Natureza

Costuma-se dizer que a tutela de evidência é sempre satisfativa¹⁷. Não poderia ser cautelar porque esta sempre pressupõe *periculum in mora*, ao passo em que a tutela preventiva se concede sem qualquer consideração do perigo da demora. A questão não tem maior relevância prática, mas devemos refletir sobre a pertinência analítica disso.

Foi visto acima que a doutrina fala em *tutela preventiva*, subdividindo-a entre tutela preventiva *contra o ilícito* e *contra o dano*, desdobrando esta entre o dano *real* e o dano *legalmente presumido*. A tutela preventiva *contra o ilícito* é a *tutela inibitória*, a tutela preventiva *contra o dano real* é a *tutela cautelar* e a tutela preventiva *contra o dano legalmente presumido* é a *tutela preventiva pura*. Como se a tutela preventiva contra o dano legalmente presumido não fosse satisfativa nem cautelar. Teríamos, então, a *tutela satisfativa*, a *tutela cautelar* e a *tutela preventiva*.

Todavia, *tutela preventiva* é a que se pleiteia quando se pretende evitar a ocorrência de algo. Algo está por ou pode acontecer e pleiteia-se a *tutela preventiva* para evitar a sua ocorrência. A aptidão, em tese, da

¹⁶ *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 630.

¹⁷ Nesse sentido, por todos: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Atlas. 2015, p. 169). Contra, Humberto Theodoro Jr admite 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*. V.I. 57ª Ed. Forense. 2016, p. 691). Porém, parece que os exemplos fornecidos pelo autor ou são de *tutela preventiva pura* – que não é cautelar e nem satisfativa (v.g. o arresto do art. 830, CPC/15, e o sequestro na execução contra fazenda pública, do art. 100, § 6º, CRFB) – ou de *tutela satisfativa* – que, por óbvio, não é cautelar (v.g. a autorização para levantamento do valor consignado, ainda que apresentada contestação, do art. 545, § 1º, CPC/15).

tutela para impedir a ocorrência de algo é que faz dela *preventiva*. Eis a sua *preventividade*.

Não se confundem ilícito e dano. Há ilícito sem dano (v.g. comercializar medicamento que não produz efeito colateral sem autorização da Anvisa). E há dano sem ilícito (v.g. dano causado em legítima defesa, exercício regular de direito e aquele causado para remover perigo iminente – art. 188, CC). Daí por que o ilícito e o dano podem, cada um isoladamente, ser objeto de *tutela preventiva* e de *tutela repressiva*, i.é, voltada a *evitar a sua ocorrência* ou a *reparar as consequências lesivas da sua ocorrência*. Confirma-se a existência da *tutela preventiva contra o ilícito* e da *tutela preventiva contra o dano*.

Detenhamo-nos na *tutela preventiva contra o dano*. Como referido, ele pode se voltar contra o *dano probatoriamente demonstrado*, que chamamos *tutela cautelar*, e contra o *dano legalmente presumido*, que chamamos *tutela preventiva pura*.

É impreciso o significante *tutela preventiva pura*. O “puro” aí está ligado à desnecessidade de exame da existência de elementos probatórios concretos, i.é, às especificidades do caso. No extremo, quer parecer que arranca da problemática (e, segundo pensamos, falsa) distinção entre *questão de fato* e *questão de direito*. Uma questão de fato só é relevante porque tem repercussão jurídica e toda questão de direito atua sobre um suporte fático, razão pela qual a diferenciação é *non sense*. Logo, mesmo nos casos que comumente chamamos *tutela preventiva pura* há análise, em concreto, do preenchimento dos elementos do antecedente da norma jurídica que autoriza a concessão da tutela preventiva fundada em perigo de dano legalmente presumido. O que diferencia essa hipótese das demais é, portanto, que o direito positivo demarca um antecedente mais enxuto e menos rigoroso à concessão da tutela, excluindo a necessidade de provar o perigo de dano concreto. Invariavelmente há necessidade de provar o que se alega: no caso da liminar de indisponibilidade de bens da Lei de

Improbidade Administrativa, será necessário provar que o réu é agente público e que, nessa condição, causou dano ao erário. Sem isso – que só se afere mediante análise do caso concreto – não se decreta medida de indisponibilidade de bens. De modo que nada há de “puro” aqui.

Aliás, suponha que se ordene a apreensão de um medicamento comprovadamente incapaz de causar qualquer dano só porque comercializado sem prévia homologação da Anvisa. Nesse caso, o antecedente da norma jurídica exige apenas que se tenha medicamento comercializado sem homologação da Anvisa. As duas hipóteses previnem a ocorrência de algo sem especular sobre a sua capacidade de gerar dano. Então, por que apenas a segunda é chamada *tutela preventiva pura*? Ora, se a preventividade é para o ilícito e para o dano, por que se diz *pura* apenas aquela voltada contra o dano (mais ainda, a uma espécie de dano – aquele legalmente presumido)? Salvo melhor juízo, à base dessa distinção parece repousar a equivocada hierarquização entre o ilícito e o dano, com a maior relevância deste.

Retomando o que se disse anteriormente, tem-se que a tutela preventiva contra o perigo de dano pode voltar-se contra o (i) perigo de dano *concretamente comprovado* e o (ii) perigo de dano *legalmente presumido*. Em (i) temos a *tutela cautelar*. Ela não visa satisfazer o direito material, mas assegurá-lo. Por assegurar é cautelar.

A ser assim, indaga-se: teria a tutela preventiva pura (=tutela preventiva contra o perigo de dano legalmente presumido) natureza assecuratória ou satisfativa? Ou pertenceria a uma terceira espécie, a preventiva?

Não procede a tese de que a *preventividade* é um *tertium genus*, para além da *cautelaridade* e da *satisfatividade*. São critérios distintos que levam às classificações entre *tutela cautelar-tutela satisfativa* e *tutela preventiva-tutela repressiva*. A tutela é denominada *cautelar* ou *satisfativa* conforme assegure ou entregue o bem da vida. A tutela é denominada *preventiva* ou *repressiva* conforme impeça ou repare o ilícito ou o dano.

Logo, se a indisponibilidade de bens do réu na ação de improbidade administrativa é tutela preventiva, isso não significa que ela não seja cautelar nem satisfativa.

Na verdade, *a preventividade pode funcionar para satisfazer ou para assegurar*. Na ação de busca e apreensão fundada em inadimplemento do contrato de alienação fiduciária em garantia, a liminar tem nítida função satisfativa: entrega o veículo que, desde já, pode ser levado a leilão, colhendo-se o produto em favor do credor fiduciário, nos limites do crédito insatisfeito. Diversamente, na ação de improbidade administrativa, a liminar nada satisfaz, dado que nada entrega, de pronto, ao lesado. Ainda que a lei autorize a sua concessão sem a demonstração de qualquer risco concreto de perdimento, os bens do réu são indisponibilizados para assegurar uma eventual futura reparação dos danos ao erário. É claro, portanto, que possui natureza cautelar.

Diante disso, se há antecipação fundada na (i) urgência + evidência e (ii) apenas na evidência, seria possível dizer que na tutela preventiva contra o perigo de dano legalmente presumido com finalidade assecuratória/cautelar (v.g. a liminar de indisponibilidade na ação de improbidade administrativa) estaríamos diante de *tutela cautelar de evidência*? Todo o exposto nos faz concluir que sim. Assim, *tutela preventiva contra dano legalmente presumido = tutela cautelar de evidência*.

Portanto, a tutela preventiva pode ter natureza satisfativa ou cautelar, conforme se preste a satisfazer ou assegurar o bem da vida¹⁸.

Finalidade

A tutela provisória de evidência visa (re)distribuir adequadamente do ônus do tempo do processo.

¹⁸ Altera-se, assim, o entendimento anteriormente manifestado no sentido de que a tutela preventiva pura não é tutela cautelar de evidência: BUFULIN, Augusto Passamani; SOUSA, Diego Crevelin. Tutela dos direitos patrimoniais mediante tutela de evidência. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL (IMPRESSO), Fórum, v. 102, p. 117-152, 2018.

De ordinário, ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu provar o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (art. 373, CPC/15). Em suma, o processo possui quatro fases bem demarcadas: (i) postulatória, (ii) saneadora, (iii) instrutória e (iv) decisória. Não raro, para que o juiz tenha condições de julgar o mérito é necessário percorrer todas essas fases, o que leva tempo. Esse tempo, que é necessário até mesmo para o respeito às garantias processuais, recai sobre a parte que dele necessita para provar o fato que alega: o autor, o fato constitutivo; o réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Portanto, há o *ônus do tempo do processo* que pesa sobre os ombros daquele que dele necessita para provar sua alegação. A regra é que o autor não tenha acesso ao bem da vida no curso do procedimento; enquanto isso o bem está e permanece com o réu. Deve mesmo ser assim quando o tempo do processo é necessário para que ele prove o fato constitutivo do seu direito.

A tutela de evidência pretende fazer valer a hipótese contrária. Com efeito, se o direito do autor se mostra evidente, mas ainda não é o caso de julgamento antecipado (arts. 355 e ss., CPC/15), o *ônus do tempo do processo* necessário para provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor deve recair sobre o réu, único que dele depende para obter tutela jurisdicional favorável. Do contrário, há manifesta violação das garantias da isonomia e da duração razoável do processo. Vale dizer, durante o tempo do processo o bem da vida deve permanecer com aquele que provavelmente tem razão, seja o autor ou o réu.

Como, em regra, o *ônus da prova* é do autor, o sistema ordinário foi estruturado para que o bem da vida permaneça com o réu durante o tempo do processo. Se, contudo, o direito do autor é evidente e a dilação do processo está posta no interesse do réu (para provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), então o

ônus do tempo do processo tem de ser redistribuído, recaindo sobre o réu¹⁹.

Cabimento

A tutela provisória (no sentido do CPC, i.é, cautelar ou satisfativa, de urgência ou de evidência) é amplamente cabível no procedimento comum. Cabe, outrossim, nos procedimentos especiais (art. 318, parágrafo único, CPC/15), seja sob requisitos específicos (v.g. a tutela preventiva pura na ação possessória de força nova – art. 562, CPC/15) ou sob os requisitos genéricos (arts. 303, 305 e 311, CPC/15 - enunciado n. 422 do FPPC). Também cabe tutela provisória no procedimento dos Juizados Especiais (FONAJE, enunciado n. 26). Nestes, diverge-se sobre o cabimento da tutela provisória *antecedente*, tema, de resto, irrelevante neste escrito, que se volta à tutela de evidência, a qual não se submete ao regime *antecedente*.

Legitimidade

Para poder requerer tutela provisória basta ser parte. Ou seja, autor, réu e terceiros intervenientes (que adquirem a condição de parte no processo desde que admitida a intervenção). O assistente simples, porque parte, tem legitimidade. O que não pode é pleiteá-la em contrariedade à *vontade* do assistido. O réu pode requerer tanto quando exerce posição ativa formal (v.g. como reconvinente, denunciante à lide) ou material, i.é, quando sua defesa servir também à formulação de pedidos (v.g. pedido contraposto, alegação de contradireitos como direito de retenção, compensação etc.), como quando exerce posição passiva (v.g. em ação condenatória contestada, tendo remetido o autor,

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela. Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. RT. 2012, p. 129 e ss.

em razão de suposta dívida, o nome do autor aos cadastros do SPC, poderá o réu, em tese, postular tutela antecipada dos efeitos da futura sentença de improcedência, a fim de que sua inscrição seja suspensa)²⁰.

Especificamente em relação à tutela de evidência, Humberto Theodoro Jr defende, com razão, que, nos casos dos incisos III e IV do art. 311 do CPC/15, a legitimidade é apenas do autor, ao passo em que nos casos dos incisos I e II, a legitimidade é do autor e do réu²¹.

O Ministério Público pode requerer tanto quando atua como parte como quando atua como *custos legis* (v.g. se em ação de alimentos o autor, por qualquer razão, não requerer a concessão de tutela provisória, o MP, porque atua na tutela dos direitos indisponíveis, verificando ser o caso de sua concessão, *deve* suprir a postulação da parte – até porque, como se verá abaixo, é vedada a concessão de qualquer tutela provisória de ofício).

Concessão de ofício

Viola a imparcialidade a concessão de tutela provisória (=cautelar ou satisfativa, de evidência ou de urgência) de ofício.

A imparcialidade é regra²² estampada no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º XXXVII e LIII, CRFB), além

²⁰ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 587-588.

²¹ *Curso de Direito Processual Civil*. V.I. 57ª ed. Forense. 2016, p. 692-693.

²² Considerando, com razão, que a imparcialidade é regra, conferir Eduardo José da Fonseca Costa, que fala: “se bem que a imparcialidade judicial seja um direito fundamental, ela não se comporta como um princípio. Afinal de contas, não se trata de um estado ideal de coisas a ser gradualmente alcançado. Enfim, não se trata de um fim constitucionalmente estabelecido, que, em confronto com outros fins igualmente caros, tem de ser relativizado por razões de concordância prática. A imparcialidade dos juizes é um ponto inflexível do sistema. Obedece a uma lógica de “tudo ou nada”. Aplica-se mediante simples avaliação de correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Se ela está presente, há conformidade com o direito; se está ausente, há contrariedade. No plano constitucional, a imparcialidade do juiz é uma “regra força”, robustecida pelas regras alicerçais

de constar de modo inequívoco em regras provenientes das normativas internacionais das quais o Brasil é signatário, e, portanto, encontram-se devidamente internalizadas²³.

A imparcialidade assegura que o juiz será terceiro psíquica e funcionalmente alheio ao conflito. O *alheamento psíquico* diz com a indiferença do juiz quanto resultado do julgamento. É precisamente neste sentido que mais se emprega o vocábulo *imparcialidade* (ou imparcialidade *subjetiva*). Já o *alheamento funcional* consiste na impossibilidade do juiz exercer as mesmas funções dos sujeitos do conflito, ou melhor, da proibição dele exercer funções processuais próprias das partes. Aqui, fala-se em *imparcialidade* (ou imparcialidade *objetiva*).

É de vital importância a questão da repartição das funções das partes e do juiz, não só para a compreensão da imparcialidade senão do próprio devido processo legal, afinal o processo não é devido quando conduzido por juiz-contraditor, que cumula funções de parte e de juiz²⁴.

do juiz natural (CF, art. 5º, LIII) e da vedação de juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII). A “regra do juiz natural imparcial” é uma prerrogativa derivada do princípio do devido processo legal procedimental. Já no plano infraconstitucional, a imparcialidade judicial é cuidada como pressuposto subjetivo de validade do processo, que dá ensejo às exceções formais de suspeição e impedimento (CPC, artigos 134 a 138).” (in *Algumas Considerações Sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, n. 90. Fórum. 2015, p. 158). O mesmo texto expõe e repele convincentemente a exótica tese da parcialidade positiva do juiz, defendida por Artur César de Sousa, segundo a qual a imparcialidade, sendo princípio, pode ser afastada mediante sopesamento resolutivo da colisão com outro direito fundamental concretamente digno de maior tutela.

²³ O art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Individuais e Políticos, em vigor no Brasil desde 24.01.19922 (Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992), dispõe que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”. Identicamente, o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em vigor no Brasil desde 25.09.19922 (Decreto No 678, de 6 de novembro de 1992), prescreve que “toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

²⁴ Tratando do problema do juiz-contraditor, conferir: DELFINO, Lúcio. ROSSI, Fernando. *Juiz Contraditor? In* Processo Civil nas Tradições Brasileira e Iberoamericana. Coordenação

Da noção de imparcialidade, i.é, da vedação do exercício de função de parte pelo juiz, resulta que *cabe exclusivamente à parte* requerer a concessão da tutela antecipada²⁵. Afinal, trata-se de função que visa obter diretamente determinado provimento, inequivocamente atrelado a um interesse (parcialidade).

Lembre-se que a *regra da congruência* encontra fundamento na *imparcialidade*: reter o juiz às raias do pedido é uma das formas de controlar sua higidez psíquica e funcional. A regra é violada pelo juiz que decide sobre tutela antecipada não requerida. E o fato de a tutela antecipada visar a precipitação de *efeito* já requerido no pedido formulado pela parte não abala esse rigorismo; também ela deve ser pleiteada pelo interessado.

Situada a questão no plano da preservação da imparcialidade do juiz, corolário do devido processo legal, conclui-se que nem mesmo a lei pode autorizar o juiz a conceder tutela antecipada de ofício. Dispositivo nesse sentido padece de inconstitucionalidade²⁶.

Assim, o art. 4º da Lei n. 5.478/68 (Lei de Alimentos) não foi *recepicionado* pela CRFB²⁷. Vale dizer, porém, que, em termos práticos, isso não traz qualquer lesão ao alimentando. Dificilmente alguém que tem atuação no foro se lembrará de alguma ação desse tipo em que não se tenha requerido a concessão de alimentos antecipadamente. Afinal, além da omissão da parte teria de quedar inerte o membro do

Lúcio Delfino e outros. Conceito. 2014.

²⁵ Anotando, com razão, que tanto o autor quanto o réu – este, não só quando ocupa polo ativo de determinada relação processual (p.ex. na denunciação da lide), mas também na genuína posição de réu, pleiteando a precipitação dos efeitos do provimento de improcedência, conferir: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 587-589.

²⁶ Contra, admitindo a tutela antecipada de ofício mediante previsão legal: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 587-589.

²⁷ Como se sabe, a *recepção* é o filtro de absorção, ou não, de atos normativos pela nova Constituição, ao passo em que a *inconstitucionalidade* consiste inadequação formal e/ou material de um ato normativo em face da Constituição vigente ao tempo da sua feitura. Então, sendo a Lei de Alimentos de 1968, anterior à CRFB, seu art. 4º *não foi recepicionado* pela CRFB.

sempre diligente Ministério Público, que tem aí hipótese de atuação obrigatória. Sobre ser constitucionalmente inadequado, invocar o risco de lesão ao alimentante é trabalhar com algo tão profundamente fictício que sequer comove.

Portanto, em hipótese alguma o juiz pode conceder tutela provisória *ex officio*, nem mesmo quando o direito é evidente²⁸.

Na realidade, essa é uma questão que ostenta muito menos valor pragmático do que ideológico. *No aspecto pragmático*, a preocupação com a omissão da parte capaz de frustrar o direito evidente ou em vias de se perder não se justifica. Posto que à míngua de dado empírico, a experiência torna notório o fato de que, quando é o caso, as partes soem requerer a antecipação dos efeitos da tutela. Se alguma impertinência há, no ponto – e, não raro, há –, é na formulação de pedidos antecipatórios infundados, sem chance de êxito, e não na omissão de pleitos de acatamento inexorável. As partes pecam muito mais pelo excesso (de pedidos infundados) do que falta (de pedidos fundados)²⁹. Claro que essa contingência prática *não é* fundamento

²⁸ Embora *evidência* e *urgência* refira à tutela antecipada satisfativa, o mesmo raciocínio também se aplica à tutela cautelar. Isto é, o juiz também *não pode* conceder *cautelar* de ofício. A prevalência do entendimento contrário deitou raízes na equivocada premissa de que a tutela cautelar serve ao processo, ao passo em que a tutela antecipada satisfativa serve à parte. Um grande equívoco, pois *ambas servem à parte*. Remontando a Pontes de Miranda, Mateus Costa Pereira demonstra com clareza invulgar que a *tutela preventiva* protege o *direito material à segurança* contra o ilícito e contra o dano. Assim: (i) a tutela preventiva contra o ilícito é *inibitória e satisfativa*, ao passo em que (ii) a tutela preventiva contra o dano é *cautelar* – a tutela preventiva cautelar pode assegurar fato (asseguradora de provas) ou pretensão (assegurar futura execução) (*Tutela Provisória de Urgência: premissas doutrinárias questionáveis + negligência da historicidade = equívocos legislativos*. In *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. V.6. *Tutela Provisória*. Coord. Eduardo José da Fonseca Costa (e outros). Jus Podivm. 2016, p. 262-264.). Destarte, como a tutela cautelar também serve à proteção de direito material da parte e o juiz não pode ser contraditor, o juiz também não pode conceder tutela cautelar de ofício, mas apenas mediante requerimento da parte.

²⁹ Não se pode desconsiderar que a parte pode ter boas razões para não pedir uma tutela provisória mesmo naqueles casos em que ela se mostre, em tese, extremamente viável. Em conversa pelo grupo da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro –, pelo aplicativo Telegram, Janaína Soares Noleto Castelo Branco nos brindou com extraordinário exemplo tirado de seu conhecimento particular. Eis o caso: uma pessoa foi aprovada em

para, teoricamente, ser contra a concessão da tutela antecipada de ofício, mas esvazia o argumento igualmente retórico de quem defende a concessão *ex officio*.

A energia despendida com a questão se presta muito mais à *demarcação do espectro ideológico dos debatedores*, expondo aqueles que estão, ou não, firmes na crença de uma maior ingerência do juiz nos rumos do processo. É o caso de Daniel Mitidiero, que sustenta peculiar forma de protagonismo judicial, no ponto. Embora concorde que o juiz não pode conceder tutela provisória (satisfativa ou cautelar) *ex officio*, sendo imprescindível o requerimento da parte (arts. 2º e 141), defende que, “tendo em conta a estrutura cooperativa do novo processo civil [...], pode o juiz, percebendo que é possível tutelar a parte provisoriamente, *consultá-la* a respeito do seu interesse na obtenção da tutela sumária (art. 6º)”³⁰.

A proposta é de rechaçar-se.

Em primeiro lugar, *deturpa a noção do dever de consulta*. Segundo o próprio Daniel Mitidiero, o *dever de consulta* obriga o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa³¹. Portanto, só se pode falar de *dever de consulta* quando (i) o juiz tem o dever de decidir determinada questão (porque provocado ou porque identificou questão cognoscível de ofício) e (ii)

concurso público para cargo de dedicação exclusiva e ajuizou demanda para ser nomeado. Porém, ele tinha receio de pedir tutela provisória determinando sua imediata nomeação, pois, se assim fosse, perderia um emprego excelente, que não teria de volta em caso de derrota judicial. Mais do que isso, ele receava que o juiz o indagasse sobre o motivo para não pedir a tutela provisória e, diante da resposta (seu receio de, ao final, sair derrotado) pudesse contaminar a convicção do julgador. Eis um caso em que a omissão da parte é decisão consciente, servindo de exemplo para o fato de que, no silêncio da parte, o juiz nada tem que especular e, pior, conceder a tutela provisória de ofício.

³⁰ *in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. 3ª Ed. RT. 2016, p. 861.

³¹ *In: Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo, Revista dos Tribunais Online, v. 194, p. 55, abr./2011.*

ainda não houve prévia manifestação da(s) parte(s) a seu respeito. O *dever de consulta* obriga o juiz a alertar as partes sobre questão que ele é obrigado a (e que inexoravelmente irá) decidir, mas sobre a qual elas não tiveram a oportunidade de se manifestar, com vistas a não incorrer na detestável prática de decisão surpresa. O dever de consulta é *situação jurídica processual passiva* do juiz que derivada do contraditório³². Pelo dever de consulta o juiz *adverte/avisa* as partes que, por dever funcional, decidirá sobre determinada questão, permitindo que, querendo, elas possam influir nos rumos da decisão.

Tudo muito diferente do que se passa com a sugestão de Daniel Mitidiero em relação à tutela provisória. Proibido de decidir de ofício, o juiz estimula a parte a requerer a tutela provisória. Como quem diz: “parte, não posso decidir sobre a tutela provisória, mas se você requerer eu providerei a respeito”. Longe de ser *dever de consulta*, isso não passa de *pedido de autorização para decidir*.

Daí a flagrante *violação da garantia da imparcialidade*. Afinal, o juiz só estimulará a parte a requerer tutela provisória se e quando estiver previamente convencido de que é o caso de concedê-la. Daí ser impensável que indefira o pedido formulado após o seu pedido de autorização para decidir – o que só se explicaria por puro sadismo... O juiz já formou seu convencimento e provoca a parte a autorizá-lo decidir. Além dessa manifesta lesão da *imparcialidade* também viola a

³² Não é esse o momento para aprofundar o raciocínio, mas pode-se dizer que o próprio *dever de consulta* é uma afetação dogmática (Eduardo José da Fonseca Costa): a proibição de decisão surpresa decorre do contraditório em sua feição de substancialidade constitucional (efetivo modelo de democracia participativa – art. 1º, parágrafo único, CRFB), portanto, do modelo processual estampado na Constituição, e não de um redimensionamento infraconstitucional do contraditório mediante consagração de um modelo cooperativo de processo. Definitivamente, a proibição de decisão surpresa não é uma nota peculiar do modelo de processo colaborativo. Mais amplamente, conferir: DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. In <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/2016418121339.pdf>. Acessado em 31.10.2016.

imparcialidade, pois suplementa a atividade postulatória, *funcionando* como advogado que dá aconselhamento estratégico.

Em suma, *trata-se de forma velada de concessão da tutela provisória de ofício*³³, que viola a garantia do contraditório e da imparcialidade e imparcialidade³⁴.

Momento e regime de estabilização

A tutela provisória pode ser requerida em caráter (i) antecedente, (ii) simultâneo ou (iii) incidental³⁵, conforme seja formulada antes, ao mesmo tempo ou posteriormente à apresentação do pedido de tutela definitiva, respectivamente.

Por opção do legislador, apenas a tutela provisória de urgência (cautelar ou satisfativa) pode ser apresentada em caráter antecedente (arts. 303 e 305, CPC/15). Assim, em tese, a tutela de evidência só pode ser apresentada em caráter simultâneo ou incidental, ou seja, já

³³ Tão bem sucedida como a tentativa de se esconder por trás de uma cortina que não alcança o chão... e fica com os pés à mostra!

³⁴ Claro, o mesmo vale para a tutela cautelar. Só é possível pensar o contrário quando ainda se concebe a tutela cautelar como mero instrumento do instrumento, servil ao interesse público do Estado-Jurisdição à efetividade dos seus provimentos. Visão superada, no mínimo, desde Pontes de Miranda, que, com percuciência, nela divisou o meio de se tutelar a *pretensão à segurança, de titularidade da parte*, daí por que – aqui se conclui – *concessível apenas mediante requerimento desta*, constituindo o deferimento *ex officio* supressão pelo juiz de atividade postulatória da parte, configurando violação da imparcialidade objetivo-funcional. (para uma visão adequada da tutela cautelar, inclusive sua relação com a pretensão à segurança, conferir: PEREIRA, Mateus Costa. *Aspectos Polêmicos do Novo Código de Processo Civil*. V.1. Almedina, 2018, especialmente p. 498-500). Afirmar, que “o poder de acautelar é inerente ao poder de julgar”, não passa de apelo retórico que mescla o autoritário “interesse público” à etérea “justiça das decisões”. Se essa “inerência” fosse procedente não seriam admitidos os limites decisórios do juiz (*infra, ultra e extra petita*) em todo e qualquer caso. O fato de isso não ser defendido pelos que admitem a concessão de tutela cautelar de ofício só depõe contra eles.

³⁵ GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Coordenadores Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Izabel Cristina Pinheiro Cardozo Pantaleão e Lúcio Grassi de Gouveia. Lualri Editora. 2017, p. 461-463.

na petição inicial da demanda em que se pede a tutela definitiva ou em posterior petição avulsa, no curso do processo.

Em alguns casos, é imperativo lógico que só possa ser requerida em caráter incidental (v.g. art. 311, IV, CPC/15). É possível requerer – e ter deferida, presentes os respectivos pressupostos – a concessão de tutela de evidência (e qualquer outra tutela de urgência) na sentença e em grau recursal. Neste caso, o requerimento deve preencher os requisitos do art. 995 e ser endereçado ao tribunal, no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo, ou ao relator, se já distribuído o recurso (aplicação analógica do art. 1.012, § 3º, CPC/15)³⁶.

Quanto ao regime de estabilização (art. 304, CPC/15), o legislador limitou à tutela provisória satisfativa de urgência requerida em caráter antecedente, *não* se aplicando à tutela cautelar e a qualquer tutela requerida em caráter incidente (cautelar, satisfativa de urgência e satisfativa de evidência). A tutela de evidência sequer pode ser requerida em caráter antecedente³⁷.

³⁶ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016, p. 595.

³⁷ José Miguel Garcia Medina entende que se deve admitir o procedimento da tutela de urgência antecedente à tutela de evidência, no que couber. Para o autor, carece de sentido o *discrímen* do art. 303, CPC/15. Adverte, inclusive, que “acabará o autor requerendo a tutela antecipada [de evidência] com base no art. 303, tão somente *alegando* haver urgência (ainda que esta exista em grau mínimo, ou seja virtualmente inexistente), apenas a para viabilizar a incidência da regra prevista no art. 304 do CPC/15, viabilizando-se, assim, a estabilização” (*Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª Ed. RT. 2017, p. 510). No plano lógico, a tese do autor é defensável. Contudo, a opção por outorgar um procedimento antecedente suscetível de estabilização dos efeitos antecipáveis insere-se no espaço da liberdade de conformação do legislador, e este houve por bem limitá-la à tutela de urgência. Assim, a viabilidade lógica do raciocínio não se impõe sobre limite jurídico-positivo não dotado de inconstitucionalidade – que nosso autor sequer sugere haver, frise-se. Ademais, o raciocínio casuístico apresentado por ele não atesta o acerto do raciocínio, pois: (i) se há algum grau de urgência, já não se trata da tutela de evidência do art. 311, CPC, o que, em tese, torna possível a aplicação do art. 304, CPC/15; (ii) se não houver qualquer lastro de *periculum* o juiz deverá indeferir a medida e, no máximo, intimar o autor para, querendo, emendar a inicial e apresentar o pedido de tutela definitiva; (iii) se, por qualquer razão, tal pedido for concedido e se estabilizar ante a inércia

*Concessão inaudita altera parte (art. 9º, II e III e art. 311, parágrafo único, CPC/15)*³⁸

O CPC/15 autoriza o juiz a conceder tutela de evidência *inaudita altera parte* nos casos dos arts. 9º, II e III e art. 311, parágrafo único. As regras são inconstitucionais.

O contraditório é o canal de comunicação da democracia no ambiente processual. Ele é um dos fatores de legitimação democrática dos atos do Judiciário (art. 1º, parágrafo único *in fine*, CRFB). Por isso, a regra é que nenhuma decisão pode ser proferida antes de oportunizado o contraditório a ambas as partes.

Todavia, o art. 9º, CPC, restringe o âmbito de incidência da garantia do contraditório prévio ao permitir a prolação de decisões provisórias sem a oitiva de uma das partes nos casos de: (i) tutela de *urgência* (art. 300 e ss.); (ii) tutela de *evidência* fundada em alegações de fato documentalmente comprováveis e tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, II); (iii) tutela de *evidência* em pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito (art. 311, III); e (iv) tutela de *evidência* atinente ao procedimento monitório (art. 9º, III c/c art. 701). Em tais casos o contraditório será *diferido*: seu estabelecimento é postergado para momento imediatamente posterior ao da decisão.

Cumpra verificar se essas previsões são constitucionais, afinal o contraditório diferido restringe, *ainda que provisoriamente*, uma garantia

do réu, ter-se-á uma distorção sistêmica que, conquanto indesejável, pode concretizar-se, o que, em alguma medida, sempre pode acontecer. Ora, *v.g.*, juízo absolutamente incompetente não pode decidir, mas se o fizer e a decisão passar em julgado haverá coisa julgada, surgindo vício rescisório (art. 966, II, CPC/15), o qual, não suscitado a tempo e modo, se estabilizará soberanamente. É erro, mas é acomodado pelo sistema. Nem por isso se pode dizer que se deva resistir às opções do legislador quanto à definição de critérios de competência absoluta. Daí por que não se pode concordar com o respeitável autor, no ponto.

³⁸ O presente tópico é uma síntese do que um dos autores desse artigo escreveu, em coautoria com Lenio Streck e Lúcio Delfino, aqui: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade>.

fundamental. Toda restrição a direito ou garantia fundamental deve ser proporcional. Mas frise-se: proporcionalidade como *proibição de proteção deficiente* e de *proibição de excesso*, não como ponderação³⁹⁻⁴⁰. Examinaremos apenas as hipóteses do art. 311, II e III.

O art. 311, II, CPC, autoriza a concessão de tutela de evidência *inaudita altera parte* quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Dois, portanto, os pressupostos: estarem as alegações (i) comprovadas documentalmente e (ii) respaldadas por provimento vinculante.

Quanto a (i), descurou o legislador que mesmo aí as alegações de fato podem comportar múltiplas interpretações. Com frequência, o conteúdo documental atíça exegeses diversas, levando à instauração de litígios porque os contratantes alimentam impressões diferentes daquilo que reza o instrumento entabulado. No mais, contraprovas robustas frequentemente esvaziam a força probante dos documentos anteriormente apresentados. Por isso, se o direito não corre risco de lesão não se justifica o diferimento do contraditório. As mesmíssimas razões são válidas para a hipótese do art. 311, III, CPC, daí por que somos contrários ao diferimento do contraditório também em tal caso.

Quanto a (ii), parece apostar em rasa compreensão dos precedentes, como se portassem sentidos prontos e acabados. Retorne-se à metafísica clássica (*adaequatio intellectus et rei*), onde as coisas possuíam essências⁴¹, concepção ontológica da linguagem desafinada

³⁹ Conferir: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª Ed. Saraiva. 2011, p. 535; NERY JR, Nelson. ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. RT. 2017, p. 153-155 e 279-283.

⁴⁰ Para uma crítica à reponderação pelo Estado-juiz em tema de garantias processuais, conferir: TORRANO, Bruno. *O Ministro Barroso e a execução provisória da pena criminal (Parte 2 – Ativismo judicial como “reponderação”)*. Empório do Direito, 26./10/2016. Disponível em www.emporiiododireito.com.br.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 15. UNIVALE, 2010. p. 158-173.

das tendências hodiernas do pensamento filosófico⁴². É o erro de desprezar a diferença ontológica entre texto e norma, uma iniquidade que caracteriza a ânsia, hoje infelizmente habitual, de eliminar a facticidade do mundo jurídico como receituário para obter resultados *rápidos* ou *eficientes* a partir dos precedentes.

Definitivamente, os precedentes não dispensam interpretação. Eles sempre impelem o intérprete a apurar: (i) a sua efetiva aplicação, dadas as semelhanças fático-jurídicas entre o caso anterior e o caso atual; e (ii) se a norma a ele atribuída (*ratio decidendi*) está em conformidade com a legalidade constitucional⁴³. E não é trivial argumentar sobre distinção, superação ou inconstitucionalidade (ou ilegalidade) de precedentes, como vem dramaticamente revelando a prática judiciária brasileira⁴⁴, a reforçar a necessidade de franquear a manifestação do réu antes da decisão.

Em face do exposto, só se chega ao extremo de conceder tutela provisória fundada em evidência *inaudita altera parte* graças à subversão da efetividade em eficiência (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Na lógica do mercado, a gestão eficiente busca retornos ótimos para a alocação de recursos escassos. Marcada pelo signo do utilitarismo, tal noção deveria cingir-se à função administrativa (inclusive do Judiciário), jamais avançando sobre a definição do conteúdo e o do alcance dos direitos e garantias fundamentais, em geral, e processuais, em especial, pois deixam de ser compreendidos como garantias contrajudiciais

⁴² JR., Torquato Castro. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei. *Princípio da Legalidade – Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Coords: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeotato. Editora Forense, 2009. p. 149-157.

⁴³ Sobre o ponto, em especial acerca do embate entre transcendentalistas e hermeneutas, consultar: SOUSA, Diego Crevelin de. O que deve ser dito sobre (e enfrentado n) a compreensão de precedentes dos hermeneutas? in *Diálogos de Teoria do Direito e Processo*. Coordenadores Antonio Carlos F. de Souza Jr., Antonio Carvalho Filho, Clayton Maranhão, Freddie Didier Jr, Roberto Campos P. Gouveia Filho. Jus Podivm. 2018, p. 395-415.

⁴⁴ Conferir o caso analisado por: SOUSA, Diego Crevelin. ROSSI, Júlio Cesar. *Precedentes: na dúvida... Não aplique! A dura saga dos precedentes no Brasil. O exemplo privilegiado da presunção de inocência*. Empório do direito, 18/03/2017. Disponível: www.emporiiododireito.com.br.

de liberdade para servirem de meros adereços à prestação eficiente do serviço judiciário. Em linguagem dworkiniana, os direitos passam a ser operados por argumentos de política (que definem estados ideais de coisas no sentido político, social ou econômico) ao invés de argumentos de princípio (que definem direitos e são trunfos contra maiorias, inclusive). De proteções contra o poder a instrumentos deste. Daí o potencial devastador de situar a eficiência como móvel para a ressignificação de direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o parágrafo único do art. 311 do CPC protege deficientemente o contraditório quando permite a concessão de tutela de evidência *inaudita altera parte*⁴⁵. É inconstitucional⁴⁶⁻⁴⁷.

⁴⁵ Esta leitura ainda prima pela coerência e integridade do direito no âmbito do próprio CPC-2015. Explica-se. O artigo 332 permite que o juiz julgue liminarmente improcedente o pedido que contrariar precedentes. É improcedência liminar fundada em juízo de evidência, portanto. Mas o §1º do artigo 927 é expresso no sentido de que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no artigo 10 e no artigo 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”. Ora, a menção ao artigo 10 deixa claro que, em obediência ao contraditório como garantia de influência e não surpresa, a decisão do artigo 332 não pode ser proferida sem a prévia oitiva do autor[7]. Assim, se a improcedência liminar deve ser precedida da oitiva do autor porque o pedido (aparentemente) contrasta provimento vinculante, também a concessão de tutela antecipada de evidência fundada em provimento vinculante deveria ser precedida da oitiva do réu. Se não é lícito surpreender o autor por decisão fundada em evidência decorrente de precedente, o mesmo deve valer para o réu. Trata-se de comezinha manifestação da isonomia (CF, artigo 5º). Assim, enquanto o artigo 927, § 1º rendeu as devidas homenagens ao modelo constitucional de processo para orientar adequadamente a incidência do artigo 332, o mesmo não se deu com o parágrafo único do artigo 311, que cedeu à tentação eficientista ao invés de reger adequadamente o inciso II do artigo 9º. Por todos, conferir: ABOUD, Georges. SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. 3ª Ed. RT. 2016, p. 951-953.

⁴⁶ Por todos, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Código de Processo Civil Comentado*; Orgs. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. Alexandre Freire. Saraiva. 2016, p. 448-455.

⁴⁷ Dois alertas são importantes. Primeiro, não se está dizendo inconstitucional a concessão de tutela antecipada fundada em evidência amparada em provimento vinculante. Nada há de inconstitucional nisso. Inconstitucional é a sua concessão *inaudita altera parte*. Veja que a inconstitucionalidade não tem relação com o fundamento da decisão (=entendimento firmado em provimento vinculante), mas com o momento da sua concessão (= *inaudita altera parte*). Oportunizada a oitiva do réu e convencendo-se o juiz de que o direito aparentemente existe, a antecipação, nesse caso, deve ser concedida. Segundo, não se está, com isso, enfrentando a

Não se deixe de explicitar que os dispositivos violam, ainda, a garantia constitucional da pressuposição de inocência civil – de resto, admitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Suprema Corte da Espanha, pelo menos nos casos que envolvem sanção administrativo-disciplinar. Embora em longa passagem, as palavras do autor suplicam transcrição:

Sem o devido processo legal não se vai da (a) pressuposição à (b) suposição, nem da (b) suposição à (c) posição. As transições de estado de (a) a (b) e de (b) a (c) se devem fazer sob os signos do contraditório e da ampla defesa. A descamação – que suprime o “pré-” e, em seguida, o “sub-” – há de ser sempre progressiva. Etapa a etapa. Sem atalhos. Sob a cadência de um algoritmo. Num certo sentido, o progressivo é sinônimo do processual, e o processual é antônimo do abrupto. E é pelo processual, não pelo abrupto, que, em boa parte, se impede o arbítrio decisório do Estado. O processo subjuga no tempo as forças naturais do impulso animal e carrila-as sobre o trilho reto da civilidade. Por isso, um *minimum* do processualidade deve anteceder toda e qualquer decisão. Decisão, porque síntese, sempre se antecede de tese e antítese: havendo a tese, o juiz deve colher a antítese antes de decidir; antevendo a decisão, o juiz deve provocar a tese e a antítese à falta delas. O contraditório é esse *minimum*.

A advertência é premente no plano das *tutelas sumárias satisfativas* (as chamadas “tutelas antecipadas”). Nele se propicia um encurtamento entre o estado-pressupositivo-de-inocência e o estado-supositivo-de-culpabilidade. Vai-se adiantadamente de um ponto a outro. Acelera-se a transição para uma “culpabilidade interina” ou “pré-culpabilidade”. Entretanto, não se vence *ex abrupto* – ainda que provisoriamente – a pressuposição de inocência ou de não culpabilidade civil. Nenhum átimo de *a-, sub- e não processualidade* é aceito. Isso só é possível em duas hipóteses *excepcionalíssimas* (sobre as quais deve recair, aliás, sisuda verificação): 1) risco atual, próximo

discussão da constitucionalidade, ou não, do art. 927, CPC. Considerando inconstitucional, por todos: NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. *Comentários ao Código de Processo Civil*. RT. 2015, p. 1835-1841. Considerando constitucional, por todos: ZANETI JR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2ª ed. Jus Podivm. 2016, p. 367-373.

e grave de perecimento de direito, que não permita aguardar-se a manifestação do réu, ainda que em prazo exíguo; ou 2) risco de que o réu, ciente do pedido de antecipação de tutela, lhe possa frustrar a eficácia. Só nelas o sem-a-ouvida-da-parte-contrária é tolerável. Fora delas ele se torna praga epidêmica.

Não se pode olvidar que a (a) *decisão concessiva de tutela sumária satisfativa* tem *sentencialidade*. É uma “sentença liminar”. É síntese interina que já desce ao *meritum causæ*. Regula provisoriamente a relação jurídica de direito material controvertida. No plano dos supostos, é vizinha da (b) *sentença de procedência ainda não transitada em julgado* e dos (c) *títulos executivos extrajudiciais*. Decerto (a), (b) e (c) não têm idêntica força supositiva. Mas, ainda que a medida dessa força entre eles varie, todos ocupam a zona intercalar entre o pressuposto e o posto. Logo, não se pode pensar num título supositivo de culpabilidade civil – judicial ou extrajudicial – sem o selo da *bilateralidade efetiva* ou *potencial*. A suposição sempre brota de um contexto negocial (ex.: emissão cambiária) ou institucional (ex.: processo jurisdicional) que possibilita a formação *dialética* do respectivo título. Assim sendo, há um devido-processo-legal próprio às decisões antecipatórias, que não pode degenerar – em regra – na não processualidade do *inaudita altera parte*. Elas não são imunes às incidências da macrogarantia processual e do contraditório, que é o mais nuclear dos seus princípios formativos.

[...]

O prazo para a manifestação sobre o pedido pode variar. Se formulado na petição inicial, é desejável que sobre ele o réu se pronuncie na contestação. Contudo, se o autor não puder aguardar, que ao menos se permita ao réu prazo menor. Como se vê, a variação se modula em função do grau de urgência: sob urgência extremada, não se aguarda; à míngua de urgência, aguarda-se a contestação. O importante é que a marcha da pressuposição-de-inocência à suposição-de-culpabilidade, embora rápida, não seja repentina nem automática. Se o autor tentou demonstrar a presença dos pressupostos concessivos (*tese – prius*), é preciso que o réu lhes tente demonstrar a ausência (*antítese – posterius*). Pois sem a copertença *tese/antítese*, o título supositivo de culpabilidade civil não pode emergir.

Daí a *inconstitucionalidade* do parágrafo único do artigo 311 do CPC-2015, que prescreve a concessão *inaudita altera parte* da “tutela de evidência” (tutela de evidência extremada pura ou sem urgência) em duas situações: i) quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”; ii) quando “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”. Em (i) e (ii), não há qualquer motivo justificável para a súbita superação a-processual da pressuposição civil de não culpabilidade. Aliás, apesar de ter sobre si o risco *in initio litis* de uma tutela de efeitos irreversíveis, o réu pode *aniquilar* o pedido de concessão de tutela, evidência mediante contraprova documental ou demonstrando, por exemplo, falsidade documental, decadência, prescrição, incompetência, superação tácita do precedente, erro de interpretação do precedente. Decididamente, evidência não se confunde com “impossibilidade de contestação séria”⁴⁸.

Por todo o exposto, então, conclui-se que os arts. 9º, II, e 311, parágrafo único, CPC, encerram proteção deficiente da garantia do contraditório e da pressuposição de inocência civil, além de não se mostrarem necessários à proteção adequada de qualquer outro direito ou garantia fundamental, razão por que são eivados de inconstitucionalidade material, devendo deixar de ser aplicados, na via difusa, e declarados inconstitucionais, na via concentrada⁴⁹.

⁴⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. Presunção de Inocência Civil – algumas reflexões no contexto brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. n. 100. out/dez 2017. Fórum, p 141-143.

⁴⁹ O Governador do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ADI pleiteando a declaração de inconstitucionalidade de vários dispositivos do CPC-2015, dentre os quais os arts. 9º, parágrafo único, II, e 311, parágrafo único. A Associação Brasileira de Direito Processual foi admitida para ali atuar como *amicus curiae*, tendo manifestado-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos.

Manifestação do requerido

Em se tratando de tutela de evidência, aquele em face de quem se pede a medida *sempre* deve ser ouvido antes da decisão. É inconstitucional a concessão de tutela de evidência *inaudita altera parte*, como se viu em 2.8.

Responsabilidade Objetiva do Autor (art. 302, CPC/15).

Dos arts. 302 e 520, CPC/15, resulta que a parte beneficiada responde objetivamente pelos danos causados pela execução indevida da tutela provisória de evidência⁵⁰.

Entretanto, Daniel Mitidiero, na esteira de Ovídio Batista da Silva, faz temperamento relevante, ao qual aderimos. Vejamos.

De um lado, os danos decorrentes da *execução provisória indevida* (assim considerada porque não confirmada ao final) devem ser reparados pelo beneficiário da medida independentemente de dolo ou culpa. De outro, os danos decorrentes da *fruição indevida do bem da vida durante o processo* (assim considerada porque o pedido foi acolhido ao final, tendo sido indeferido o pedido de tutela antecipada) devem ser reparados pelo usufrutuário mediante prova do dolo ou culpa.

Ou seja, o autor que se beneficiou indevidamente da execução da tutela antecipada responde objetivamente pelos danos daí decorrentes. Por outro lado, o réu que se beneficiou indevidamente da manutenção do bem da vida sob seus domínios durante todo o iter procedimental responde subjetivamente pelos danos daí decorrentes.

Ora, de duas, uma: ou há responsabilidade objetiva em ambos os casos, ou há responsabilidade subjetiva em ambos os casos. Não há

⁵⁰ NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Lei 13.105/15*. RT. 2015, p. 861.

discrímen que justifique a duplicidade de regimes⁵¹. Vedada a analogia *in malam partem*, parece mesmo que só resta a responsabilidade subjetiva.

HIPÓTESES DE TUTELA DE EVIDÊNCIA NO CPC/15

Já foi dito, o CPC/15 elenca as hipóteses de cabimento de tutela de evidência nos incisos do art. 311.

Comum a todas as hipóteses, porque próprio da tutela de evidência, a concessão prescinde da demonstração de *periculum in mora*. De acordo com Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery, “em comparação com a tutela de urgência, a tutela da 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”⁵².

A observação é relevante por informar que, ao menos em relação ao dispositivo em liça, *a tutela de evidência sempre pressupõe a probabilidade real do direito do autor* (por sua própria força ou porque fortalecido por defesa inconsistente do réu). A tutela de evidência fundada no art. 311, CPC/15, sempre pressupõe a demonstração do *fumus boni iuris*, portanto.

Importante ressaltar que a tipificação do art. 311, CPC/15, não exclui outras hipóteses legais de tutela de evidência, tampouco da sua concessão *atípica* (=sem previsão legal).

⁵¹ Adere-se ao temperamento de Daniel Mitidiero: “nesses casos, a responsabilidade civil pela fruição da antecipação da tutela depende da alegação e prova de dolo ou culpa, porque amparada em um legítimo exercício de poder estatal. Só há responsabilidade objetiva diante da sentença de improcedência quando a tutela provisória é obtida de forma injustificada, isso é, com violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa)”. (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini, Bruno Dantas. 3ª ed. RT. 2016, p. 872).

⁵² *Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/15*. RT. 2015, p. 871.

A tutela de evidência só é novidade enquanto significativa presente em lei. No foro, como já dito, sempre se concedeu tutela antecipada fundada *apenas* na evidência do direito. Se o CPC/15 pretendeu oficializar a existência desse fenômeno, não pode ele ser causa do seu engessamento ao casuísmo sempre insuficiente do legislador⁵³. Tanto mais porque não o diz expressamente. Não consta que a tutela de evidência será concedida *apenas nos casos expressamente previstos em lei*. De resto, a ampla possibilidade de concessão de tutela de urgência é corolário da garantia fundamental de acesso à justiça como obtenção de tutela adequada e tempestiva.

Tutela de Evidência por Abuso do Direito de Defesa ou o Manifesto Propósito Protelatório da Parte (art. 311, I, CPC/15)

Nos termos do art. 311, I, conceder-se-á tutela de evidência quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”.

A regra remonta ao art. 273, II, CPC/73, que, impõe reconhecer, possuía redação mais burilada. Explica-se. O art. 273 *caput*, expressava o pressuposto (pretensamente⁵⁴) invariável de todas as tutelas antecipadas, i.é, o *fumus boni iuris*⁵⁵, deixando para os seus incisos a indicação dos elementos completantes dos suportes fáticos da antecipação fundada na urgência (inciso I) e na evidência (inciso II). Ficava claro, então, que a tutela antecipada de evidência fundada no

⁵³ A propósito, conferir: COSTA, Eduardo José da Fonseca. O “Direito Vivo” das Liminares. Dissertação de Mestrado apresentado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009, p. 52 a 65. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8886/1/Eduardo%20Jose%20da%20Fonseca%20Costa.pdf>

⁵⁴ Fala-se “pretensamente” porque ignora casos e em que a tutela antecipada era (e segue sendo) concedida *apenas* com base em *periculum* extremado puro, sem qualquer consideração sobre o *fumus*.

⁵⁵ 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 e:

abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório decorria da soma do *fumus boni iuris* e do abuso ou manifesta protelação. Nunca se pôde conceder tutela de evidência fundada *apenas* no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório do réu⁵⁶.

Em que pese a redação do art. 311, I, CPC/15, não ser tão inequívoca quanto a do correspondente no direito anterior, nada mudou. No direito positivo brasileiro a tutela de evidência *sempre* pressupõe *fumus boni iuris*. É elemento invariável do antecedente da norma jurídica da tutela provisória de evidência. Identicamente ao que sucedia no art. 273, II, CPC/73, o inciso I do art. 311 do CPC/15 *complementa* o suporte fático da norma da tutela provisória de evidência com a exigência de abuso do direito de defesa ou prática de ato manifestamente protelatório.

Portanto, a tutela de evidência do art. 311, I, CPC, tem como *pressupostos cumulativos* (i) a elevada probabilidade de existência do direito e (ii) a prática de ato abusivo ou manifestamente protelatório. Não basta apenas o pressuposto (ii).

O dado invariável (posto que não exauriente) do constitucionalismo é a limitação do poder estatal. Logo, o poder punitivo estatal *lato sensu* só existe mediante previsão legal expressa. É terreno da legalidade estrita. Mais: a lei deve dispor expressamente tanto sobre o *antecedente* como sobre o *consequente* da norma jurídica de sanção. Cumpre à lei definir *quando* e *como* punir. Assim: há previsão legal de determinada sanção – e ela deve ser aplicada, presentes seus pressupostos – ou não há previsão legal de determinada sanção – e ela não pode ser aplicada. *Tertium non*

⁵⁶ Sobre o art. 273, II, CPC/73, escreveu Luiz Guilherme Marinoni: “No jogo entre a tempestividade e a segurança, a tutela antecipatória baseada no art. 273, II, somente é possível quando a defesa deixar entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, a injusta espera para a realização do direito. [...] Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa, contudo, são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização do primeiro”. (*Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*. 2ª Ed. RT. 2011, p. 46-47).

datur. Daí ser contrária à Constituição qualquer construção interpretativa (doutrinária e/ou jurisprudencial) que pretenda construir hipóteses de abuso e teses de punição do abuso processual *sem previsão legal expressa*. Não passa de moralismo autoritário.

Fitando o CPC/15, tem-se que o abuso do direito é gênero (art. 5º) do qual o ato manifestamente protelatório é espécie (v.g. art. 88, VII). É o terreno da proibidade processual, cujos tipos e consequências estão – como devem estar – vertidos expressamente na lei. E o direito positivo pátrio não prevê a concessão de tutela provisória como forma de punir o abuso do processo. O Brasil não consagra a tutela provisória sancionatória, portanto. Daí ser incorreto estabelecer uma relação direta entre o abuso do direito e a tutela provisória; aquele não conduz, por si só, a esta⁵⁷⁻⁵⁸.

A boa-fé e a cooperação (arts. 5º e 6º, CPC/15) autorizam o discurso da tutela de evidência sancionatória (=espécie de função limitadora do exercício abusivo dos direitos processuais). Embora compreensível, o entendimento flerta com uma metódica perigosa: transitando inadvertidamente no belicoso terreno das irritações entre juridicidade e moralidade, cai na armadilha de permitir a correção moral do direito, fazendo ruína da *garantia da legalidade* que racionaliza

⁵⁷ Luiz Guilherme Marinoni tem razão em lição com vistas ao direito anterior, mas ainda integralmente válidas: “Frise-se que não é possível confundir o abuso do direito de defesa com litigância de má-fé. Para efeito de tutela antecipatória, é possível extrair do art. 17 do CPC alguns elementos que podem colaborar para a caracterização do abuso do direito de defesa. Mas isto não significa que as hipóteses do art. 17 possam servir de guia para a compreensão da tutela antecipatória fundada no abuso do direito de defesa”. (*Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*. 2ª Ed. RT. 2011, p. 47-48).

⁵⁸ É a posição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “o art. 311, I, deve ser lido como uma *regra aberta* que permite a antecipação da tutela sem urgência em toda e qualquer situação em que a defesa do réu se mostre *frágil* diante da *robustez* dos argumentos do autor – e da prova por ele produzida – na petição inicial [...] quer se fundamente na urgência ou na evidência [...], a técnica antecipatória tem como pressuposto a *probabilidade do direito*, isto é, uma *convicção judicial* formada a partir de uma *cognição sumária* das alegações da parte”. (*Novo Curso de Processo Civil*. V.2. RT. 2015, p. 201-202). No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC. Código de Processo Civil. Lei 13.102/2015. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas*. Método. 2015, p. 217; MEDINA, José Miguel García. *Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed. RT. 2017, p. 508.

todo direito sancionador. Mas o constitucionalismo contemporâneo é caracterizado pelo elevado grau de autonomia do direito, que não pode ser corrigido pela moral (Lenio Streck).

Bem pensadas as coisas, somente por alquimia inexplicável o abuso do processo poderia tornar evidente ou urgente um direito que, até então, sequer se supunha existente. Não se olvide a diferença abissal entre a medida sancionatória pura e a tutela provisória de evidência: esta se liga ao resultado do processo; aquela, sim. Não por outro motivo é perfeitamente possível punir o vencedor por abuso do processo. Note que a sanção em sentido estrito não é aplicada sob condição, diferentemente do que sucede com a tutela provisória, sempre submetida a condição resolutiva (a tutela provisória é substituída pela tutela definitiva, quer esta a confirme ou a revogue). A multa aplicada à parte que deixa de comparecer à audiência de conciliação ou mediação (ato atentatório à dignidade da justiça – art. 334, § 8º, CPC/15) não é confirmada ou revogada conforme ao cabo do litígio essa mesma parte reste vencida ou vencedora. Já a tutela antecipada sancionatória teria de ser revogada se, ao final, o litigante ímprobo restasse vencedor. Pensar em *sanção em sentido estrito* sujeita a condição resolutiva é *non sense*⁵⁹.

Por si sós o abuso e a protelação justificam *apenas* a punição por ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé, conforme o caso. Reduzido a esse suporte fático, não se concede qualquer tutela provisória, sequer a do art. 311, I, CPC/15⁶⁰. Não faz o menor sentido

⁵⁹ No mesmo sentido, Eduardo José da Fonseca Costa é certo: “Não se alegue, pois, que o inciso I contempla hipótese de tutela liminar “sacionatória”. Decididamente, não se cuida de sanção. Se de sanção se tratasse, a medida não poderia ser revogada por eventual sentença de improcedência (repise-se: nada impede que a razão esteja com quem litiga de má-fé). É inadmissível que a sentença de improcedência possua o condão de anistiar o *improbis litigator*. Se, no curso do processo, for imposta ao réu sanção punitiva ou reparatória, especificamente direcionada à prática de litigância de má-fé, a condenação permanecerá incólume com a sentença de improcedência”. (*Código de Processo Civil Comentado*. Coord. Helder Moroni Câmara. Almedina. 2016, p. 477).

⁶⁰ Para falar em tutela antecipada sancionatória pode-se partir da ideia de sanção como consequência prevista pelo ordenamento para o descumprimento de um dever para considerar

falar em tutela de evidência punitiva ou sancionatória quando não se dispensa a presença do pressuposto invariável do *fumus boni iuris*⁶¹.

Mais dois pontos devem ser explorados.

Consoante acertado alvitre doutrinário, o abuso do direito de defesa só pode ser praticado no curso do processo, enquanto o ato protelatório abrange condutas extraprocessuais, inclusive pré-processuais⁶².

Segundo a doutrina, são condutas que podem autorizar a incidência do art. 311, I, CPC/15, dentre outras: (i) a reiterada retenção dos autos por tempo delongado; (ii) o fornecimento de endereços inexatos para dificultar intimações; (iii) prestar informações erradas; (iv) embaraçar atos de produção de provas; (v) alienar bens necessários à satisfação do demandante etc⁶³. Discorda-se, entretanto, da hipótese (v).

A alienação dos bens necessários à satisfação do demandante é de todo relevante à tutela processual dos direitos patrimoniais, contudo o caso não é de tutela de evidência. Ora, a alienação de um bem, *per se*, não torna o direito evidente. Fosse assim, toda e qualquer prática negocial da parte será considerada suspeita, capaz de fazer evidente o direito do suposto credor lesado, o que seria um absurdo. O caso é de tutela de urgência, ante o perigo de dano – notadamente de tutela cautelar. Lembre-se que tanto a fraude contra credores como a fraude de execução exigem o pressuposto do *dano*, i.é, a redução do suposto devedor e/ou

o art. 311, I, CPC/15, espécie de tutela de evidência sancionatória. Afinal, o abuso ou a protelação são violações dos deveres de probidade (art. 80, CPC/15) e compõe o suporte fático de instituto que incide por consequência deles (=praticado o abuso ou a protelação, incide a tutela de evidência). Mesmo aí, porém, a concessão pressupõe a probabilidade do direito do autor. Mesmo com uma acepção *lata* de *sanção* não seria possível falar em uma autêntica tutela antecipada sancionatória, dado que o abuso ou a protelação não bastam à sua concessão.

⁶¹ No sentido criticado: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11^a ed. Jus Podivm. 2016, p. 633 e ss.; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Atlas. 2015, p. 169.

⁶² Nesse sentido: NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei 13.105/15. RT. 2015, p. 872; DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11^a ed. Jus Podivm. 2016, p. 635.

⁶³ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11^a ed. Jus Podivm. 2016, p. 636.

responsável ao estado de insolvência. Tais tutelas só são concedidas se houver prova de que os bens necessários, livres e desembaraçados estão (efetiva ou iminente) se perdendo, de modo que a tutela provisória a esse título é fundada na *urgência*. Não se cuida, definitivamente, de suporte fático à concessão de tutela de evidência.

No mais, se no instante em que for praticado o abuso ou protelação o processo estiver pronto para julgamento (i.é, não for necessária a produção de qualquer prova), deve-se proceder ao julgamento antecipado do mérito, e não à concessão da tutela de evidência. Nada obstante, em tais casos é imprescindível que o juiz conceda a tutela de evidência na sentença, suprimindo o efeito suspensivo automático da apelação (art. 1.012, § 1º, V, CPC/15) e permitindo que o autor usufrua desde já do bem da vida, mediante execução provisória⁶⁴. É imperativo da duração razoável do processo.

Por fim, cumpre estabelecer a eficácia do art. 311, I, CPC/15, em face dos litisconsortes. No *litisconsórcio simples* há mais de uma relação de direito material em jogo ou uma relação de direito material divisível, por isso a decisão *pode* tratar os litisconsortes de modo distinto. Consequentemente, se o direito é evidente e um litisconsorte simples abusa do processo ou pratica ato manifestamente protelatório, contra ele incide o art. 311, I, CPC/15. No *litisconsórcio unitário* a relação de direito material é indivisível e os litisconsortes são tratados em seu conjunto, por isso a decisão *deve* tratar os litisconsortes do mesmo modo. Consequentemente, se o direito é evidente e um litisconsorte unitário abusa do processo ou pratica ato manifestamente protelatório a sua conduta é *totalmente ineficaz para fins de tutela antecipada de evidência* – mas servirá para puni-lo por ato atentatório à dignidade da justiça ou litigância de má-fé, conforme o caso.

⁶⁴ Por todos: GOUVEIA. Lúcio Grassi de. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Coordenadores Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro. Roberto P. Campos Gouveia Filho. Izabela Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão. Lúcio Grassi de Gouveia. Editora Lualri. 2017, p. 505.

Tutela de Evidência por Suficiência Probatória Documental e Jurídica Precedental (art. 311, II, CPC/15).

Nos termos do art. 311, II, CPC/15, o juiz concederá tutela de evidência quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Trata-se de hipótese em que a pretensão do autor revela-se robusta tanto em relação ao aspecto fático (fundado em farta prova documental) quanto ao aspecto jurídico (fundado em provimento vinculante).

As provas devem ser documentais ou documentadas (v.g. perícia, depoimento de parte tomado em caráter antecedente – art. 382 e ss. CPC/15)⁶⁵, sempre pré-constituídas⁶⁶.

Quanto ao provimento vinculante, a disciplina do art. 311, II, CPC/15, apresenta incrível dissintonia com o art. 927 do mesmo diploma, segundo o qual juízes e 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 e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Embora o dispositivo em comento faça menção apenas aos provimentos (ii) e (iii) – estes, em parte –, não há qualquer razão para não se admitir a concessão de tutela de evidência em face de entendimento firmado nos demais provimentos. A interpretação extensiva se impõe. No mínimo, seria o

⁶⁵ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. V.2. 11^a ed. Jus Podivm. 2016, p. 637.

⁶⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Atlas. 2015, p. 170.

caso de equiparar à hipótese de improcedência liminar do pedido do art. 332, CPC/15, que abrange os provimentos (ii), (iii) e (v)⁶⁷.

Mas como se trata de tutela *provisória* fundada em *evidência*, é lícito que mesmo provimentos não inseridos no rol do art. 927, CPC/15, fundamentem a concessão da tutela provisória. É possível citar provimentos como: decisão de Turma do STF proferida em recurso extraordinário com repercussão geral; jurisprudência unânime ou amplamente majoritária do STF, do STJ ou do tribunal local sobre o tema; liminar do STF em ação de controle concentrado de constitucionalidade. Até atos normativos de outros poderes podem ser cogitados: a resolução do Senado que suspende a vigência de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso; a jurisprudência dos órgãos colegiados no âmbito da administração pública (v.g. Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional; Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo etc.), mormente quando já enfrentam temas ainda inéditos no Judiciário. Justifica-se a tutela de evidência com base em tais provimentos, porque é recoberto de evidência do direito subjetivo do administrado assim reconhecido em jurisprudência unânime pela própria administração pública. Não se olvide que algumas dessas Cortes chamam a atenção pela qualidade dos seus julgados (muitos de seus membros são recrutados entre profissionais gabaritados em temas complexos) e imparcialidade de suas decisões. É imprescindível que tais provimentos autorizem a concessão de tutela de evidência com fulcro no art. 311, II, CPC/15. Vedada a interpretação extensiva, será o caso de lançar mão de tais provimentos para fins de concessão de tutela de evidência *atípica*⁶⁸.

⁶⁷ Neste texto, equiparou-se a súmula do tribunal local sobre direito local (art. 332, IV, CPC/15) à orientação do plenário ou órgão especial do tribunal local (art. 927, V, CPC/15).

⁶⁸ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Código de Processo Civil Comentado*. Coord. Helder Moroni Câmara. Almedina. 2016, p. 478-479.

Tutela de Evidência da Tutela Reipersecutória Fundada em Prova Documental do Contrato de Depósito (art. 311, III, CPC/15)

Nos termos do art. 311, III, CPC/15, o juiz concederá tutela de evidência quando “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”.

Veja mais se exige prova documental. Aliás, o dispositivo fala em “prova documental adequada”, o que remete à distinção entre contrato de depósito (i) voluntário, (ii) legal e (iii) miserável. Por disposição legal, (i) e (ii) só se provam por escrito (arts. 646 e 647, I e 648, CC), enquanto (iii) se prova por qualquer meio (art. 648, parágrafo único, CC). Assim, a prova documental adequada de (i) e (ii) é a *prova escrita*, enquanto de (iii) é qualquer documento (=representação escrita ou gravada – foto, vídeo etc. – de um ato ou fato). Essa é a prova que, uma vez presente, autoriza a concessão da tutela provisória.

A hipótese é uma espécie de compensação pela extinção do procedimento especial de depósito (art. 901 e ss. do CPC/73).

Tutela de Evidência por Fragilidade Concreta da Tese Defensiva (art. 311, IV, CPC/15)

Nos termos do art. 311, IV, CPC/15, o juiz concederá a tutela de evidência quando “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”.

Eis os pressupostos dessa hipótese de tutela de evidência: (i) que o direito do autor, tanto quanto aspecto fático quanto jurídico, se evidencie mediante prova documental; e (ii) que o direito do autor, em

toda a sua extensão fático-jurídica, não seja posto em dúvida razoável por prova documental apresentada pelo réu.

O dispositivo fala em “prova documental”, também atendem o pressuposto: (i) fatos notórios, (ii) presunções absolutas, (iii) provas emprestadas, (iv) questões incidentais decididas em outro processo com força de coisa julgada, (v) provas orais e periciais produzidas antecipadamente, (vi) prescrição e decadência etc.

Aqui, as provas apresentadas e os fundamentos jurídicos apresentados pelo autor já são robustos e restam ainda mais fortalecidos ante a inconsistência da defesa do réu. Resta estabelecido um ponto de intersecção entre a tutela de evidência e o julgamento antecipado do mérito: (i) se réu contrapõe prova documental capaz de lançar dúvida razoável sobre o direito do autor, não se concede a tutela de evidência; (ii) se o réu necessita produzir prova idônea (v.g. perícia, depoimento pessoal ou testemunhal etc.), a tutela provisória deve ser concedida; (iii) mas se o réu não apresenta contraprova documental robusta nem possui provas a produzir no curso do processo, então o caso é de julgamento antecipado (art. 355, I, CPC/15).

Neste último caso, aliás, o juiz deve conceder a tutela da evidência do art. 311, IV, CPC/15, na sentença, suprimindo o efeito suspensivo do recurso eventualmente interposto contra tal decisão, permitindo a execução provisória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se realizar uma apresentação panorâmica da dogmática da tutela de evidência no novo CPC.

Foram feitas considerações terminológicas prévias, como uma espécie de pacto semântico dos termos empregados ao longo do texto, para facilitar a compreensão.

Na sequência, fez-se considerações genéricas sobre a tutela de evidência e, por fim, o exame, com alguma detença, de cada uma das hipóteses de tutela de evidência contempladas no art. 311, CPC.

Destaca-se o exame da impossibilidade da concessão de tutela de evidência de ofício, isto é, sem requerimento da parte, bem como a inconstitucionalidade do art. 311, parágrafo único, CPC, que autoriza a sua concessão *inaudita altera parte*, por violação da garantia do contraditório mediante proteção deficiente.

Espera-se que essas considerações possam contribuir para o desenvolvimento de estudos mais detidos e aprofundados sobre o tema, diretamente e suas adjacências, eis que possui imensa relevância operacional e dialoga, diretamente, com garantias processuais sensíveis, de modo que a sua correta equalização é tarefa a ser desempenhada com detença pelos processualistas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coords. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. 3ª Ed. RT. 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. Atlas. 2015.
- CASTRO JR., Torquato. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei. Princípio da Legalidade – Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Coords: Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeotato. Editora Forense, 2009.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Futuro do Processo Civil no Brasil. Uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC. Coordenadores Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús

- Guedes, Lúcio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão. Editora Fórum. 2011.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Código de Processo Civil Comentado. Coordenador Helder Moroni Câmara. Almedina. 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Código de Processo Civil Comentado; Orgs. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. Alexandre Freire. Saraiva. 2016.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Algumas Considerações Sobre as Iniciativas Judiciais Probatórias. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, n. 90. Fórum. 2015.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. O “Direito Vivo” das Liminares. Dissertação de Mestrado apresentado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009, p. 52 a 65. Disponível em:<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8886/1/Eduardo%20Jose%20da%20Fonseca%20Costa.pdf>
- COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. Presunção de Inocência Civil – algumas reflexões no contexto brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. n. 100. out/dez 2017. Fórum.
- DELFINO, Lúcio. ROSSI, Fernando. Juiz Contraditor? In Processo Civil nas Tradições Brasileira e Iberoamericana. Conceito, 2014.
- DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. In: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/2016418121339.pdf>.
- DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. V.2. 11ª Ed. Jus Podivm. 2016.
- DIDIER JR, Fredie. in Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Antonio do Passo Cabral. Ronaldo Cramer. Forense, 09/2015. VitalBook file.
- GOUVEIA. Lúcio Grassi de. Novo Código de Processo Civil Comentado. Coordenadores Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro. Roberto P.

- Campos Gouveia Filho. Izabela Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão. Lúcio Grassi de Gouveia. Editora Lualri. 2017.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Novo Código de Processo Civil Comentado. Coordenadores Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro, Roberto P. Campos Gouveia Filho, Izabel Cristina Pinheiro Cardozo Pantaleão e Lúcio Grassi de Gouveia. Lualri Editora. 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda. 2ª Ed. RT. 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. V.2. RT. 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito Processual Civil Moderno. 3ª Ed. RT. 2017.
- MITIDIERO, Daniel. Antecipação da Tutela. Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. RT. 2012, p. 129 e ss.
- MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. 3ª Ed. RT. 2016.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil, pressupostos sociais, lógicos e éticos. RT. 2009.
- NERY JR, Nelson. ABOUD, Georges. Direito Constitucional Brasileiro. RT. 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC. Código de Processo Civil. Lei 13.102/2015. Inovações. Alterações. Supressões. Comentadas. Método. 2015.
- PEREIRA, Mateus Costa. Tutela Provisória de Urgência: premissas doutrinárias questionáveis + negligência da historicidade = equívocos legislativos. In Coleção Grandes Temas do Novo CPC. V.6. Tutela Provisória. Coordenadores Eduardo José da Fonseca Costa, Roberto Campos Gouveia Filho e Mateus Costa Pereira. Jus Podivm. 2016.

- SOUSA, Diego Crevelin de. DELFINO, Lúcio. STRECK, Lenio. <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoria-contraditorio-evidente-inconstitucionalidade>.
- SOUSA, Diego Crevelin de. O que deve ser dito sobre (e enfrentado) a compreensão de precedentes dos hermeneutas? *Empório do direito*, 27/12/2016. Disponível: www.emporiiododireito.com.br.
- SOUSA, Diego Crevelin. ROSSI, Júlio Cesar. Precedentes: na dúvida... Não aplico! A dura saga dos precedentes no Brasil. O exemplo privilegiado da presunção de inocência. *Empório do direito*, 18/03/2017. Disponível: www.emporiiododireito.com.br.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª Ed. Saraiva. 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 15. UNIVALE, 2010.
- THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57ª Ed. Forense. 2016.
- TORRANO, Bruno. O Ministro Barroso e a execução provisória da pena criminal (Parte 2 – Ativismo judicial como “reponderação”). *Empório do Direito*, 26./10/2016. Disponível em www.emporiiododireito.com.br.
- ZANETI JR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2ª ed. Jus Podivm. 2016.

TUTELA ANTICIPADA: COMPARACION ENTRE EL SISTEMA BRASILERO Y EL ARGENTINO

Jorge A. Rojas¹

INTRODUCCION

En Brasil se ha trabajado incansablemente -desde hace mucho tiempo- sobre la necesidad de aggiornar el proceso judicial a las necesidades de los tiempos actuales, para salir del encierro que hemos heredado de los moldes clásicos que nos proporcionó -a países como los nuestros- el derecho continental.

Con la enorme importancia que le damos a la doctrina italiana, señera en materia cautelar, no nos apartamos de algunos lineamientos básicos que hemos madurado con ella, y que han jalonado nuestra formación y nuestro conocimiento sobre la forma tradicional de contrarrestar el consumo de tiempo por parte del proceso.

Sin embargo, y en aras de coadyuvar con el enriquecimiento que ha generado el amplio debate suscitado en la procesalística brasileña con la tutela anticipada, que parece presentarse en la realidad como la proa de acceso a esa posibilidad tan ansiada para contrarrestar el tiempo que consume el proceso, nos animamos merced a esta gentil invitación del profesor Hermes Zanetti Jr. a proporcionar una mirada en algún sentido diversa, pero que no descarta la tarea que viene realizando la doctrina brasileña, sino que persigue un enfoque distinto conformado por aquel que resulta tradicional, con la necesidad de estructurar un nuevo proceso que permita la estabilidad que conlleva una decisión

¹ Profesor Titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Buenos Aires – Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal

que pueda pasar en autoridad de cosa juzgada, despejando algunas contradicciones que se suscitan –desde mi punto de vista- con la nueva regulación que le ha dado el nuevo ordenamiento procesal de Brasil.

De eso se trata este conjunto de ideas, apoyado en el afán de apoyar la riqueza gestada dentro del escenario jurídico, para aunar esfuerzos en pro de lograr una mejora de las instituciones procesales, que no es otra que el mejor servicio de administración de justicia que puede brindársele al justiciable, anclado siempre entre el tiempo que naturalmente consume el proceso y la necesidad de superar -con respuestas sencillas y rápidas- esos esquemas de trabajo tradicionales.

ANTECEDENTES DE LA TUTELA ANTICIPADA EN BRASIL Y EN ARGENTINA

Tuvimos oportunidad de enterarnos en Argentina cómo surgió la idea de gestar una tutela anticipatoria en Brasil, a partir de la crisis suscitada en la década de los '90 con el plan Collor de Melo², y el rol que cumplió la jurisdicción para reintegrar -por vía cautelar- los depósitos de las personas que se veían retenidos en las entidades bancarias con motivo del cambio de moneda llevado a cabo en aquél entonces.

También supimos –merced al trabajo de Barbosa Moreira- la encrucijada que enfrentaron los abogados brasileños cuando se vieron compelidos a la promoción de una acción declarativa, para que no caducara la cautela que habían obtenido, y como consecuencia de ello, la pregunta clave que dio origen prácticamente a todos los desarrollos llevados a cabo por la doctrina, pues agotado el objeto de la pretensión

² Véase Barbosa Moreira, José Carlos; La tutela de urgencia en un episodio reciente de la historia política brasileña, en AA.VV., Medidas Autosatisfactivas, dir. Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 205 y ss.

a través de la operatividad de la cautela, cuál era el sentido de la promoción de una acción principal, que aparecía abstracta.

Ello llevó a la modificación del viejo Código Procesal brasileiro que en su art. 273 consagró a la tutela anticipada como una especie de nuevo instituto, tal vez llevado por la superposición que se producía entre la petición cautelar y la pretensión sustancial, aunque con el tiempo y advirtiendo la limitación u obturación que se producía en el funcionamiento que naturalmente tienen las providencias cautelares, dictó una ley modificatoria (la 10.444) a esos fines, permitiéndose la obtención por vía incidental de una cautela clásica o típica.

Si de algún modo esta prieta síntesis de lo acontecido la podemos comparar con lo que sucedió en mi país mucho antes, concretamente en la década de los '80 con la espiral inflacionaria que se había desatado por entonces, en especial durante los años 82 y 83, se pueden concluir que ambas situaciones eran muy parecidas.

Por entonces en la Argentina, los mutuos hipotecarios se liquidaban por un lado con el ajuste que generaba la inflación, y por otro lado esas sumas devengaban a su vez intereses, producto de lo cual, el efecto no deseado que provocaba esa situación era que cuanto más pagaba el deudor por su hipoteca, más debía.

Ello fue consecuencia de la explosión inflacionaria generada en el país a partir del año 1975, y la necesidad de la jurisdicción de reconocer como deuda de valor, aquellos importes que nominalmente se adeudaban, interpretando la Corte Suprema de Justicia de la Nación por entonces, que el capital ajustado era el capital mismo, solo que repotenciado por el ajuste generado por la inflación.

Esto derivó en ejecuciones hipotecarias llevadas a cabo por entidades financieras contra los particulares, que veían diluir sus esfuerzos producto de esa estampida inflacionaria, como consecuencia de lo cual al caer en mora se veían inhibidos de plantear la revisión o

la nulidad de esos mutuos hipotecarios precisamente por los excesos que se producían.

Finalmente, merced a los planteos de los abogados, los jueces advirtieron la anomalía producida y también lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para evitar el conflicto social que se estaba produciendo, de modo que las personas no vieran perder -a través de una subasta judicial- su vivienda única y familiar.

De tal modo, los abogados comenzaron a plantear medidas cautelares persiguiendo -para evitar caer en mora- un freno a los ajustes de esas cuotas devengadas por los mutuos hipotecarios, para permitir así la revisión de lo pactado, en el proceso judicial correspondiente, en aras a demostrar su nulidad, sea por el vicio de lesión enorme, o sea por la desproporción que se generaba en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores.

Y así fue como la jurisdicción accedió por vía de una cautelar innovativa a alterar el monto de las cuotas -ajustándolas conforme los ingresos del grupo familiar- en tanto se tratara de la vivienda única y familiar, para resguardar así el acceso a la jurisdicción, que les permitiera debatir la nulidad que surgía de esos mutuos hipotecarios por la enormidad que representaba el pago de esas cuotas.

Como se puede inferir, de la comparación entre lo sucedido en ambos países, la situación era muy parecida, con una salvedad particular, que es dable tener en cuenta, y es que en Argentina, se repitió esa situación, siendo mucho más parecida a la de Brasil, a partir de finales del año 2001, pues por decisión del Gobierno Nacional, las entidades financieras solo podían entregar una mínima cantidad de dinero a sus clientes, repitiéndose un esquema similar al que se vivió en Brasil con el plan Collor, lo que significó que en Argentina se promovieran acciones de amparo, junto con una medida cautelar innovativa, a través de la cual se solicitaba el retiro de los fondos retenidos en las entidades financieras, para caer así nuevamente en un

esquema parecido al brasilero, si pensáramos que el amparo se tornaba abstracto si se obtenía la pretensión por vía cautelar.

Como se puede advertir de los antecedentes expuestos, la tutela anticipada gestada tanto en Argentina en la década de los '80, como en Brasil en la década de los '90, como el “revival” producido nuevamente en Argentina a partir de finales del año 2001, es muy similar y más allá de todo juicio de valor desde el punto de vista político, que excedería esta tarea, lo cierto es que por vía cautelar fue contenida la conflictiva social, y se les brindó a los ahorristas la protección adecuada para resguardar su patrimonio y no ver afectados sus derechos, aspecto éste último que consideramos resulta clave para poder interpretar la situación que se genera a través de este tipo de tutelas anticipatorias.

Desde luego me detendré en el análisis de la situación argentina para esbozar mi criterio sobre el particular y poder interpretar así ¿qué debe entenderse por tutela anticipada? Claro que ahora desde un punto estrictamente técnico-jurídico.

La clave para poder interpretar esta situación radica –desde mi punto de vista- en el instituto en juego que se utiliza para generar esta tutela especial que llamamos anticipada, y como no se pasará por alto, tanto en Argentina como en Brasil, han sido las medidas cautelares las que brindaron esa posibilidad.

En mi país, la vía que utilizaron los jueces en la década de los '80 fue la medida innovativa, y en algunos casos se complementaba -como una medida compuesta- con la medida cautelar genérica o innominada, la cual -mutatis mutandi- tiene una estructura similar a los provvedimenti de urgenza que contempla el art. 700 del Código Procesal italiano, y desde luego permite adaptar la cautela de la que se trate, a las circunstancias que en cada caso concreto se requiera.

Para interpretar adecuadamente este tipo de medidas, es importante tener registro de que la situación que se pretende contemplar, como las que hemos puesto como antecedentes facticos

de estas actuaciones, pueden provenir de una actuación positiva o bien de una actuación omisiva, pues ambas pueden generar los perjuicios que se persiguen aminorar, y en cualquiera de esos casos el resguardo principal debe apuntar a la protección de un derecho fundamental como es el acceso a la jurisdicción de todo justiciable, que no sólo está representado por la posibilidad de acudir ante un juez, sino además a desplegar toda la actividad que sea necesaria a los fines de obtener un pronunciamiento que permita el reconocimiento de la pretensión ejercida a través de una sentencia, que pueda alcanzar la estabilidad que requiere toda decisión cuando pasa en autoridad de cosa juzgada.

En este punto, la vía de acceso -casi por antonomasia- es la que contempla el ordenamiento adjetivo nacional de mi país en el art. 230, llamada “prohibición de innovar”, y si bien genera algunas dudas por su denominación, conforme la doctrina sentada por el más Alto Tribunal del país, persigue el mantenimiento de ambas partes en igualdad de condiciones ante la jurisdicción a los fines precisamente de resguardar su derecho de acceso a ella, y permitir el desarrollo del proceso judicial a través del dictado de una sentencia que resulte útil, precisamente por su eficacia.

Esa norma -vía de acceso natural a una tutela anticipatoria- establece que:

[...] podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicios siempre que: 1) el derecho fuere verosímil; 2) existiere el peligro de que si se *mantuviera o alterara* en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; 3) la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.

Como se puede advertir de la transcripción que antecede la norma resulta de sencilla aplicación, y apunta a resguardar el acceso a la jurisdicción de todo justiciable hasta obtener una sentencia que resulte útil precisamente por ser eficaz.

Existe alguna línea de nuestra doctrina que interpreta en sentido diverso a esta norma, sin perjuicio de lo cual, de algún modo se puede señalar que el máximo tribunal del país le dio un espaldarazo suficiente a partir del leading case “Camacho Acosta”³, criterio éste que luego lo mantuvo en muchos otros casos.

Allí sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación –entre otros aspectos fundamentales- que desde luego interesan a este análisis:

1.- Que esta Corte ha considerado a la *medida cautelar innovativa* como una *decisión excepcional* porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un *anticipo de jurisdicción* favorable respecto del fallo final de la causa, *resulta justificada una mayor prudencia* en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos 316-1833).

2.- Que, ante tales afirmaciones, *la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada*, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar -mediante esa vía- un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.- Que ello resulta así pues *es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.*

³ Fallos 320:1633

4.- Que, de considerarse admisible el único sustento dado por el a quo, la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario.

5.- Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva insita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado.

Como se advierte de la transcripción de algunos de los párrafos más salientes del decisorio de nuestro más Alto Tribunal, sencillo es colegir que se hace funcionar al sistema cautelar que nos ocupa dentro de una órbita que hemos calificado atípica por excepcional, porque no se restringe específicamente –como tradicionalmente se señala- a asegurar el futuro cumplimiento de una sentencia, sino que por el contrario, como surge del último apartado señalado, se intenta proteger brindando una tutela efectiva e inmediata, conciliando el principio constitucional que resguarda el derecho de defensa en juicio del demandado.

Por ello, se puede advertir claramente, de los sumarios extractados de ese pronunciamiento señero, que para el dictado de una medida que importe una tutela anticipada, solo hace falta la reunión de los presupuestos sustanciales de toda cautela, es decir, verosimilitud del derecho, peligro en la demora, y solo se adiciona como recaudo de carácter subjetivo el reclamo a los jueces, por parte de la Corte Suprema, que cuando adviertan los efectos que provoca esa decisión sobre el fondo mismo de la controversia, sean más prudentes con su concesión por el carácter excepcional de la medida.

De ahí que hayamos sostenido que la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora deben ser calificados, por parte de la jurisdicción, para contener una situación que reclama urgencia, y que no puede quedar dilatada en el tiempo para ser definida con el dictado de la sentencia de mérito, pues en ese caso, si los jueces invocaran un posible prejuzgamiento, como lo señala con todas las letras la Corte Suprema Nacional, es evidente que carecerían de virtualidad esos institutos procesales que están diseñados precisamente para contener situaciones urgentes.

Eso también le permitió invocar a la Corte Nacional la distinción entre la medida innovativa y la medida de no innovar, pues para resolver el caso utilizó el art. 230 del Código Procesal Nacional y lo complementó con el art. 232, toda vez que se trataba de un accidente laboral en el cual un trabajador había perdido su antebrazo al manipular una máquina, de ahí que esa última norma le haya brindado la posibilidad de generar una cautelar compuesta, porque con la primera innovaba y con la segunda señaló en que consistía esa innovación, que no era otra cosa más que suministrarle la prótesis al trabajador.

Esa prótesis debía ser colocada en el brazo amputado del trabajador, antes que éste perdiera las condiciones anatómicas para resistir ese injerto y desde luego le permitiría a ese trabajador volver a reinsertarse –con las limitaciones del caso- al mercado laboral antes de que concluyera el proceso judicial, en donde el demandado tenía la posibilidad de defensa suficiente para contrarrestar la pretensión del trabajador.

Como se advierte de este conjunto de fundamentos brindados por la Corte Suprema de Justicia de mi país, se desprende la operatividad de la tutela anticipatoria dentro de los pliegues de la medida cautelar llamada prohibición de innovar, que se presenta, conforme la transcripción antes efectuada, de un modo muy sencillo, esto es

como medida innovativa o como medida de no innovar, representando ambas, las dos caras de una misma moneda.

La clave para entender esta medida radica en que si el peligro en la demora, como reza el segundo inciso del art. 230 proviene del mantenimiento de un determinado *statu quo*, de hecho o de derecho, esto es la asunción de una actitud omisiva de aquél contra quien se dirige la medida resulta necesario alterar esa situación si los perjuicios derivan de ese mantenimiento, esto es la faceta innovativa de la medida, para evitar los perjuicios que esa actitud omisiva genera.

Mientras que si el perjuicio se produce por haberse alterado una determinada situación de hecho o de derecho, correspondería mantenerlo, esto es la faceta de “no innovar” de la medida analizada.

En ambos supuestos, sea para innovar o para no innovar, lo que se persigue sea retro trayendo las cosas a un estadio anterior, o sea manteniéndola para que no se altere, es la posibilidad de desarrollar un proceso resguardando el derecho de ambas partes de acceder a la jurisdicción y obtener un pronunciamiento de mérito que resulte eficaz.

En Argentina, la importancia de esta medida ya había sido destacada por Juan Francisco Linares, discípulo de Carlos Cossio, señalando que su fundamento axiológico, como también lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es asegurar a las partes un relativo pie de igualdad ante la jurisdicción, afirmado en la observancia del principio de buena fe, a fin de evitar daños irreparables y mantener el buen orden procesal, evitando que las partes hagan justicia por mano propia, pues todas esas -sostenía- eran expresiones concretas del valor justicia, como el orden, la seguridad, etc., que el proceso civil debe consagrar en cuanto también es derecho⁴.

En ese trabajo -de la década de los '40 del siglo pasado- Linares luego de comparar la prohibición de innovar con las diversas variantes

⁴ Linares, Juan Francisco; La prohibición de innovar. Bases para su sistemática, en Revista del Colegio de Abogados, año XXI, T. XX, nro. 6, período noviembre-diciembre de 1942.

de injuncions que existen en el sistema del common law, concluyó que si bien los efectos de la prohibición de innovar inciden forzosamente sobre la conducta de las partes, no solamente el intimado debe abstenerse de realizar algo (“no innovar”), sino que pueden presentarse casos en que la conducta ordenada por la medida sea la de actuar positivamente, como consecuencia de que lo dañoso sería precisamente una conducta omisiva (de ahí la necesidad en este supuesto de “innovar”), citando para ello a Cossio, que destaca que no se puede desconocer que el “no hacer” (el énfasis me pertenece), es un modo de obrar, es decir una acción o conducta⁵.

En la misma línea se expidió Palacio, al reconocer esta situación señalando la venerable antigüedad que tiene la medida cautelar denominada innovativa, generadora siempre de anticipos jurisdiccionales, y su reconocimiento expreso por parte del más Alto Tribunal del país⁶.

Desde luego que casos como estos ha resuelto muchos la Corte Suprema de Justicia argentina, y desde luego se puede sostener sin lugar a dudas que esa resulta su doctrina, sobre todo a la luz de los Tratados Internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad a los cuales ha adherido nuestro país a partir del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Un ejemplo más reciente de ello, resulta el sonado caso de la Ley de Medios⁷, que mantuvo el grupo Clarín contra el Estado Nacional, a través del cual se persiguió la declaración de inconstitucionalidad de algunos artículos de ese nuevo cuerpo legal, que provocó efectos políticos y judiciales de sobrada importancia en mi país, como por ejemplo fue el dictado de una ley de cautelares contra el Estado, o bien la creación de

⁵ Linares, Op. Cit. p. 845; y la cita de Cossio corresponde a su trabajo Las Lagunas del derecho, Universidad de Córdoba, Córdoba 1942, p. 66 y ss.

⁶ Palacio, Lino E.; La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual; Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 105 y ss.

⁷ Fallos 333:1885

cámaras de casación generando tribunales intermedios, medida ésta que la Corte Nacional ha dejado en suspenso por vía de acordada.

En ese resonante caso, con el dictado de la cautelar (en la faceta de no innovar), se facilitó el acceso a la jurisdicción a la accionante, resguardando así un derecho fundamental de todo justiciable, manteniendo a ambas partes en igualdad de condiciones, evitando una actuación de la demandada en desmedro de ese derecho de acceder a la jurisdicción, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Sin embargo, pese a que se podía haber interpretado como una decisión favorable respecto a la decisión de mérito, finalmente la Corte dispuso el rechazo de la pretensión ejercida, con lo cual se advierte con total claridad la tutela anticipada, y su carácter provisional que no debe ser confundido con la definitividad de una sentencia por más superposición que exista entre el objeto de la petición cautelar con la pretensión sustancial.

La elocuencia de este ejemplo reafirma la doctrina del más Alto Tribunal del país que ha sostenido desde siempre que “las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”⁸, debiendo agregarse en esta línea que la tutela anticipada, solo requiere que esos recaudos resulten calificados para la jurisdicción de modo de entrar en ese ámbito que denominara atípico con la prudencia que las circunstancias de cada caso aconsejen a la luz de lo que significaría por un lado, el desarrollo del ordinario iter procesal –como lo denominaba Calamandrei– a la luz de las circunstancias fácticas del caso concreto por supuesto, y no teniendo en cuenta el agravio irreparable como un requisito inexcusable, sino manteniendo

⁸ Fallos 317:581; 318:1077; 320:1093; 326:970; 327:2738, entre otros.

el peligro en la demora para ese análisis, toda vez que ese presupuesto brinda una gama de alternativas que quitan la posibilidad de caer en un razonamiento binario como el que propone el requisito de agravio irreparable, que además carece de utilidad, pues esa irreparabilidad se debe advertir de las circunstancias del caso concreto conforme el derecho a la jurisdicción en todo su alcance.

El ejemplo elocuente de lo señalado surge precisamente del caso Clarín en donde el demandado era el Estado Nacional, con lo cual no existía irreparabilidad alguna, aún en caso de resultar victorioso en el proceso el grupo accionante.

Como se puede inferir de lo expuesto, la tutela anticipada se puede interpretar sin mayor esfuerzo como el efecto que provoca el dictado de una decisión cautelar, y por lo tanto provisoria, sobre la sentencia de mérito.

LA REGULACION EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL DE BRASIL

Lo cierto es que la movilización que provoca la tutela anticipada en la doctrina brasileña, llevó a un profuso desarrollo que se intenta gestar desde la teoría general de las medidas cautelares, como una especie de proceso nuevo o una especie de derivado de aquella, en virtud del cual se permita la conclusión inmediata de una causa, cuando carezca de sentido el desarrollo de otro proceso al existir una superposición entre el objeto de la cautela y la pretensión sustancial ejercida o a ejercer, por considerarla agotada con la tutela anticipada que brinda la jurisdicción, lo que tornaría abstracta la pretensión.

Lo reconoce expresamente Marinoni al sostener, que la acción cautelar innominada, puede requerir tutela preventiva y rápida para cualquier situación de derecho sustancial, reconociendo expresamente

que sean invocados sus presupuestos genéricos, o sea, el *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*. La práctica forense, especialmente en razón de las particularidades de los nuevos derechos, pero considerando seguidamente que se pasó a concebir un uso no cautelar de la acción cautelar innominada.

Y agrega que, ese uso no cautelar de la acción cautelar innominada, consistió en la invocación del procedimiento cautelar para atender aquello que podría y debería ser protegido por el procedimiento ordinario, siempre que obviamente, tuviese las particularidades técnicas del procedimiento cautelar, especialmente la técnica anticipatoria⁹.

Como se advierte desde aquí subyace en esta noción la superposición entre la petición cautelar y la pretensión sustancial, por lo que se considera que, agotada la primera por identidad con la segunda, carece de sentido el desarrollo de un proceso.

Para ese análisis se advierte una superposición conceptual, al retrotraer la concepción de la acción a épocas pretéritas, aun anteriores al nacimiento del derecho procesal. Esa superposición conceptual lleva a sostener el concepto de acción entendido -como desde antiguo lo hacía el derecho romano- según la clásica definición de Celso, como la posibilidad de perseguir en juicio aquello que era debido, confundiendo al derecho sustancial con el formal o adjetivo.

Partiendo de esa superposición conceptual de acción y proceso, se concluye en la necesidad de regular “técnicas anticipatorias”, que en definitiva aluden a las formas que se deben observar para desarrollar este nuevo proceso que se intenta gestar.

Ese razonamiento confirma además, que es la superposición entre objeto de la cautela y pretensión sustancial la que tiene anclado

⁹ Marinoni, Luiz Guilherme; Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Ed. Palestra, Lima, Perú, 2007, p, 96 y ss. Allí considera el autor –siguiendo a Zanuttigh- que se crea un modelo de protección más avanzada y eficaz, concurriendo a sostener esa línea los razonamientos tanto de Denti como de Proto Pisani, hasta llegar a Giovanni Verde.

el debate en la doctrina brasileña, diseñándose desde allí no solo ideas, sino lo que luego se ha denominado “técnicas orgánicas” para encuadrar dos institutos que son claramente diversos¹⁰.

Intentando marcar algunas diferencias, pero en línea con el debate trazado por la doctrina brasileña, Cândido Dinamarco si bien sigue la postura de Calamandrei, señaló que hay que distinguir a las medidas cautelares de las anticipatorias, las primeras buscan evitar que el paso del tiempo prive al proceso de algún medio exterior que podría ser útil al correcto ejercicio de la jurisdicción y consecuente producción –en el futuro- de resultados útiles y justos; mientras que las segundas van directamente a la vida de las personas y, antes del juzgamiento final de la causa, ofrecen a alguno de los sujetos en litigio el propio bien por el cual él pugna o algún beneficio que la obtención del bien le podrá proporcionar¹¹.

En línea con lo expuesto, de la misma escuela brasileña, ahora sostiene Mitidiero, que “si la tutela jurisdiccional final tiene que ser atípica, obviamente también la técnica anticipatoria y la anticipación de la tutela que proviene de allí deben contar con idéntica amplitud. Es que los objetivos perseguidos son rigurosamente los mismos: la tutelabilidad general de las posiciones jurídicas en el plano del derecho material. Es un deber del legislador viabilizar el empleo de la técnica anticipatoria de manera atípica para una amplia e irrestricta protección

¹⁰ Sin perjuicio de ello, existe una línea representada en este caso por Darcio Guimaraes Ribeiro que clarifica la distinción que debe existir entre acción, pretensión y tutela, destacando las diferencias conceptuales que existen entre esos institutos (Guimaraes Ribeiro, Darcio; La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva – Hacia una teoría procesal del derecho, con prólogo de Joan Picó i Junoy; Ed. J.M: Bosch, 2004, Barcelona, p. 200).

¹¹ Dinamarco, Cândido; Nova era do processo civil, Malheiros, Sao Paulo, 2003, p. 58. Esta distinción parece tener más sentido sociológico que jurídico tratando de mantener una distinción que en su aplicación carece de fundamento científico, ya que es el resguardo del desarrollo adecuado del proceso lo que va a permitir la satisfacción de las pretensiones que se hayan ejercido.

de todas las situaciones jurídicas del derecho material carentes de tutela jurisdiccional”¹².

Desde allí se construye una “técnica”, como la presenta la doctrina brasileña, que se sigue apoyando en la teoría general de las medidas cautelares, para generar una especie de conocimiento sumario que persigue el desarrollo de un proceso urgente.

Todo esto, por la marca que dejó la situación acontecida en Brasil en la década de los ´90, razón por la cual han desarrollado intensamente este posible “nuevo instituto”, en donde aparecen más dudas que certezas. Ello en razón de que en todos los casos se contemplan soluciones que resultan provisionales, y por ende similares a las que proporcionan las medidas cautelares.

En ese ordenamiento -en línea con las superposiciones conceptuales señaladas- ahora se intenta regular la tutela de urgencia y anticipada y la tutela de evidencia, distinguiendo procedimientos diversos para ellas (arts. 294 y ss.), y se señala que la tutela es procedente cuando existe una emergencia y de los datos aportados surge la probabilidad de que el derecho y el peligro de daño o riesgo lleven a un resultado que no sea útil para el proceso.

Por lo cual se advierte que -mutatis mutandi- la inspiración que tiene esta norma es similar a la que tiene el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en Argentina, cuando señala que el peligro en la demora surja del mantenimiento o la alteración de una determinada situación de hecho o de derecho, y su eventual modificación pudiera influir en la sentencia y convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

La diferencia estriba en que mientras en el ordenamiento procesal argentino solo se requiere para ello, que el derecho invocado resulte verosímil, como en toda medida cautelar, esa situación, tal como se ha

¹² Mitidiero, Daniel; Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, trad. De Renzo Cavani, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 40.

contemplado en la legislación brasileña, sigue siendo confusa a la luz de la sencillez que refleja la argentina.

Esto se debe a que se señala en el art. 300 del Código del Proceso de Brasil, que esa protección –que sigue siendo cautelar- requiere para su otorgamiento, que si el juez no la otorga directamente, lo que debería interpretarse *inaudita pars*, puede requerir su justificación previa, pero que no se concederá cuando exista peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión que se adopte¹³.

Con lo cual se sella indefectiblemente la “suerte” de una tutela anticipada por esta vía cuando, como señala la norma, exista superposición entre el objeto de una cautela y la pretensión sustancial, que contradictoriamente fue lo que la doctrina brasileña quería aventar¹⁴.

Es decir, que en un lenguaje llano, con un ejemplo contundente de la realidad, no hubiera sido posible –conforme la normativa señalada- conceder una cautela como la que concedió la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso Camacho Acosta antes citado, o bien en el caso que mantuvo el grupo Clarín con el Estado Nacional, sin advertirse

¹³ La traducción de las normas del nuevo Código Procesal de Brasil que se citan corresponden al Prof. Darci Guimaraes Ribeiro. Art. 300. La protección de urgencia se concederá cuando haya elementos que muestran la probabilidad del derecho y el peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso

§ 1 Para el otorgamiento de la tutela de emergencia, el tribunal podrá, en su caso, exigir una garantía real o garantía de confianza para resarcir el daño que la otra parte pueda sufrir, la seguridad puede no aplicarse si los económicamente más pobre y no pueda ofrecerla.

§ 2 La protección de emergencia se podrá conceder directamente o después de la justificación previa.

§ 3. No se concederá la naturaleza de la protección de emergencia temprana cuando hay peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión.

¹⁴ En Argentina se avanzó en esa misma línea con la ley 26.854 –antes referida- que contempla en su art. 3 inc. 4to. la imposibilidad de dictar una medida cautelar que coincidan con el objeto de la demanda principal, superponiendo los conceptos de petición cautelar provisional con pretensión sustancial, y además resulta necesario señalar que existe una línea en la doctrina nacional que sostiene idéntico criterio, por ejemplo Peyrano sostiene: que siempre la cautelar es una tutela divergente, diferente o no coincidente respecto del contenido del juicio de mérito que se concretará ulteriormente (Peyrano, Jorge W.; “Nuevamente sobre usos “no conformes” de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”, J.A. 2005-III-229).

que lo que se está resguardando es el derecho a la jurisdicción de todo justiciable, y con ello el desarrollo del debido proceso legal¹⁵.

Pero más allá de eso, se señala en el procedimiento diseñado por el legislador brasileño para la concesión de una cautelar que implique una tutela anticipada, que si el juez considera que la petición formulada abriría la posibilidad para ello, la parte demandada será citada a una audiencia.

La novedad que se agrega en el art. 304¹⁶ del código brasileño, es que si la tutela anticipada que se concede, no es recurrida se transforma

¹⁵ Es útil para entender la situación en la que se genera la tutela anticipada que se cita de los casos reseñados hacer una breve referencia a ellos. En el caso Camacho Acosta, se trataba de un trabajador que había perdido su antebrazo en un accidente de trabajo, razón por la cual la Corte resolvió la inserción de una prótesis durante el desarrollo del proceso (la cual fue solicitada como medida innovativa) en razón que si no se hacía en el tiempo adecuado esa operación el brazo perdía las condiciones anatómicas para recibir el implante de la prótesis. En el caso Pardo se trataba de un accidente de tránsito sufrido por una niña menor, que circulaba en bicicleta y con motivo del mismo quedó cuadripléjica, razón por la cual la Corte dispuso el suministro de todas las atenciones médicas necesarias en forma inmediata para paliar el cuadro que se presentaba (esto es operaciones, asistencia con prótesis y aparatos adecuados para su atención, y desde luego los medicamentos y las prácticas que fueran necesarias para paliar sus padecimientos, sin perjuicio de continuar el proceso para determinar la responsabilidad definitiva de quien resultara embistente. En el caso conocido como Grupo Clarín, ese multimedios solicitó judicialmente la inaplicabilidad a su respecto de determinados artículos de la ley de medios que había sancionado el Gobierno Nacional por considerarlos inconstitucionales, y en caso de no dictarse una medida de no innovar, el plazo que le daban al Grupo para adecuarse a la ley que era de 12 meses iba a ser consumido antes que terminara el proceso judicial en todas sus etapas, de ahí que la Corte Nacional concedió la medida de no innovar, mandándose a que no se apliquen esos artículos de la ley, por su apariencia de inconstitucionales hasta tanto no se resuelva el proceso a través de un pronunciamiento definitivo. Así se resguardó el derecho a la jurisdicción de ese multimedios hasta que finalmente la Corte Nacional resolvió el rechazo de la demanda por no considerar inconstitucionales esas normas que habían sido puestas en tela de juicio.

¹⁶ Art. 304. La medida cautelar concedida con arreglo al art. 303, se vuelve estable si la decisión que la conceda cuando no se interponga el respectivo recurso.

§ 1. En el caso mencionado anteriormente, se dará por terminado el proceso.

§ 2. Cualquiera de las partes puede demandar a la otra con el fin de revisar, reformar o anular la medida cautelar estabilizado bajo el encabezamiento.

§ 3. La tutela anticipada conservará sus efectos mientras no sea revisada, reformada o invalidada por orden de mérito dictada en la acción del § 2.

§ 4. Cualquiera de las partes podrá solicitar la reapertura del caso en el que se concedió la medida, para instruir a la aplicación de la acción contemplada en el § 2, será competente el

la decisión en definitiva, dándose por terminado así el proceso, lo que resultaría valioso y permitiría pensar en el desarrollo de un verdadero proceso urgente, pero en este supuesto entramos en una variante absolutamente diversa a lo que describen las normas anteriores, pues en este caso se estaría utilizando una estructura similar a la que tiene el proceso monitorio, en virtud de la cual primero se protege o se resguardan aquellos derechos fundamentales que hubieran sido vulnerados, y luego se deja en manos del accionado la eventual apertura del contradictorio, que si no es activado transformaría en definitiva la decisión adoptada, con una salvedad muy importante que rompe la celeridad en el trámite, que es precisamente la audiencia previa, que por sí misma desvirtúa la tutela urgente y efectiva, por oposición al trámite *inaudita pars* de una cautelar como la que contempla el art. 230 del Código Procesal Nacional.

Esa concepción se transforma así en imprecisa, no solo por ello sino que se agrega a continuación, que cualquiera de las partes podrá solicitar la reapertura de la causa con el fin de revisar, reformar o anular esa mal denominada tutela anticipada, con lo cual es evidente que pese a que se pretende la terminación del proceso, la decisión que se adoptó no alcanza la estabilidad propia de un pronunciamiento definitivo al permitir su revisión, lo que hace que nunca tenga carácter definitivo, ergo será siempre provisional, conforme esta singular creación.

Este razonamiento lo confirma el art. 309 de ese cuerpo legal¹⁷, que indica los casos en que cesa la eficacia de esa medida, y entre los

juez en el que la tutela anticipada fue concedida.

§ 5. El derecho de revisar, modificar o anular la medida cautelar prevista en el § 2 del presente artículo, pondrá fin después de dos (2) años a partir de la decisión que desestimó el caso en virtud del § 1.

§ 6 La decisión que conceda la tutela no tendrá autoridad de cosa juzgada, pero la estabilidad de sus efectos sólo serán retirados por la decisión de revisar, modificar o anular, dada en la demanda presentada por una de las partes de conformidad con el § 2 de este artículo.

¹⁷ Art. 309. Acaba la eficacia de la medida otorgada con carácter previo si:

I - el autor no deduce la demanda principal dentro del plazo legal;

II - no se realice dentro de los treinta (30) días;

supuestos que se contemplan, como la falta de promoción de la acción principal, o la no efectivización de la cautela concedida, se prevé el principio “*rebus sic stantibus*” –que contempla el art. 202 del Código Procesal Nacional de Argentina- al señalarse que eventualmente perderá eficacia si se agotan las razones que dieron origen a su dictado, pero con un agravante muy peculiar, que indica que no se podrá renovar la petición que se había formulado, salvo que sea a través de nuevos fundamentos, con lo cual la estabilidad de una decisión de ésta índole resulta difícil de obtenerse a la luz de la dilación temporal que importa esa concepción, en desmedro desde luego del principio de seguridad jurídica que es de la esencia del debido proceso legal.

Como se puede advertir, con esta regulación se transgreden los principios de la lógica tradicional, ya que un procedimiento cautelar intenta transformarse en un proceso *sui generis*, para luego señalarse de inmediato que sigue siendo un procedimiento cautelar, con lo cual no solo se viola el *principio de identidad*, sino el de *no contradicción*. Lo mismo sucede con el principio de *tercero excluido* en virtud del cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, al igual que con el de *razón suficiente* en virtud del cual una cosa es de una determinada manera porque debe tener fundamentos para ello, y la dificultad en encontrarlos demuestra el carácter endeble que presenta esta construcción desde el punto de vista científico.

Resulta complicado interpretar si todo el conjunto de normas descripto tiene un sentido definido que propende a la protección de los derechos, ya que la concepción sistémica que tiene el ordenamiento adjetivo argentino, supera –solo por su sencillez y efectividad- la profusión legislativa brasileña, que pretende instaurar un proceso

III - el juez desestime la solicitud principal por el autor o terminar el proceso sin resolución de mérito.

Párrafo único. Si por alguna razón termina la eficacia de medidas cautelares, se prohíbe además renovar la solicitud a menos que sea bajo un nuevo fundamento.

urgente suprimiendo las bondades de la tutela cautelar, o por lo menos desdibujándola.

La llamada tutela de evidencia que contempla el art. 311 también resulta poco clara, pues se indica que el juez la puede conceder liminarmente e independientemente de que se demuestre el peligro de daño o riesgo para el resultado útil del proceso, y señala que entre los requisitos que debe observar, el primero es que se advierta el abuso del derecho de defensa o un manifiesto propósito dilatorio.

Es claro que ello solo se puede advertir luego de haber convocado al demandado o afectado por la medida, porque no puede inferirse otra vía por la cual se compruebe un abuso del derecho de defensa o una actitud manifiestamente dilatoria, con lo cual nuevamente aparecen aquí más dudas que certezas.

LA COMPARACION DE AMBOS SISTEMAS

De la comparación de ambos sistemas –el que consagra el Código Procesal Nacional en Argentina, y el Código Procesal de Brasil– se advierte que mientras en el último, para el dictado de una medida que importe una tutela anticipada, se requieren en el art. 300 una serie de requisitos en grado superior a las cautelares ordinarias, aspecto que resulta difícil evaluar, porque la discrecionalidad judicial queda a merced de un parámetro confuso, por ese plus que se exige ya que arraiga en una apreciación subjetiva.

Mientras la cautela prevista en el art. 230 del código argentino no requiere nada de ello, pues puede ser dictada *inaudita pars* y además solo exige verosimilitud del derecho y peligro en la demora, como lo requiere cualquier cautelar.

La doctrina de la Corte Suprema Nacional argentina en este sentido, exhibe el siguiente criterio: “resultan suficientemente

acreditados los presupuestos previstos en los inc. 1 y 2 del art. 230 del CPCCN para acceder a la medida cautelar innovativa pedida por dos sociedades comerciales en el marco de la acción declarativa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 4459 de la Provincia de Misiones –en cuanto afectaría el comercio interprovincial de la yerba mate que realizan- y ordenar la suspensión de los efectos de los arts. 4, 5 y 6, a los fines de que el Estado local se abstenga de prohibir, restringir, limitar o afectar el libre tránsito y egreso de yerba mate en cualquier estado de elaboración de su territorio”¹⁸.

Como se advierte, aquí no hay irreparabilidad alguna en el *periculum in mora*, observado como parámetro por la Corte, pues los estados provinciales tienen solvencia suficiente para reparar cualquier perjuicio, y además es claro que el conflicto que se plantea es de neta raigambre comercial, por lo cual la irreparabilidad no se puede presentar con el carácter extremo que se pretende, sino es desde una postura rígida.

Además está claro que la contracautela constituye un sistema garantizador, que persigue aventar los riesgos de haber adoptado una cautela sin derecho suficiente, por ende –más allá de las franquicias que se puedan solicitar para litigar- esta circunstancia también resulta demostrativa que no puede tener carácter definitivo el proceso que se pretende montar desde los presupuestos de la teoría general de las medidas cautelares, no solo por la prosecución de la causa hasta su finalización, sino porque queda en evidencia el carácter provisional de la decisión que se adopta, para despejar así cualquier confusión que se pretenda al sostener el diseño de un nuevo proceso que no es tal, ya

¹⁸ Fallos 331:2919. También es doctrina pacífica y uniforme del más Alto Tribunal que “la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora y, dentro de aquellas, la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (Fallos 326:3729).

que mal podría confundirse la provisoriedad de una decisión de esta índole, con la definitividad de una sentencia.

En la misma línea se expide Oteiza al sostener que la correspondencia entre aquello que es protegido cautelarmente, por una parte, y la pretensión que constituye el derecho cuyo reconocimiento se solicita que sea reconocido en la sentencia, por la otra, no altera su sustancia. Se trata de dos situaciones diversas, que no corresponde asimilar. La primera, de ser aceptada, tendrá una vigencia y un alcance limitado al tiempo que demande la tramitación del proceso. La segunda, por el contrario, constituye el resultado que una de las partes espera que se reconozca en la sentencia¹⁹.

La irreparabilidad de la decisión cautelar respecto a la sentencia de mérito es otro ejemplo elocuente de lo que considero una especie de confusión que observa la doctrina brasileña, pues constituye el ejemplo paradigmático que permite vislumbrar la superposición conceptual en la que se incurre entre el objeto inmediato de una petición cautelar, con el objeto mediato de una pretensión.

De ahí que hayamos sostenido que ese espíritu procedimentalista que anima a legislar absolutamente todo lo que aparenta ser novedoso, pese a su antigüedad, tal como lo señala Mitidiero, cuando reclama al legislador que contemple esas “técnicas anticipatorias”, no hacen más que desdibujar a los sistemas cautelares en su función natural y más aún en su actuación en el ámbito excepcional o atípico en el que se han desplegado.

En este sentido informa la doctrina de la Corte Suprema de Argentina –en el ya mencionado caso Camacho Acosta- que es de la esencia de estos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones –en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la

¹⁹ Oteiza, Eduardo; Las cautelares con alcance de definitividad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Número especial de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Procesal Constitucional; 12/11/14, fasc. 7, p. 122.

controversia, y no solo se persigue destacar que son los efectos de la medida adoptada los que se proyectan sobre la decisión de mérito, sino que además se propende con ello, a la concreta utilidad y eficacia de la sentencia, para evitar que de no adoptarse esa decisión los perjuicios sean de imposible o muy dificultosa reparación al dictarse la sentencia.

En ningún caso se sostiene, en la doctrina de la Corte Suprema, lo que viene puesto por la doctrina brasileña y han copiado algunos códigos provinciales de Argentina, del viejo art. 273 del Código del Proceso del Brasil, que la medida no tenga carácter irreversible para la sentencia²⁰.

No empece a ello, la superposición que existiría en la doctrina brasileña entre petición cautelar y pretensión sustancial, como fundamento –con base en la llamada técnica anticipatoria- en un nuevo proceso, ya que no existe un proceso cautelar como tal, sino que es un subsistema dentro del sistema que es el proceso principal²¹.

Ello lleva a la confusión de pretender la existencia de un proceso autónomo y urgente, que además tenga carácter definitivo, sin advertir que se persigue su configuración desde la teoría general de las medidas cautelares, lo que lleva a la superposición conceptual entre cuestiones sustanciales y procesales²², que prácticamente hace estéril la existencia misma del derecho procesal.

²⁰ Es más en la Ciudad de Buenos Aires, el Código Contencioso Administrativo y Tributario en su art. 177 al contemplar las medidas cautelares considera viables a todas ellas “aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida” (sic).

²¹ Desarrolle estos aspectos en el capítulo I de mi trabajo *Sistemas Cautelares Atípicos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, en donde se señala la distinción que existe entre un procedimiento cautelar, de lo que constituye un verdadero proceso, a través del cual se obtiene una decisión que puede pasar en autoridad de cosa juzgada, de ahí la distinción que marcamos entre Argentina y Brasil cuando se trata de concebir un anticipo jurisdiccional desde los sistemas cautelares, por oposición a la que se quiere diseñar en Brasil concibiendo una especie de nuevo proceso, que queda desdibujado cuando concluye con un pronunciamiento provisional, el cual a su vez descoloca la operatividad de las propias medidas cautelares.

²² Oteiza, Eduardo; Op. Cit.; *Las cautelares con alcance...*, p. 126

Esa doctrina de la Corte Suprema Argentina, que admite ese tipo de cautelares que importan un anticipo jurisdiccional, a nivel nacional, a su vez es la que han seguido los tribunales inferiores que han interpretado que “si bien el hecho que el objeto de una medida cautelar coincida –total o parcialmente- con el objeto de la pretensión principal no invalida dicha cautela, sí exige una mayor ponderación de los elementos en que se la funda a fin de no afectar el derecho de defensa en juicio. Y en cuanto a la extensión de la medida es razonable que dure hasta el dictado de la sentencia definitiva, y cuando quien la solicita acredite que irroga en gastos médicos y de atención no siempre cubiertos por su obra social”²³.

Así aparece una justicia con un rostro mucho más humano, como demandaba el maestro Morello, haciendo de la tutela inmediata una realidad, que desde luego al justiciable excede el carácter de su otorgamiento, sino que le permite contener una situación afligente o angustiante en forma efectiva e inmediata.

Esta circunstancia por sí misma clarifica en una sola norma aquello que profusamente ha intentado delinear el legislador brasileño a través de un conjunto normativo, que no solo aparece sobreabundante en su concepción, sino que en definitiva concluye siempre en la inestabilidad de la decisión que se adopte porque en todos los casos tendrá carácter cautelar, esto es, resultará provisional.

Con lo cual este análisis comparatista en el desarrollo que sigue el mismo instituto en ambos países podría ser sintetizado, como la opción entre la sencillez que consagra el art. 230 del Código Procesal de Argentina, que propende hacia el activismo judicial, o el procedimentalismo diseñado en el nuevo Código del Proceso Civil del Brasil.

²³ Sumario 15.857 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil – Boletín 6/2004; CNCiv., Sala D, 8/7/2003, in re “Denovi, María Dolores c/Transporte Quirno Costa S.A. s/Medidas precautorias”.

A MODO DE CONCLUSIONES PRELIMINARES

En este punto es fácil percibir, que si bien es saludable y conveniente que se persiga el diseño de un proceso urgente, no parece conveniente hacerlo a través de una restricción de la labor jurisdiccional dejando solo en manos del legislador el diseño de formas que por lo reseñado son generadoras de sistemas inapropiados.

La contradicción entre la concepción de un sistema cautelar y el de un proceso que se pretende que sea urgente, que no debe construirse sobre la desvirtuación de la teoría general de las cautelares, so riesgo de anular algo tan valioso como esos subsistemas que le han dado un vuelo de suma trascendencia al derecho procesal para contrarrestar los tiempos del proceso, sino por el contrario apoyado en él para obtener lo valioso de su efectividad inmediata.

La progresividad de los derechos humanos se ha ido imponiendo a través de grandes principios que mutuamente se nutren, especialmente el principio pro persona, con los principios de progresividad/evolutividad/no regresividad en la protección de los derechos humanos²⁴.

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. Para que pueda

²⁴ Zlata Dmas de Clement; La complejidad del principio pro homine; número especial de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 25.3.2015, fasc. 12, p. 100.

ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo²⁵.

La realidad indica que en algunos casos se legisla de espaldas a esos Tratados internacionales que son derecho positivo en la gran mayoría de los países americanos, retrotrayendo la ductilidad de derechos prestacionales brindados por el Estado a favor del justiciable, a través de sistemas ágiles que proporcionan una protección o resguardo inmediato, por otros –como los referidos– que contradictoriamente generan mayores obstáculos para aquellos derechos que se pretenden resguardar.

El juez que se precie de ser activo, siempre va a encontrar una solución para el caso concreto, toda vez que siempre deberá analizar la normativa a aplicar a la luz de esos Tratados Internacionales, y podrá advertir a la luz de los arts. 26 ó 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ó 2 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, la protección a la interpretación amplia y progresiva que corresponde hacer de los derechos, como asimismo por ejemplo a la luz de los arts. 4 y 5 de esta última Convención, el principio de no regresión o de irreversibilidad de la progresividad en materia de derechos humanos.

Esa interpretación extensiva y progresiva es la que cabe al juez activo y como tal comprometido con la realidad, que no tiene que esperar del legislador una norma que permita la solución del caso concreto. Por el contrario, debe ser la labor de la jurisdicción quien a través de una interpretación adecuada y progresiva propenda a la revalorización del principio pro homine en todas sus manifestaciones.

Esa progresividad se refiere a la dinámica de perfeccionamiento y avance en el cumplimiento de las obligaciones hacia el logro de la

²⁵ Llera, Carlos E.; La tensión entre la ley 26.854 de medidas cautelares y la dimensión convencional del derecho procesal; Errepar-Compendio Jurídico, nro. 80-diciembre-2013, p. 103 y ss.

efectividad de los derechos. Si bien el Estado podrá implementar estas políticas de manera paulatina, tomando en cuenta el máximo de recursos disponibles, con base en este principio, el Estado asume el compromiso internacional a que no haya retrocesos en la instrumentación²⁶.

Hasta aquí se advierte que existe una línea de trabajo con un evidente corte procedimentalista, que reitera la situación descripta y persigue aquello que de alguna manera ya Cossio señalaba como una especie de quimera, al pretender la plenitud del ordenamiento jurídico, vía a través de la cual cae con todo su peso el activismo jurisdiccional, que es precisamente la vía que debe hacer plena la letra de la ley en cada caso concreto.

No se puede arropar al juez con un volumen de normas que “autoricen” su tarea, pretendiendo simplemente servir al pie de la letra la solución apropiada para cada caso, y menos aún en una materia como la que ocupa la atención o hace a la operatividad de los sistemas cautelares, que son los que en definitiva generan la llamada tutela anticipada, o el anticipo de jurisdicción para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, pues por la vía reglamentarista que se intenta, se obtura el funcionamiento que tienen las medidas cautelares, aun dentro del ámbito excepcional -o atípico- en el que pueden funcionar; y lo que resulta más preocupante aun, es la restricción impuesta a la labor jurisdiccional a manos del legislador.

Enseñaba Cossio que no se puede concebir al derecho como un catálogo de casos abstractamente señalados en las leyes, con lo cual se tiene en cuenta una pluralidad de casos individualizados y no una totalidad sistemática. Es decir, que en lugar de la estructura que totaliza, y con ello constituye, la unidad de la experiencia jurídica, viene a pensarse solo en el hecho de los casos enunciados, en lo cual se confunde la realidad enunciada de casos en un momento histórico

²⁶ Llera, Carlos E.; Op. Cit.,

dado, con la posibilidad de estructuración de casos en cualquier momento histórico²⁷.

No solo resulta inconveniente pensar el derecho asimilándolo a la ley, pues resulta inapropiado -por irreal- sino que se desdibuja totalmente la labor de la jurisdicción, ya que ley y derecho permiten advertir que se facilita todo tipo de integración a partir de aquello que puede considerarse “un vacío” que en ningún caso es tal.

De modo que la integración que permite el derecho por sí mismo, es mucho más que la letra de la ley. Surge a partir de la función que cumple una jurisdicción que realmente se precie de ser activa, precisamente porque a partir de su activismo es como va a propender a la tutela efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, por ejemplo, a través de un sistema cautelar que provoque una tutela anticipada²⁸.

El ámbito del derecho procesal analizado, es rico en variantes e interpretaciones, por lo cual no podría más que concluirse de modo de obtener -por el momento- algunas conclusiones de carácter preliminar, ya que se han visto dos líneas claramente definidas.

Por un lado en Argentina a nivel nacional, el funcionamiento de algunos sistemas cautelares con proyecciones que exceden su marco tradicional y se proyectan sobre la sentencia misma, como un anticipo, para lo cual la Corte Suprema solo ha requerido de los magistrados, su compromiso concreto de mayor cuidado en su utilización y aplicación, so pena de hacer carecer de virtualidad a ese tipo de institutos previstos precisamente a esos fines. Y por otro lado, en Brasil una especie de

²⁷ Cossio, Carlos; *La Plenitud del Ordenamiento Jurídico*; Ed. Los Andes, 2da. Ed. Facs. 2005, p. 24.

²⁸ Cuando se trata de amparar los derechos fundamentales a la vida y la salud, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora, tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos 331:563).

línea procedimentalista, que pretende una regulación que se advierte anticonvencional para estos tiempos.

Calamandrei –ya desde comienzos del siglo pasado- denominaba a este tipo de resoluciones judiciales, como “providencias temporales”, consistiendo ellas en una decisión interina²⁹, que constituye un anticipo del juez sobre aquello que debería ser materia de su decisión de mérito, y que al superponerse –en todo o en parte- con ella, lleva a cierta confusión respecto a qué tipo de decisión es la que adopta el juez, pues por sus proyecciones implica un anticipo de la sentencia misma, para lo cual conviene tener presente que el proceso aún se encuentra en trámite.

Además reconocía que este tipo de resoluciones funcionaban prácticamente como si consistieran en sentencias anticipadas, pues aunque no constituya una verdadera condena, sus efectos se asimilarán a una especie de condena anticipada³⁰, sin serlo por cierto, pues la interinidad de la resolución sujetará la convalidación de lo actuado por la jurisdicción al momento de la sentencia definitiva.

De ahí entonces que convenga tal vez apuntar la mirada a estructurar sistemas -aun dentro de los procesos de conocimiento- en donde esté contemplada como un nuevo subsistema tanto la “sentencia anticipada”, como la posibilidad de transitar otras vías que conduzcan a un proceso de carácter urgente, que inclusive puede provenir de brindarle las formas adecuadas al proceso de amparo, como paradigma de un proceso de esas características³¹.

²⁹ Precisamente Calamandrei las denominó interinas, dando cuenta que son internas del proceso, para diferenciarlas de las definitivas, que no es que estén fuera de aquél sino que lo concluyen.

³⁰ Calamandrei, Ob. cit., p. 87.

³¹ En línea con parte de las previsiones del art. 304 del Código del Proceso del Brasil, venimos trabajando hace mucho tiempo con propuestas para delinear la estructura de un proceso urgente, que puede estar inserto como un subsistema dentro de un proceso de conocimiento sumario o aún amplio, como también puede generarse en forma independiente habiendo señalado para ello al proceso de amparo como paradigma para salvaguardar los derechos fundamentales que hubieran sido vulnerados, de modo de concebir así un proceso

Para ello es apropiado tener en cuenta los nuevos derechos que se han cristalizado en la Ley Fundamental y con ellos los nuevos principios que desde ellos se generan, así como los que provienen de los Tratados Internacionales que constituyen derecho positivo, como los que antes se indicaran³².

La Corte Suprema Argentina ha señalado que el carácter programático u operativo de los tratados internacionales depende de si su ejercicio se ha supeditado o no a la adopción, en el caso concreto, de medidas legislativas por parte del orden jurídico interno del país contratante. Consecuentemente sostuvo que del texto del art. 8 inc. 1ro. de la Convención Americana se desprende que no requiere de una reglamentación interna ulterior para ser aplicada a las controversias judiciales³³.

Por esa razón ese desarrollo, no solo viene puesto por el rol que le cabe al legislador, sino fundamentalmente por una labor jurisdiccional que se precie de ser activa³⁴. En este punto la Corte Suprema Argentina

esencialmente protectorio y no caer en la estructura de un típico proceso dirimente, esto es alejarlo de toda idea de bilateralidad como enseñaba Buzaid. Esos desarrollos se pueden ver en mis trabajos “Un nuevo molde para el amparo” en Revista de Derecho Procesal nro. 5, año 2000, p. 63 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni; o bien en “Una tutela procesal diferenciada o la conmemoración del desamparo”, Revista de Derecho Procesal 2008-2-173, Ed. Rubinzal-Culzoni, entre otros trabajos en esa misma dirección. En esa línea la Corte Suprema Argentina sentó como doctrina para el amparo que: “el amparo es un proceso utilizable, en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces, es decir, que debe estar probado un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva (Fallos 316:3209; 317:655; 320:1617; 321:1252; 323:2097; 325:396, entre muchos otros)”.

³² Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte debe proteger (Fallos 329:4741).

³³ Fallos 323:809

³⁴ El sólo irrespeto de los derechos humanos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el art. 1.1. del tratado (Fallos 317:247).

ha interpretado que “el avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución”³⁵.

Consecuentemente a la luz del principio de progresividad, también es de toda evidencia, que el avance de la jurisdicción en esta materia no puede importar una regresividad como la que aparece – en principio- reflejada en el ordenamiento brasileño en los ejemplos citados, pues ello contraviene la letra de los Tratados Internacionales³⁶.

Para todo ello, lo importante, es respetar los principios que emergen de la Ley Fundamental y los Tratados internacionales a ella asimilados, que son fundantes de un ordenamiento procesal cualquiera, ya que no pueden admitirse actuaciones contrarias a ellos, porque esa es la vía apropiada para el respeto del debido proceso legal; siendo el legislador quien tiene que materializar esos principios a través de los sistemas apropiados según las circunstancias temporales, espaciales y culturales que convenga observar en cada caso, haciéndolos cobrar vida en la realidad a través de formas que metódicamente expuestas resulten apropiadas, sin caer en excesos que puedan afectar la vigencia y operatividad de aquellos principios fundamentales.

³⁵ Falos 241:291

³⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de las normas legales, y, en consecuencia, obligados a aplicar las disposiciones domésticas, se debe tener en cuenta si un gobierno ha ratificado una regla internacional, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos, pues en ese caso ha dicho la referida Corte “...sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (C.I.D.H. in re “La Cantuta vs. Perú, sent. Del 29/11/06, del voto del Juez García Ramírez).

BIBLIOGRAFÍA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos; La tutela de urgencia en un episodio reciente de la historia política brasileña, en AA.VV., Medidas Autosatisfactivas, dir. Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal-Culzoni. C.I.D.H. in re La Cantuta vs. Perú, sent. Del 29/11/06, del voto del Juez García Ramírez.
- CLEMENT, Zlata Drnas de; La complejidad del principio pro homine; número especial de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 25.3.2015, fasc. 12.
- COSSIO, Carlos. Las Lagunas del derecho, Universidad de Córdoba, Córdoba 1942.
- COSSIO, Carlos; La Plenitud del Ordenamiento Jurídico; Ed. Los Andes, 2da. Ed. Facs. 2005.
- DINAMARCO, Candido; Nova era do processo civil, Malheiros, Sao Paulo, 2003.
- GUIMARAES RIBEIRO, Darci; La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva – Hacia una teoría procesal del derecho, con prólogo de Joan Picó i Junoy; Ed. J.M: Bosch, 2004, Barcelona.
- LINARES, Juan Francisco; La prohibición de innovar. Bases para su sistemática, en Revista del Colegio de Abogados, año XXI, T. XX, nro. 6, período noviembre-diciembre de 1942.
- LLERA, Carlos E.; La tensión entre la ley 26.854 de medidas cautelares y la dimensión convencional del derecho procesal; Errepar-Compendio Jurídico, nro. 80-diciembre-2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, Ed. Palestra, Lima, Perú, 2007.
- MITIDIERO, Daniel; Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, trad. De Renzo Cavani, Ed. Marcial Pons, 2012.

- OTEIZA, Eduardo; Las cautelares con alcance de definitividad según la Corte Suprema de Justicia de la Nación; Número especial de Jurisprudencia Argentina sobre Derecho Procesal Constitucional; 12/11/14, fasc. 7.
- PALACIO, Lino E.; La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual; Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 105 y ss.
- PEYRANO, Jorge W.; “Nuevamente sobre usos “no conformes” de la prohibición de innovar y de la medida innovativa”, J.A. 2005-III-229.
- ROJAS, Jorge A. Una tutela procesal diferenciada o la conmemoración del desamparo, Revista de Derecho Procesal 2008-2-173
- ROJAS, Jorge A. Un nuevo molde para el amparo, Revista de Derecho Procesal nro. 5, año 2000.
- SUMARIO 15.857 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil – Boletín 6/2004; CNCiv., Sala D, 8/7/2003, in re “Denovi, María Dolores c/Transporte Quirno Costa S.A. s/ Medidas precautorias”.

UN “NUEVO MOLDE” PARA EL AMPARO

Jorge A. Rojas

INTRODUCCION

Es mucho el tiempo que transcurrió desde el caso Siri hasta la actualidad¹. Después de casi medio siglo, aún seguimos debatiendo cómo regular al amparo, continuamos discutiendo sobre su *naturaleza jurídica*, mantenemos el enfrentamiento asumiendo posiciones casi inconciliables, que lo interpretan como un mecanismo operativo por sí mismo, de carácter principal, mientras que otros lo entienden como subsidiario, e inclusive también se habla de un mecanismo residual².

Lo cierto es que desde comienzos de 1956, cuando se produjo el avasallamiento hacia los derechos del Sr. Siri, dándose comienzo así, a lo que constituiría luego un *leading case* para los anales de nuestra jurisprudencia, no nos hemos puesto de acuerdo aún sobre qué es el amparo, o qué alcance debemos darle, o bien qué características tiene, para poder así encauzarlo adecuadamente.

¹ Fallos 239:459 del 27/12/57, citamos la fecha, pues es importante, advertir a los fines de nuestra tarea, que ese proceso se originó a comienzos de 1956 y recién luego de dos años prácticamente de un trámite estéril -por la atipicidad de la situación planteada- se resolvió la cuestión sin conocerse la figura del demandado

² Sirva como ejemplo citar un precedente de la Excm. Cámara Nacional en lo Civil, que ha decidido: la luz del estado actual de la ciencia procesal y de la realidad, se ha sostenido que el amparo no puede ser tildado de remedio excepcional, sino que es perfectamente normal ante los presupuestos que corresponden al ejercicio de la protección; por lo tanto, no debe ser calificado de excepcional sino de residual” (Sala C, 6/6/95, E.D. 170-591).

Es cierto que podemos considerar, que se ha aportado luz sobre su perfil, a partir de la “nueva envergadura” que le ha dado el constituyente de 1994, pero lo cierto es que aún con ésta “jerarquización”, seguimos envueltos en una especie de enjambre, que nos choca a la hora de su concreta utilización. Las razones de ello son diversas, tal vez un apego al formalismo del que está imbuida la clase forense, quizás por una especie de “ceguera” del legislador, que omite su adecuada regulación, o por su uso indebido, o el “poco rigorismo” que trasunta la utilización de la figura.

Sea la razón que fuera, la que más nos atraiga, a la hora de conceptualizar al amparo, lo que no debemos omitir tanto para su adecuada regulación, como utilización, es volver nuestra mirada sobre las fuentes, que no son ni más ni menos que los dos casos insignes en la materia (Siri y Kot), los cuales han permitido la entronización en nuestra legislación primero, y en nuestra Constitución ahora, de la figura que nos ocupa.

¿Para qué propugnamos volver a las fuentes del amparo? Porque desde esta premisa, intentaremos desentrañar la anomalía que se produce en su operatoria, pues lejos estamos de obtener la protección expedita y rápida que dispone la Constitución, a través del funcionamiento que evidencia hoy el amparo.

Consideremos que esto se debe a la forma en que está estructurado nuestro instituto, el cual como bien enseña MORELLO, no debe sujetarse la ningún tipo de vasallaje procesal³. Paradójicamente, este extremo fue el que evidenciaron los precedentes que le dieron origen, doctrina que más recientemente la propia Corte Suprema ha ratificado⁴.

³ MORELO, Augusto M., Posibilidades y limitaciones del amparo, E.D. 165-1218.

⁴ La Corte ha sostenido con especial énfasis que es preciso evitar que el juego de los procedimientos ordinarios torne ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales (véase cons. 10, voto del Dr. Belluscio in re Video Club Dreams c/Instituto Nacional de Cinematografía, E.D. 154-246).

Por esa razón, entiendo oportuno volver a ocuparme; en este trabajo, de la importancia que tienen las formas en nuestra materia. Aquello que permite que algo sea como es, no es otra cosa que su forma, siendo ella misma la que nos va a permitir distinguir sus propiedades, su funcionamiento, y por el principio de identidad, qué es⁵.

Esto no debemos confundirlo con la llamada naturaleza jurídica del amparo, sino por el contrario, desde la forma en que está estructurado, advertir el manejo que de él hacen los operadores jurídicos, y cuáles son los resultados que arroja en la realidad, para concluir entonces si así podemos darle vida a la letra de la Constitución Nacional, pues surge una contradicción palpable entre las formas que debemos observar para sustanciar un amparo, con los preceptos constitucionales, pues los tiempos que naturalmente consumen aquellas, no son los adecuados para la tutela de situaciones extremas -por su urgencia- desvirtuándose así el instituto.

Señala Clariá Olmedo, que el proceso se nos presenta como una abstracción de la ley. Esta prevé hipótesis de conductas que integran una sucesión de actividades que deben o pueden cumplirse, conforme a un orden metódico y en persecución de un resultado, estableciendo las condiciones formas y modos necesarios para su eficacia y las consecuencias de su inobservancia. Pero las previsiones legales que lo conforman en abstracto deben, necesariamente, concretarse pues consisten en una actividad que se resuelve en cada uno de los diversos procedimientos judiciales⁶.

Aquí radica el meollo de la cuestión, pues se produce una contradicción entre la claridad del precepto constitucional, con la operatividad que trasunta el amparo, pues su estructura no está

⁵ La simple identificación en el diccionario de la palabra forma, nos da cuenta de la figura exterior de un cuerpo, agregándose como otra acepción "Forma o modo de proceder". Es decir como señalaba Aristoteles, por oposición a la materia, la forma es aquello por lo cual algo es lo que es.

⁶ CLARIA OLNIEDO, Jorge A., *Derecho Procesal Ed. Depalma*, 1989, tomo 1, pág. 126.

preparada para atender con efectividad situaciones especiales por su urgencia, quedando de hecho desvirtuada la letra de la Constitución Nacional, justamente en desmedro de aquellos derechos que se pretenden resguardar.

ACERCA DE LA LLAMADA NATURALEZA JURÍDICA

La doctrina se ha encargado de esbozar cuanta conceptualización ha entendido necesaria, a los fines de identificar al amparo, pero siempre introduciéndolo dentro de estándares tradicionales.

Cómo se puede disentir con aquellos que sostienen que el amparo es un derecho, si es lógico que así pueda ser considerado, pues está previsto en la Constitución Nacional, como una prerrogativa de la que goza toda persona.

Cómo podemos negar que es una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional, contra una persona distinta de aquélla que la formula, para obtener la protección de derechos o garantías que fueron conculcados.

Cómo podemos negar que el amparo constituya una acción, si resulta clara la potestad que nace en cabeza de cualquier persona, que vea violentado en forma arbitraria o ilegal, alguno de sus derechos, sean contemplados por la Constitución, un tratado o una ley.

Es decir, que por el camino que lo analicemos, partiendo de los conceptos tradicionales en que se apoya nuestra disciplina, siempre *concluiremos* que asiste razón a todos aquellos que sostienen una u otra postura.

Lo cierto es que el amparo, es simplemente eso, y no otra cosa. Un amparo, es un mecanismo -ahora constitucional- que está

a disposición del justiciable, para resguardar los derechos y garantías que consagra nuestra Ley Fundamental⁷.

Por eso, como con acierto enseñaba CARRIO, no podemos enfrascarnos en moldes tradicionales, solo por resultar conocidos y de fácil manejo, debernos ir adecuándonos a la impronta que marca en nuestra realidad la figura de que se trate⁸.

Es cierto que es una acción, es cierto que es una garantía, es cierto que es una pretensión, es cierto que es un proceso. Todo ello es cierto, pero no lo es menos, que cada una de esas posturas parte para su análisis de lo que denominamos “presupuestos jurídicos subyacentes”, los cuales podemos identificar como aquél conocimiento previo que conforma el bagaje cultural de cada intérprete, y que quizás no hayamos revisado lo suficiente para ponernos de acuerdo con el mismo, o con el alcance que conceptualmente le atribuyamos, dando por descontado su sentido. Así, ya sabemos qué es una acción, partimos de la base de conocer qué es un proceso, nadie duda qué cosa quiere decir pretensión.

La pregunta que cabe formularnos, es si por esa vía, nos adentramos en el espíritu final que animó a la Corte Suprema a partir del caso SH, y que de alguna manera trató de plasmar el constituyente del 94 -con aciertos o errores- Pero en definitiva tratando de rescatarlo al concebir al amparo.

⁷ Sostiene PALACIO Y CS importante señalarlo en este punto a los fines que aquí seguimos, que luego de la reforma constitucional de 1994, el amparo adquirió el rango de “derecho constitucional expreso” -razón por la cual prevalece respecto de cualquier limitación o restricción contenida no solo en leyes nacionales o provinciales- sino que también, por un lado, extendió su ámbito de admisibilidad a actos y omisiones provenientes de particulares y, por otro lado, amplió el tipo de derechos susceptibles de tutela a través de ese remedio, que no se circunscriben ahora a los reconocidos por la Constitución, sino que también comprenden a los que se encuentran reconocidos por un tratado o una ley” (PALACIO, Lino E., *La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994*, L.L. 1995-13-1237).

⁸ Sostenía CARRIO, que las afanosas pesquisas de los juristas por descubrir la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación, están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe (Carrió, Genaro R.E. notas sobre Derecho y Lenguaje, Ed. Abeledo Perrot, 1976, pág. 75)

Si partimos de esta base, concluiremos a poco andar, que no podemos concebir al amparo, de los distintos modos que se pretende, pues todos ellos son verdaderos, nadie puede sostener que algunas de esas concepciones resulte falsa, lo que señalamos es que del modo que lo hagamos siempre vamos a “fotografiar” un aspecto, sin advertir quizás, que hay varios elementos que coayudan a su cristalización.

Por ello, como enseñaba CARRIO, quizás los juristas buscan aquello que nunca van a encontrar, cuando se detienen en el análisis de la llamada naturaleza jurídica de tal o cual instituto. Por eso decimos que las apreciaciones que hagamos sobre el amparo, tienen que apuntar a su mayor utilidad y eficacia en lugar de detenernos a analizar concepciones de carácter dogmático, que por su abstracción pueden desvirtuarlo⁹.

SOBRE SU REGULACION: ¿PROCESO PROTECTORIO O DIRIMENTE?

A nadie le puede pasar por alto que la vida que ha tenido el amparo en nuestro país ha sido verdaderamente aciaga¹⁰, desde su creación pretoriana, pasando por su regulación legal, hasta su jerarquización constitucional. Recorramos sus regulaciones.

⁹ Esta línea han seguido MORELLO Y VALLEFÍN, *El Amparo. Régimen Procesal*, 2º ed., Librería Editorial Platense, pág. 13, cuando señalan siguiendo a CARRIO que deliberadamente omiten polemizar con este tipo de disputas (referidas a la llamada naturaleza jurídica) pues resultan estériles, realizando solo un muestreo de todas las posiciones asumidas, que van desde un interdicto, pasando por tina petición, un juicio, un recurso, entre otras. Como lo señalaba CARRIO (ob. cit., pág. 76), no es útil hablar de la naturaleza jurídica de tal o cual institución, porque ello, si bien contribuye a preservar la ilusión de que el orden jurídico es autosuficiente, lo hace al alto precio de proporcionar una guía inadecuada para la solución de los casos difíciles y una base poco fructífera de sistematización.

¹⁰ Así lo sostuvimos en un trabajo titulado *Amparo y Proceso*, publicado en J. A. número especial (6036) del 7/5/97, págs. 37 y ss.

El amparo nace con los casos Siri y Kot¹¹, luego se materializa, primero por la ley 16.986¹² -el amparo contra actos de la autoridad pública- luego en el art. 321 del Cód. Procesal¹³ -el amparo contra actos de particulares- y desde entonces, la desvirtuación del instituto ha sido una constante que lo ha caracterizado (o estigmatizado).

Llegó finalmente una jerarquización con su introducción en la Constitución Nacional, y hoy nos quedamos con la siguiente realidad: la doctrina sigue discutiendo sobre su carácter principal o subsidiario, y su regulación resulta por demás sobreabundante y dispersa¹⁴. Finalmente la jurisprudencia sigue utilizando un esquema

¹¹ Fallos 239:459 y 241:296, respectivamente.

¹² Que data del año 1966, es decir prácticamente diez años de que se originó el amparo contra actos de la autoridad pública.

¹³ Es decir en 1968, también prácticamente luego de diez años de originado el caso Kot, que dio lugar al amparo contra actos de particulares.

¹⁴ Téngase en cuenta las distintas figuras que existen en el amparo de los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional (medio ambiente, derechos del consumidor, del usuario, discriminación, competencia, *habeas data*, entre otros), todo ello al margen de la remisión que hace el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, que nos permite caer en la cuenta de las distintas variantes de amparo que devienen de los Tratados Internacionales:

a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, en la Ciudad de Bogotá, Colombia, 1948).

Art. XVIII.- Toda persona... debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

b) Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada por Res. 217 A de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10.12.48).

Art. 811.-Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José (le Costa Rica, aprobada por nuestro país por ley 23.054).

Art. 25.-Protección judicial.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...

d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por nuestro país por ley 23.313).

Parte 11, art. 21, ap. 3: Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

de razonamiento para su viabilidad que es el mismo que en muchos casos ha coadyuvado a ese destino que definimos como aciago.

Veamos entonces cuál es la realidad del amparo. En el caso del que se dirige contra actos de la autoridad pública, la misma, una vez notificada de la pretensión, debe presentar un informe en los términos del art. 8 de la ley, bajo apercibimiento de nulidad, el cual en realidad no constituye un verdadero informe, sino por el contrario, debido a la desvirtuación de los usos forenses, una verdadera contestación de demanda. Sin embargo, esta sí es la regla, en el caso de tener que aplicar el art. 321 del Código Procesal a un amparo contra un particular, y no olvidemos que debemos asimilar a tal, por ejemplo no solo a una persona de existencia visible, sino también a una corporación multinacional.

Allí no solo debe correrse traslado de la demanda, debe contestarse ésta, desde luego en los términos del art. 356 del Código Procesal, luego tomarse la audiencia preliminar¹⁵, y además la apelación -con los límites que la estructura del juicio sumarísimo impone- tramitará con efecto devolutivo, con la excepción que marca el inc. 5 art. 498, es decir salvo gravamen irreparable, frente a lo cual nos preguntamos ¿cuándo una sentencia que resulta desfavorable al apelante no causa un gravamen irreparable?.

Obsérvese que la promoción de un amparo implica, en forma inmediata, y prácticamente automática, el encasillamiento del proceso

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales...

Como podemos apreciar, no existiría solo un amparo sino varios, lo que denota su atomización, ya que a la luz de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, estas normas ahora también son ley suprema de la Nación.

¹⁵ Conforme lo dispuesto por el art. 35 de la ley 24.573, que dispuso introducir como art. 360 dentro del Código Procesal, el siguiente: "en los juicios que tramiten por otros procedimientos, se celebrará asimismo la audiencia prevista en el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, observándose los plazos procesales que se establecen para los mismos"; todo lo cual evidentemente no se compadece ni con el sentido finalista que debe conducir el amparo, ni menos aún con la importancia que se le atribuye a la audiencia preliminar dentro de un típico proceso de conocimiento.

dentro de los cánones tradicionales que antes mencionamos, sea la ley 16.986, sea el art. 321 del Código Procesal, por ende nos preguntamos ¿es así como resultan operativas las cláusulas constitucionales que resguardan los derechos de las personas, frente a avasallamientos que en forma manifiesta resultan arbitrarios o ilegales?

Entendemos que la respuesta debe ser negativa, pues si tenemos que transitar el decurso de un típico proceso judicial, corriendo traslado de una demanda, celebrando eventualmente una audiencia preliminar -reconociendo todas las ventajas que la misma ofrece- y ajustando los mecanismos impugnativos a la suerte de un efecto suspensivo, nos preguntamos si esto es eficaz, o mejor dicho, si de acuerdo con las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional, estamos frente a un mecanismo expedito y rápido.

Seguramente que no. Pero también puede sostenerse que las medidas cautelares resultan útiles para sobrellevar situaciones urgentes- críticas. Es correcto. Pero nos preguntamos si los jueces son propensos conceder una medida cautelar cuando no admite demora -por su urgencia- estando frente a una situación crítica, y más aún cuando con esa medida cautelar se pueda estar resolviendo el fondo de la cuestión, sea en todo o en parte, es decir cuando ésta importe aquello que la doctrina ha denominado una tutela anticipada.

Es difícil dar una respuesta a ese interrogante, entre otras cosas, por el rigorismo formal que reina en la clase forense, y además, porque transitar ese camino en algunos supuestos puede importar un exceso respecto al ámbito natural de las cautelares.

Sin embargo, en la realidad se han dado algunos fenómenos muy particulares, que dan cuenta de dos posibilidades: a) o que se ha desvirtuado el marco tradicional de las medidas cautelares; o b) o en su caso, aquél que le incumbe al amparo; aunque existe un punto común

que nos permite advertir, que todo ello siempre ha sido en aras a un efectivo resguardo de los derechos conculcados¹⁶.

De tal modo se ha decidido: “si la pretensión cautelar constituye una petición autónoma -que algunos autores denominan urgente su procedencia requiere no sólo una apariencia del derecho alegado, sino una fuerte probabilidad de que sean atendibles las pretensiones del peticionante, es decir, un alto grado de certeza del derecho que debe demostrar quien reclama esta tutela, lo que se justifica por el carácter autónomo y no accesorio que la distingue de las pretensiones cautelares” (CNCiv., Sala L, 15/5/97, F.M. Tango S.A. c/L.S. 1 Radio Municipal s/Daños y Perjuicios).

Antes de detenernos en este particular pronunciamiento veamos otro, de otra Sala de la misma Cámara: “es procedente el amparo al solo fin de obtener una medida cautelar autónoma innovativa” (Sala C, 15/ 2/96, L.L. 1996-E-109).

Nos preguntamos ¿existe una medida cautelar autónoma? ¿qué cosa significa una petición autónoma?, ¿qué quiere decir que existe un alto grado de certeza del derecho?; ¿puede concebirse al amparo al solo efecto de obtener una medida “cautelar autónoma innovativa”?

Creemos que en estos supuestos los moldes tradicionales, tanto de las medidas cautelares cuanto del amparo, por el hecho de ser tales, han quedado literalmente excedidos, y es hora, como enseña

¹⁶ Existen algunas excepciones que también debemos registrar, pero que no hacen más que dar cuenta de la necesidad de regular un proceso expedito y rápido con el alcance que venimos señalando: “no corresponde hacer lugar a ciertas medidas -interdicción de cuentas bancarias, orden de no pagar cheques ya librados, etc .solicitadas, no ya para garantizar el resultado de una acción de fondo promovida o a promoverse, sino en carácter de pretensión autónoma encuadrada dentro de lo que la moderna doctrina procesal ha dado en llamar “medidas autosatisfactivas, pues, más allá de la duda que por sí sola plantea la admisión de una categoría aún no explícitamente receptada en el ordenamiento legal, lo cierto es que las medidas que se pretenden no pueden ser alcanzadas sin la previa sustanciación de una acción judicial con intervención de los sujetos eventualmente involucrados, cuyo derecho de defensa en juicio se vería, de otro modo, seriamente afectado (CNCom., Sala Q 27/4/99, in re Cleanline Servicios, S. A. c/Valles, Guillermo Juan s/medida precautoria, diario E.D. del 16/12/ 99, pág. 7.

Morello, que capitulemos con la realidad, que no consideremos que la tutela anticipada es un hallazgo de biblioteca, y que por tanto registremos los esfuerzos de la jurisdicción para tutelar de cualquier modo situaciones urgentes¹⁷.

No es ésta la oportunidad, por los límites que este trabajo nos impone, para aludir a la “presunta autonomía” de las medidas cautelares, ni menos aún, a la aptitud del amparo al solo efecto de obtener una medida cautelar.

Lo cierto es lo que la realidad indica. Ella está ahí incólume. Creemos que el desafío consiste en interpretarla para encauzarla, con orden, pues éste es el que va a brindar las mejores posibilidades para la utilización de estas herramientas que se están engendrando “con forceps”, ante la insuficiencia de la ley.

Frente a esta realidad, nos planteamos la necesidad de estructurar de un modo distinto al amparo, en donde contemos la posibilidad de regular adecuadamente lo que hemos denominado jurisdicción anticipada (o tutela anticipada), a través del cual fortalezcamos a las medidas cautelares por un lado para brindarle independencia operativa, pero por otro le demos armas a la jurisdicción para trabajar sobre situaciones límite, sin necesidad de desvirtuar al amparo, privilegiando la protección de los derechos vulnerados en contraposición con su discusión, en donde habilitemos la vía del contradictorio a partir de la previa igualdad de las partes frente a la ley.

Por eso, consideramos importante “recrear” las fuentes que dieron origen al amparo, para advertir que en ningún caso se pretendió

¹⁷ Enseña el Maestro *PIXFENSE*, con la agudeza que *lo* destaca: “nos parece que buscar en las explicaciones en uso de la teoría general de la cautela las razones que ya no puede brindar a un mecanismo operacional que se ha desglosado de su carril ortodoxo, sería pecar de cierto candor, porque no son idóneas para dar cuenta de esta palpitante experiencia que se cuele y escapa de las fronteras -al menos las establecidas- de las clásicas medidas cautelares. Las partes están ceñidas y queman sus naves en este proceso típicamente diferenciado e independiente de todo otro absorbente y principal (MORELLO, Augusto M., *La cautela material*, J.A. 1992-IV-314).

constituirlo como un proceso dirimente de los derechos en disputa, sino por el contrario, como un proceso protectorio de los mismos, pues precisamente si algo tiene que aparecer con certeza y liquidez (aspectos sobre los que más adelante volveremos), son los derechos que fueron vulnerados para brindarle la protección adecuada¹⁸

De tal modo debemos recordar que en el caso Siri, la Corte señaló, entre otras cosas: “que basta esta comprobación (la vulneración de los derechos o garantías) para que inmediatamente la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias... Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. GONZÁLEZ: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre o independiente dentro de la Nación Argentina” (*Manual de la*

¹⁸ Seguimos idéntico criterio al sustentado por Rivas ya desde su obra *El Amparo* (Ed. La Rocca, 1987), esbozada más recientemente en su ponencia en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (Libros de Ponencias de ese Congreso, T. II, p. 767), en donde el autor mencionado sostiene que “la esencia del amparo es la de ser una modalidad específica de actuación de la jurisdicción protectora, es decir que significa un deber ineludible del estado de operar protegiendo, a través de sus órganos competentes al efecto, precisamente potenciado por tratarse de una garantía constitucional, dentro mismo de un sistema jurisdiccional garantizador”. Es importante destacar en este punto, siguiendo a LINARES QUINTANA, que “garantía es la institución creada a favor del individuo para que, armado con ella, pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituyen en conjunto la libertad civil y política” (El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Nacional, Editorial jurídica Argentina, 1943, pág. 204).

Constitución Argentina en obras completas, vol. 3, Buenos Aires 1935, núm. 82; confr. además, núm. 89 y 90).

Consideramos a éste *holding*¹⁹ del fallo que nos ocupa, pues porque la disidencia del Dr. Herrera, en ese caso, trasuntó ese espíritu formalista tan apegado a los excesos rituales, pero atención, que revela un estilo de nuestra judicatura que resulta un indicador de sobrada importancia, a la hora de ponderar el mecanismo que debería regular al amparo, y que generalmente pasamos por alto.

Obsérvese que en esa disidencia el Dr. Herrera sostuvo que si bien era cierto que el recurrente en ningún caso había sostenido que había deducido un recurso de hábeas corpus, agregó que: “no solamente no concreta de qué acción se trata sino que el trámite impreso a la causa a su pedido y con su conformidad ha sido el establecido por las leyes procesales para dicho recurso”.

Es decir que el criterio del ministro disidente mostró, como sigue sucediendo hoy en día *-mutatis mutandi*²⁰- la necesidad de contar con una estructura procesal apta para proteger los derechos que aparecían conculcados, sin advertir que la función primordial de la jurisdicción

¹⁹ CARRIO distingue claramente siguiendo a CUETO RÚA, y la línea del sistema del common law entre *holding* y *dictum* al señalar que el primero constituye la expresión necesaria del juez para resolver el caso, mientras que el segundo constituye lenguaje de apoyo o superabundante, que viene a abonar el camino de la decisión central (Véase CARRIO, Genaro R., *Recurso de Amparo y Técnica judicial*, Ed. Abeledo-Perrot, 1959, p. 49), por lo tanto, como podemos apreciar la mayoría de la Corte, entendió, que la falta de reglamentación del amparo no constituía, ni tampoco podía constituirse en un obstáculo para disponer la remoción de las vías de hecho o de la actuación de la autoridad pública -en su caso- que cercenaban los derechos del justiciable. Es decir, la Corte señaló que sin formas procesales de ninguna índole -como lo establece ahora la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al regular el amparo (ver arts. 15 y 20) igualmente se deben “proteger” los derechos que fueron conculcados, circunstancia que nos permite inferir, si este constituye el *holding* del pronunciamiento que nos ocupa, que la trascendencia que tienen las formas es vital para la viabilidad del amparo, pues a contrario sensu, no podemos pretender la operatividad del amparo sobre la base de la estructura del proceso sumarísimo típico, o por lo menos, tal como esta concebido en nuestra ley adjetiva.

²⁰ Ver nota 17

en esos casos, es precisamente la protección de esos derechos, y no dirimir su alcance o aplicación.

Por eso, esta mirada sobre nuestras propias fuentes, puede ayudarnos a iluminar el camino hacia un proceso con una estructura protectoria, en lugar de uno clásico, con un esquema típicamente dirimente de los derechos en juego.

En apoyo de lo que venimos sosteniendo, es de destacar que la Corte en el caso Kot, entendió que lo que primordialmente tienen en vista el hábeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales.

Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría, remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia -lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe impedir o retardar el amparo constitucional. De otro modo, habría que concluir que los derechos esenciales de la persona humana carecen en el derecho argentino de las garantías indispensables para su existencia y plenitud, y es obvio

que esta conclusión no puede ser admitida sin serio menoscabo de la dignidad del orden jurídico de la nación.

Esto que hemos extractado de los casos insignes de nuestros amparos, no son otra cosa más que la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal, de la cual se desprende claramente, que el amparo no fue generado como un mecanismo procesal apto para dirimir derechos en disputa, sino por el contrario, para efectivizar los derechos y garantías que consagra nuestra Ley Fundamental.

Es decir, su viabilidad depende de la protección que reclame el justiciable a la jurisdicción. Para ello, la cuestión a formularnos sería: ¿cómo lograr esto?, si antes concluíamos que por la vía que consagra el art. 321 del Código Procesal, o bien por la que representa la vieja ley 16.986 no podemos lograrlo de modo expedito y rápido.

A nuestro entender, no existe otra fórmula más que dotar al amparo de otras formas, que marquen una nueva impronta en su procedimiento, que resulte adecuado para lograr la efectiva tutela de los derechos vulnerados, y cuando sostenemos esto lo único que pretendemos es que cobre vida la letra de nuestra Constitución Nacional, y la de los tratados internacionales que son acordes con ella, cuando aluden a un mecanismo o a un recurso, en todos los casos, expedito, ágil, sencillo, rápido, como se desprende de todos esos textos²¹.

²¹ Lo remarcamos al margen de los errores en los que pueda haber incurrido el constituyente en la redacción del art. 43, pues entre otras cosas alude a una acción expedita y rápida, cuando en verdad a lo que se apuntó, fue a una protección sencilla -para evitar todo tipo de formalismos que inhiban el accionar jurisdiccional- y rápida para evitar la consumación o el agravamiento de un daño.

OTRAS FUENTES DEL AMPARO: EL PROCESO URGENTE

Consideramos oportuno recordar, que el amparo cobró auge en nuestro continente merced a la trascendencia que adquirió el instituto en tierra mexicana²².

Y conviene señalar, ya que estamos haciendo una mirada retrospectiva hacia las fuentes del amparo, para proyectar hacia el futuro una estructura que permita, su mejor efectividad, cómo se resolvió el amparo en el Virreinato de Nueva España (hoy México), en atención al comentario que antes formulamos.

Allí el Virrey conociendo directamente, o indirectamente (en este caso como presidente de la Real Audiencia de México), dictaba un mandamiento de amparo como protección frente a la violación de los derechos de una persona, sin determinar en éste, la titularidad de esos derechos violados, y sólo con el fin de protegerlos de la violación²³.

Como se aprecia, la actuación de la jurisdicción viene impuesta por dos extremos fundamentales, la certeza y la liquidez que brindan a la jurisdicción los hechos y el derecho.

Por lo tanto, la utilización de las formas tradicionales no permitirían -por insuficientes- el funcionamiento del amparo, motivo por el cual consideramos que la estructura que debe tener el instituto analizado, tiene semejanza con aquella que posee la estructura del proceso monitorio.

De la lectura del precedente mexicano que citamos (en la nota anterior), podemos advertir que el juez de la causa resolvió el amparo en forma inmediata, expeditiva y sencilla, pero obsérvese que para

²² En el número anterior de esta Revista se publicó en la sección Notas y Documentos una copia de la primera sentencia de amparo que se dictó en México en el año 1848, que el lector podrá advertir de su lectura, trata de una sanción de destierro impuesta por el gobernador de un estado mexicano, a un ciudadano, que había sido impuesta sin juicio previo, adoptando el juez de la causa como decisión concreta, dejarla sin efecto para brindarle a esa persona la posibilidad de contar con el debido proceso legal, y por ende a su legítima defensa.

²³ Véase Juventino V., CASTRO, Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, 1996, pág. 293.

ello, se superpusieron en los hechos de ese proceso, dos pretensiones fundamentales: en primer lugar la que podría constituir el objeto de una medida cautelar, tratando de evitar la ejecución de la decisión que se impugnaba; y por otro lado, la pretensión sustancial del amparista, que *no era otra Mas que la misma*, pues a la sazón no podría pretender más que se dejara sin efecto esa decisión.

Aquí aparecen con claridad la certeza y la liquidez de los derechos conculcados, pues una persona había sido condenada sin juicio previo, por ende la actuación de la jurisdicción, no se dirigió a la comprobación de la existencia de los derechos en juego, sino que ante la evidencia con que estos aparecían, no cabía ningún tipo de interpretación ambigua o confusa.

Surgen así dos nuevos estándares a tener en cuenta para obtener la protección de la jurisdicción; la certeza y la liquidez que brindan los hechos y consiguientemente el derecho invocado.

Pero paralelamente también podemos advertir que ello exorbita el ámbito de las medidas cautelares, pues ya no podemos aludir a la simple apariencia del derecho invocado, como tampoco a la misma envergadura de las razones de urgencia que se invocan.

Por este camino propender a la mixtura del régimen de las medidas cautelares, con las posibilidades que brinda un proceso de conocimiento, aparece como una solución atractiva para el amparo, que quedaría estructurado como un típico proceso urgente, en donde se combinan el activismo jurisdiccional, para brindar la protección adecuada, y el conocimiento indispensable para un posterior pronunciamiento de fondo, más allá del carácter formal que el mismo revista²⁴.

²⁴ Por esa razón en “Una Cautela Atípica” (*Revista de Derecho Procesal* núm. 1, Ed. RUBINZAL CULZONI, págs. 57 y ss.), señalábamos que existían a partir del avance y desarrollo de la tutela anticipada en la doctrina y en la jurisprudencia, primero renuente en su aceptación y luego del caso Camacho Acosta resuelto por la Excma. Corte (L.L. 1998-E-653) con una mayor disposición para ello, un ámbito que podíamos denominar normal o tradicional de las medidas cautelares, y otro excepcional, en donde involucrábamos precisamente a lo que se dio en denominar tutela anticipada.

Consideramos que en este sentido la trascendencia que tienen los hechos, y la actuación que le cabe a la jurisdicción se constituyen en puntales esenciales a la hora de contener ese tipo de situaciones urgentes, con lo cual la propuesta atinente a las formas apunta a lograr el acceso a una tutela jurisdiccional de carácter urgente²⁵ que permita proteger en forma efectiva, cierta y urgente, aquello que no admite dilaciones.

Aún por esta vía, que importa una simplificación en las formas, consideramos que se puede despejar aquella preocupación de la doctrina, que apuntaba al exceso amparista que podría desbordar a la jurisdicción, pues la restricción que importan estos parámetros actuaría como una valla de contención interna del propio instituto.

No es lo mismo sostener -para evitar confusiones- que el proceso monitorio resulta adecuado para sustanciar un amparo, que sostener que la estructura monitoria es el molde más adecuado para obtener la protección expedita y rápida que es de la esencia del amparo.

Nos explicamos. No hay dudas sobre el origen del proceso monitorio, ni de su posibilidad de ser puro o documentado, y de su utilización para procesos de ejecución entre otras alternativas²⁶, como tampoco que la envergadura de los derechos que aparecen aquí en juego puede ser otra distinta a la de los que merecen la protección del amparo. Lo cierto es que la estructura monitoria permite la actuación expedita, sencilla y urgente de la jurisdicción por la evidencia de los

Este esquema nos lleva a realzar su importancia a la hora de la regulación del amparo, precisamente por su trascendencia a los fines de obtener un funcionamiento de nuestro instituto que resulte expedito y rápido.

²⁵ En idéntico sentido nos manifestamos en la *Revista Proceso de Cambio* editada por los organizadores del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (ver pág. 22).

²⁶ No olvidemos que el *Código General del Proceso uniguayo* extiende su utilidad a otros supuestos como por ejemplo las divisiones de condominio, de cosas comunes, u otras, véanse arts. 351 y ss. de ese cuerpo legal, llamándolos a partir del primero de ellos: procesos con estructura monitoria. No obstante sobre el procedimiento monitorio, véase la ponencia del Dr. Óscar J. MARTNEZ, *El Procedimiento Monitorio, Libro de Ponencias del XX Congreso Nacional de Derecho Procesal*, págs. 203 y ss.

hechos que permiten el suficiente grado de certeza a aquella, y la consiguiente liquidez del derecho que deviene de la primera²⁷.

Tomemos un ejemplo concreto, para demostrar en el campo aquello que puede parecer una abstracción, de un fallo reciente que comentamos²⁸.

La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Curuzú Cuatiá, desestimó un amparo, aunque paradójicamente hizo lugar a la pretensión, pues el mismo llevaba consigo una medida cautelar que el peticionante había catalogado como innovativa.

Los hechos que le dieron origen fueron los siguientes: debido a la situación que desembocó en la reciente intervención federal de la Provincia de Corrientes, se sucedieron una serie de revueltas y reclamos populares de todo tipo, por lo cual esos hechos resultaban públicos y notorios, sobre todo para los jueces que vivían en el lugar.

Con motivo de ello, los empleados judiciales de la Ciudad de Curuzú Cuatiá, hacía más de dos meses que no percibían sus remuneraciones, con las implicancias que ello representaba para sus grupos familiares; y con el agravante de que tomaron conocimiento, que en el Banco de la Provincia de Corrientes de aquél lugar, se encontraban depositados sus haberes los cuales no podían hacer efectivos porque no llegaban de la tesorería los comprobantes o recibos, que debían firmar los trabajadores, para recepcionar esos pagos.

Ante ello los trabajadores promovieron un amparo con una medida cautelar innovativa, pretendiendo el cobro de sus haberes. La Cámara interviniente (que resultó competente en los términos de la ley provincial 2903), decidió conceder la medida cautelar, dándole el

²⁷ La distinción que apuntamos sobre la evidencia de los hechos por oposición a la verosimilitud (o humo de buen derecho) que se requiere para el dictado de una medida cautelar, se puede ver en el excelente trabajo de los Dres. ARAZI y KAMINKER llevaron a cabo en la obra *Medidas Autosatisfactivas*, dirigido por el Dr. Jorge W. PEYRANO, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, págs. 37 y ss.

²⁸ Véase J. A., *Boletín 6194 del 171512000*, págs. 65 y ss.

título de “medida autosatisfactiva”, previa comprobación en el Banco de la Provincia del lugar que era cierto que los fondos estaban allí depositados, pero con la salvedad que, paralelamente a la concesión de la medida, decidió darle curso al amparo, pidiendo el informe que la ley allí dispone (en términos similares al art. 8 de la ley 16.986).

Pese a la inconsistencia de lo informado por la demandada, la Cámara decidió desestimar el amparo, por considerarlo abstracto, toda vez que la medida autosatisfactiva que concedió, agotaba la pretensión de los actores²⁹, cuando en verdad, era la oportunidad adecuada para estimar favorablemente ese amparo, dando cauce así a las formas que venimos proponiendo para nuestro instituto.

Esto implica una estructura de carácter monitorio, porque la fuerza de los hechos lleva a la jurisdicción, por su evidencia, y atento el carácter manifiesto de la arbitrariedad, a su protección inmediata, para luego debatir, si fuera el caso, a través de un proceso restringido, algún tipo de defensa que seriamente pueda plantear el eventual demandado, quien tendría así a su merced la posibilidad de habilitar el contradictorio, sin que ese pronunciamiento definitivo que se obtenga, en ese proceso restringido, por el mínimo conocimiento impuesto por la ley al juez, importe cosa juzgada material, ya que quedará habilitado quien legítimamente se considere agraviado, a revisar a través de un proceso de conocimiento amplio, ese decisorio.

Por este camino, obtenemos la posibilidad de alterar el esquema tradicional del proceso judicial, en donde la relación conocimiento-ejecución, se vea trastocada por una inversa que implique

²⁹ En el trabajo aludido en la nota anterior, señalamos que si bien nos parece encomiable la actuación de la jurisdicción, por su activismo, y la forma de hacer efectiva una tutela jurisdiccional, no consideramos oportuna la solución, no porque la medida autosatisfactiva resulte inadecuada, sino por el contrario, porque al margen de la denominación que le demos, daba pie para que el amparo continuara sustanciándose, tal como la Cámara lo hizo, pero resolviéndolo como hubiera correspondido esto es, ante la inexistencia de contradicción suficientemente seria y razonable, convalidando la medida decretada, y no declarándolo abstracto.

protección-conocimiento, de modo tal de concebir un verdadero proceso, que no quede desvirtuado por la obtención de una medida (sea cautelar, o importe un claro anticipo jurisdiccional), sino que reúna todas las condiciones que nuestra Ley Fundamental requiere, y sea eficaz para atender estas situaciones de extrema excepcionalidad, siendo la simiente de una adecuada sistematización del amparo³⁰.

CONCLUSIONES

Bien reconoció la Corte en el caso Siri, que resultaba imperioso dejar de lado su tesis tradicional, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (Fallos 165:15; 169:103; y posteriores), señalando textualmente nuestro más Alto Tribunal “Los preceptos constitucionales, tanto como la experiencia institucional del país, reclaman de consuno, el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales, para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas.”

Estabamos por entonces en el año 1957. Desde entonces y al año 2000 han transcurrido 43 años, el cual consideramos tiempo suficiente como para que los argentinos podamos encontrar cauce adecuado a una necesidad social, que evidencie la maduración del amparo. Su falta de regulación, importa no solo una desidia política,

³⁰ Sostenemos la necesidad de sistematizar al amparo pues es evidente que existen diferencias entre las distintas alternativas que pueden generarse a partir de las variantes que consagra la Constitución Nacional en sus arts. 41, 42 y 43, ya que no es lo mismo tramitar un habeas data, que brindar amparo a un consumidor, o perseguir la declaración de inconstitucionalidad de tina norma, motivo por el cual en su oportunidad en la ponencia que presentamos en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal llevado a cabo en la Ciudad de Corrientes en 1997, titulada “De la atomización a la sistematización del amparo”, proponíamos la necesidad de fortalecer al amparo con una adecuada sistematización, evitando el fenómeno de la atomización que allí describíamos (la tarea fue publicada en el tercer tomo de los libros que recogieron las ponencias de los participantes en el evento, págs. 151 y ss.).

sino además un manifiesto desinterés por la elevación de nuestra sociedad, a esquemas de resolución de conflictos acordes con los tiempos que nos tocan vivir, para lo cual entendemos conveniente un enfoque sistémico para superar esta situación, ya que el proceso judicial -como subsistema³¹- dentro de una determinada organización social, requiere la complementación de esfuerzos de las distintas vertientes que coadyuven en pos de esos objetivos.

Por eso, BUNGE³² marca una impronta muy particular de todo sistema,³³ que es la que permite advertir que éstos poseen características de las que adolecen sus partes, y existe un principio fundamental en ese sentido, que indica que los problemas sociales no se dan de a uno sino combinados, por lo cual solo pueden entenderse y resolverse como sistemas; sugiriendo como receta para abordarlos con éxito, el hacerlo paso a paso pero todos juntos.

Por ese motivo nos adelantamos a señalar que no es un solo aspecto sobre el que conviene trabajar para estructurar al amparo, sino que son varios componentes los que influyen sobre el particular, entre otros aquél que apunta a la formación de los operadores jurídicos, toda vez que es de fundamental importancia contar con un razonamiento forense acorde con las nuevas necesidades que imponen los tiempos actuales, pues de lo contrario caería en saco roto todo tipo de esfuerzo³⁴.

³¹ Señala GRUN, que para un adecuado uso de la noción de sistema, a más de desechar el reduccionismo, se requiere, sintéticamente: a) tener una percepción de la naturaleza de su entidad, como distinta del resto del universo, esto es, poder distinguir el sistema de su entorno; b) reconocer su funcionalidad propia; c) apreciar correctamente la dependencia del sistema del entorno y la naturaleza precisa de esa dependencia; d) lograr una percepción y comprensión de la complejidad interna del mismo y la organización de esta complejidad y e) descubrir sus caracteres dinámicos (GRUN, Ernesto; *Una Visión Sistémica y Cibemética del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, 1995, pág. 33).

³² BUNGE, Mario; *Sistemas Sociales y Filosofía*, Ed. Sudamericana, págs. 7 y ss.

³³ Un sistema es algo que fundamenta su existencia y sus funciones como un todo mediante la interacción de sus partes goseph O'CONNOR, *San Mc Dermott*, Ed. Urano, Barcelona, 1998, pág. 17).

³⁴ Es muy llamativo e importante a tener en cuenta el fallo que citamos en *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar de Colerio*, Juan P. y ROJAS, Jorge A., Ed. RubinzalCulzoni, pág. 95, de

Obsérvese que la línea de razonamiento adoptado por la Corte, en lo que consideramos el holding del fallo, fue aceptada por la doctrina, a tal punto que PALACIO, remitiéndose al mandamiento de seguridad brasileño, y recordando a BUZAID, señala que aquél instituto en Brasil, tiene como nota fundamental “la inexistencia de discusión” en torno al derecho invocado por el impetrante, por la indiscutibilidad de la pretensión enjuiciada³⁵ agregando a continuación Palacio, que la otra nota esencial que debe caracterizar al amparo, radica en la necesidad de que aquélla tramite con la mayor celeridad y urgencia, a través de procedimientos dotados de la máxima simplicidad en sus dimensiones temporales y formales.

Recuerda además, en ese mismo trabajo, lo que señalaba la doctrina por entonces, cuando vio la luz el amparo, tanto en revistas jurídicas, como el caso de Orgaz, quien sostenía: que el amparo era un remedio urgentísimo, respecto al cual frente a su mera interposición no cabía contienda alguna; sino además en pronunciamientos judiciales, como el caso de Aberastury, que en un voto en disidencia, como miembro de la Corte, señaló que era extraño al procedimiento del amparo toda idea de bilateralidad (Fallos 250:151).

Como vemos, por entonces no existieron dudas de ningún tipo, ni desde la doctrina, ni desde la jurisprudencia, en concebir al amparo como un mecanismo para atender situaciones urgentes que por su excepcionalidad, no admitían ningún tipo de dilaciones, y lo que también es cierto y nuestra realidad nos indica, es que los resultados que obtenemos hoy en día resultan magros, frente a las posiciones esbozadas.

un juez federal de la Ciudad de Buenos Aires, que debido a la reforma introducida por la ley 24.573, que introduce la audiencia preliminar, considera que no está en condiciones de llevarla a cabo por los inconvenientes que le generaría su aplicación.

³⁵ PALACIO, Lino E., La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994, L.L. 1.995-13-1237.

Por ese motivo, es que “el nuevo molde” que proponemos para el amparo, debe necesariamente sufrir modificaciones, que apunten a estructurar³⁶ un verdadero proceso urgente, sin ánimo de que con ello se agote su sistematización que creemos necesaria para la contemplación de sus distintas variantes, toda vez que ha sido elocuente el agiornamento de las viejas estructuras que se han pergeñado para darle un correcto andamiaje, de ahí la importancia que le atribuimos a las formas al comienzo de este trabajo.

Esto hace que reiteremos nuestra postura de concebir una estructura monitoria, no para obtener una condena inmediata frente a cualquier tipo de petición, sino para obtener de la jurisdicción una actuación verdaderamente protectoria frente a situaciones que así lo requieran.

Reiteramos que ello podríamos lograrlo delimitando el campo de las medidas cautelares al diferenciarlas en esa zona gris a la cual antes nos referíamos,³⁷ para regular así lo que se denomina usualmente como tutela anticipada o jurisdicción anticipatoria, liberando al juez de toda limitación que importen las causales de prejuzgamiento que eventualmente podrían cercenar su actuación.

De tal modo, podríamos lograr de la jurisdicción, frente a la evidencia de los hechos, un “mandato de protección” o “mandato protectorio”, que permita mantener el principio de igualdad entre las partes en el proceso, para equiparar ante la ley a aquél que haya sido objeto de cualquier tipo de violación -actual o en ciernes- a sus derechos.

Contamos para ello, con los avances que ha producido la jurisprudencia en la materia, aunque con la salvedad que en algunos casos se sigue denominando como medidas cautelares (clásicas),

³⁶ Desde un punto de vista sistémico, estructura sería el orden en que se hallan distribuidos los elementos del sistema (GRÚN, Ernesto, op. cit., pág. 30, nota 10).

³⁷ Véase nota 23.

aquellas que requieren otros aditamentos, que debemos añadir a los presupuestos sustanciales tradicionales.

Así se ha decidido que: “El hecho de que el objeto de una medida cautelar coincida -total o parcialmente- con el objeto de la *pretensión* principal, no invalida la *cautela solicitada*. Pero, tal circunstancia, si exige una mayor *ponderación de los elementos en que se la funda*, pues únicamente cabe hacer lugar a determinado tipo de cautelares, ante la *certidumbre* de que el *daño a prevenir* reviste el *carácter de inminente e irreparable* (CNCiv., Sala D, 26/9/97, “Bella, Elvira Isabel c/Federación Argentina de Tiro (F.A.T.) s/Amparo, diario L.L. del 9/9/98, p.5).

Estas pautas novedosas esbozadas por nuestra jurisprudencia, son importantes para tomar en cuenta para regular el amparo como la certeza del derecho invocado, o su fuerte probabilidad de certeza, como asimismo la existencia de un daño que resulte irreparable, pues conducen a demostrarnos el exceso de los moldes tradicionales a los cuales antes hacíamos referencia, pero también nos permiten integrar un proceso con partes en igualdad de condiciones, con lo cual la actuación que le cabe a la jurisdicción adquiere, como se aprecia en los precedentes citados, un cariz fundamental.

La emisión de un mandato protectorio por parte de la jurisdicción, provocaría dos alternativas, como las que plantea el dinamismo de la norma procesal, puede existir oposición del afectado, o no. En el primer caso el proceso a sustanciarse debe restringirse al máximo posible evitando todo tipo de discusión sobre la causa que ha generado esos hechos, centrándola únicamente en la existencia o no del derecho invocado, con lo cual agotado ese trámite, con la eventual posibilidad de producir algún medio probatorio a esos fines, todo ello dentro de plazos perentorios y breves, el juez dictaría sin más sentencia, la cual revestiría únicamente el carácter de cosa juzgada formal, habilitando al accionado a ocurrir por la vía ordinaria tradicional para revisar todo

lo actuado, en caso de tener que discutir la causa que dio origen a los hechos del amparo.

En caso de que no exista oposición de parte del afectado, quedaría liberado el juez de tener que sustanciar contradictorio alguno, por lo cual dictaría sin más sentencia confirmando o no, según los hechos del caso, el mandato protectorio que emitió.

Este constituiría un verdadero proceso urgente, que no se agota simplemente con el dictado de una medida, sino que abre la alternativa de un posible contradictorio, liberando a la jurisdicción de las ataduras que importa un anticipo jurisdiccional, para lo cual se requerirá fundamentalmente una apreciación más afinada como lo reclamó nuestro más Alto Tribunal desde los casos líderes que dieron origen al amparo, y que ha reafirmado recientemente en el caso Camacho Acosta³⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAZI y KAMINKER, Medidas Autosatisfactivas, dirigido por el Dr. Jorge W. PEYRANO, Ed. Rubinzal Culzoni, 1999.
- BUNGE, Mario; Sistemas Sociales y Filosofía, Ed. Sudamericana.
- CARRIÓ, Genaro R. E. notas sobre Derecho y Lenguaje, Ed. Abeledo Perrot, 1976.
- CARRIO, Genaro R., Recurso de Amparo y Técnica judicial, Ed. Abeledo Perrot, 1959.
- CLARIA OLNIEDO, Jorge A., Derecho Procesal Ed. Depalma, 1989, tomo 1.
- CNCOM., Sala Q 27/4/99, in re Cleanline Servicios, S. A. c/Valles, Guillermo Juan s/medida precautoria, diario E.D. del 16/12/ 99.
- COLERIO, Juan P. y ROJAS, Jorge A., Obligatoria y Audiencia Preliminar, Ed. RubinzalCulzoni.

³⁸ E.D. 176-64.

- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana, en la Ciudad de Bogotá, Colombia, 1948.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, aprobada por Res. 217 A de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10.12.48.
- GRUN, Ernesto. Una Visión Sistémica y Cibemética del Derecho, Ed. Abeledo Perrot, 1995.
- JUVENTINO V., CASTRO, Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, 1996.
- LINARES QUINTANA, El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Nacional, Editorial jurídica Argentina, 1943.
- MARTNEZ, Óscar J., El Procedimiento Monitorio, Libro de Ponencias del XK Congreso Nacional de Derecho Procesal.
- MORELO, Augusto M., Posibilidades y limitaciones del amparo, E.D. 165 1218.
- MORELLO, Augusto M., La cautela material, J.A. 1992 IV 314.
- MORELLO, Augusto M.; VALLEFÍN, Y., El Amparo. Régimen Procesal, 2º ed., Librería Editorial Platense, 1975.
- O'CONNOR, Joseph; MCDERMOTT, Ian. Introducción al Pensamiento Sistémico. Recursos esenciales para la creatividad y la resolución de problemas. Ediciones Urano, Barcelona, 1998.
- PALACIO, Lino E., La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994, L.L. 1995 13 1237.
- RIVAS, A. A. El Amparo, Ed. La Rocca, 1987.
- ROJAS, Jorge A., Amparo y Proceso, J. A. número especial (6036), 7/5/1997.
- ROJAS, Jorge A., De la atomización a la sistematización del amparo. In: XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Ciudad de Corrientes, 1997.
- ROJAS, Jorge A., Una cautela atípica. Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 1, p. 61, 1998.

¿UNA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA O LA CONMEMORACION DEL DESAMPARO?

Jorge A. Rojas

INTRODUCCION

Hace cincuenta años, en un mes de diciembre de 1957, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pronunciaba un fallo trascendente en el caso “Angel Siri”, caratulado entonces como habeas corpus, aunque en definitiva terminó siendo el origen de lo que se conoce en la actualidad con el nombre propio de “amparo”.

Las noticias periodísticas de la actualidad recogieron esta circunstancia, destacando los festejos que rememoraron aquél momento¹, tan particular por cierto –desde el punto de vista político- para el país, y además por el rol que había asumido la Corte con su ejemplar sentencia.

Los recuerdos laudatorios mueven a una cuestión central, que posiblemente el joven abogado, o el joven estudiante de derecho, o eventualmente el público en general, por la difusión que han tenido algunos festejos en los medios masivos de comunicación, que sería la siguiente ¿qué se festeja?

La respuesta puede tener una doble mirada, por un lado, se puede festejar la creación de un precioso instrumento procesal, que constituye una garantía liminar –sobre todo en la actualidad por la profusa protección que han recibido los derechos humanos- para brindar una protección efectiva contra los abusos del poder, o más

¹ Ver Ventura, Adrián; “El amparo entre festejos y esperas”, diario La Nación del 12/12/07, sec. 1ra., pag. 13.

aún contra las arbitrariedades en las que pueden llegar a incurrir los funcionarios de turno.

Esto es cierto. Esto no admite duda de ningún tipo. La interpretación que hizo la Corte de la Constitución Nacional en el caso Siri ha sido de excepción. Desde luego que debe congratular al espíritu más remiso y merecer el beneplácito de la sociedad toda.

Sin embargo, desde otra óptica, si lo que se festeja es ese hito, qué sucedió con su posterior desenvolvimiento. Acá la respuesta no puede ser otra más que una preocupación.

Hace cincuenta años se dio vida a un instituto y aún hoy no se conoce cabalmente cuando y cómo hacerlo operativo. Lejos de las interpretaciones doctrinarias y los pronunciamientos jurisdiccionales, lo cierto es que el amparo quedó envuelto en una telaraña interpretativa que no puede más que provocar su casi esterilidad.

Puede sentirse congraciada la doctrina cuando el amparo sale airoso, pero se lamenta mucho más cuando en forma recurrente se aprecia su desgaste no sólo por algún desatino legislativo, sino por su manejo impropio, por la imposibilidad de su regulación adecuada, lo que ha provocado una especie de atomización y por cierto su desvirtuación.

FUENTES

Nada mejor para explicar lo sucedido con el amparo a lo largo de medio siglo de vida, aciaga por cierto, que remontarse a sus fuentes para que a partir de allí se concluya en lo que existe en la actualidad como resabio de aquella maravillosa herramienta que se había diseñado desde la Corte.

El proceso de amparo no puede ser abordado sin tener en cuenta su origen, por la impronta tan particular que lo caracterizó, a partir de

los leading cases Siri² y Kot³, pues es necesario advertir que nació sin forma procesal alguna, interpretándose primigeniamente como un recurso y desde entonces –como creación pretoriana- hasta el presente, como un proceso autónomo.

Por eso, conviene rememorar algunos aspectos centrales que hicieron a su concepción, de modo de advertir su carácter de tutela procesal diferenciada, en la que coadyuvaron no sólo la situación fáctica presentada, sino la operatividad de las cláusulas constitucionales y por supuesto, con un rol más que fundamental, la función que desempeñó la jurisdicción para lograr esa operatividad.

Sostuvo la Corte en el caso Siri que:

Basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique la restricción, para que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aún en ausencia de ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias.

Como se advierte, del párrafo transcrito, surgen con toda nitidez, derechos –expresa o implícitamente- consagrados en la Ley Fundamental, cuya violación impone su restauración inmediata, o su eventual resguardo.

Agregó la Corte, para evitar todo tipo de confusiones, que no se requieren formas solemnes para ese resguardo, pues aún cuando la ley no las contemple los jueces están encargados de su protección. La pregunta que cabe aquí es ¿cómo?

Esto da la pauta de dos circunstancias fundamentales a tener en cuenta; por un lado, la operatividad de los derechos que consagra la Constitución Nacional, sean estos concebidos en forma expresa o aún

² Fallos 239:459.

³ Fallos 241:291.

implícitamente, pues debe recordarse que aquí se trató de discernir entre la libertad personal que resguarda el habeas corpus, con otro tipo de restricciones que afecten la libertad de una persona; y por otro, la comprobación inmediata, sin sujeción a formas procesales de ninguna índole, lo que implica no solo una restricción en el conocimiento de la jurisdicción, circunscripta tan solo a la comprobación de la vulneración de los derechos que merecen tutela, sino además una actuación efectiva de la ley (por su eficacia).

La Corte luego señaló en Kot, cuando extendió este mecanismo contra actos u omisiones de particulares:

La Constitución Nacional tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución; entre ellos está, primero entre todos, el de asegurar los beneficios de la libertad.

El rol que se le asigna a la jurisdicción es primordial para resguardar las libertades fundamentales de la persona, pues siguiendo el criterio sentado en Siri, la interpretación que se les debe dispensar debe apuntar a su protección.

La declaración de que no existe protección constitucional de los derechos humanos frente a organizaciones colectivas, que acumulan casi siempre enorme poderío material o económico (consorcios, sindicatos, asociaciones profesionales, grandes empresas), comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución, cuyo espíritu liberal es inequívoco y vehemente, y con ella, la del orden jurídico fundamental del país.

Este aspecto destacado por la mayoría en el caso Kot, prácticamente resulta paradigmático en la actualidad, precisamente

porque la vastedad de los intereses multinacionales, sobre todo por el poderío que acumulan las corporaciones, o empresas que llevan adelante negocios de toda laya, hacen que se deba imponer un límite, que no es otro que el que tiene que surgir de la interpretación que debe hacer la jurisdicción sobre la inteligencia de nuestra Ley Fundamental, en aras al resguardo de los mismos derechos que ella consagra.

Obsérvese que en la doctrina sentada por la Corte Suprema en Kot, se profundiza aquello que había esbozado en Siri, que no es otra cosa que el rol tutelador de la jurisdicción cuando aparezcan comprometidas las libertades fundamentales de la persona, sin distinguir el origen del avasallamiento, es decir si proviene de una autoridad pública o de un particular, lo cierto y lo concreto es que la Corte propendía, en todos los casos, en sus fundamentos, a un mecanismo protectorio, no un mecanismo que sirviera para dirimir los derechos en disputa, no solo porque ello ya existía, sino porque la índole de los derechos en juego, y la de la propia actuación u omisión, justifican –cuando resulta manifiesta la arbitrariedad o la ilegalidad que se invoca- la intervención de la jurisdicción con un sentido protectorio.

c) Este es el sentido final que tiene el amparo, proteger con la amplitud de criterio que los derechos en juego impongan, cualquier tipo de restricción que los conculque, pues en este proceso no importa dirimir a quien le asiste el derecho, es decir, cual de las dos posiciones en el pleito es la correcta o la verdadera, sino por el contrario, comprobada la vulneración, por resultar manifiesta, es el derecho en sí mismo el que debe ser salvaguardado, con lo cual la suerte del proceso debe restringirse únicamente a este aspecto central.

Más elocuente aún fue la Corte, en el sentido expuesto, cuando señaló en este leading case:

Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se

causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces reestablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. En tales hipótesis, los jueces deberán extremar la ponderación y la prudencia, a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios.

Por entonces, se concebía al amparo como un recurso, precisamente porque por esa vía llegó tanto el caso Siri como el caso Kot al conocimiento de la Corte Suprema. Sin embargo, ella misma advierte que lo que persigue el amparo, no es dirimir derechos que aparezcan en pugna, sino alejándose de toda idea de bilateralidad, restringir el proceso al restablecimiento de los derechos que resultaron conculcados, por la razón que fuera, siempre que haya aparecido en forma clara y manifiesta la arbitrariedad o ilegalidad de la acción u omisión en que se hubiere incurrido, por un particular, o por una autoridad pública.

Así interpretó originariamente la Corte Suprema al trámite del amparo, en el cual se destacó, desde sus propios orígenes, la idea de un proceso de carácter protectorio, alejado de toda idea de debate, o de una profusa actividad probatoria que pudiera desnaturalizarlo. Así lo señaló Aberastury, en uno de sus votos en una acción de amparo, señalando que: “Toda idea de bilateralidad es extraña a la demanda de amparo, sin que se afecte por ello, en tales casos, la defensa en juicio”⁴.

Es oportuno tener en cuenta en este aspecto, aquello que denominamos difuminación de la legitimación pasiva, toda vez que tanto en Siri como en Kot, ni se obtuvo ningún informe de la autoridad pública, pues nunca se supo de donde emanó el acto que provocó el amparo, ni tampoco en Kot se corrió traslado de la demanda a

⁴ Fallos 250:143.

ningún demandado, de ahí que aparezca desdibujado el legitimado pasivo, lo cual torna mucho más evidente la certeza y la liquidez de los derechos vulnerados⁵.

Esta línea de razonamiento no sólo fue receptada por la Corte, sino inclusive por la doctrina, pues Palacio, remitiéndose al mandato de seguridad brasileño, recordando a Buzaid, señalaba que aquél instituto, en Brasil, tiene como nota fundamental “la inexistencia de discusión”, en torno al derecho invocado por el impetrante, por la indiscutibilidad de la pretensión enjuiciada, agregando a continuación que la otra nota esencial que debe caracterizar al amparo radica en la necesidad de que aquélla tramite con la mayor celeridad y urgencia, a través de procedimientos dotados de la máxima simplicidad en sus dimensiones temporales y formales⁶, todo lo cual en modo alguno implica un menoscabo al legítimo derecho de defensa.

¿Qué se hizo desde entonces con aquél remedio heroico? Primero se lo desnaturalizó encorsetándolo en la ley 16.986, restringiendo su operatividad, siendo muestra más que elocuente el art. 2 esa la ley y luego se terminó de desvirtuar al incorporarlo al art. 321 del Código Procesal (ley 17.454), dentro del molde de un proceso sumarísimo, quizás en la inteligencia de que la sumariedad del conocimiento del juez podía exonerar la existencia de un proceso de conocimiento, restringido, pero de conocimiento al fin, a tal punto que en la actualidad ese mismo proceso, no sólo habilita la recepción a prueba de la causa, sino que requiere de una audiencia preliminar, sin eludir los mecanismos recursivos que tienen una impronta muy particular (art. 498).

Desde entonces, se instaló un intenso debate doctrinario sobre su regulación, su operatividad, su carácter excepcional (o no), el

⁵ Rojas, Jorge A.; Una cautela atípica, Revista de Derecho Procesal nro. 1, cit., p. 67.

⁶ Palacio, Lino E.; La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994, L.L. 1995-D-1237.

alcance de su sentencia, entre algunos de los aspectos más destacados, sin incurrir en algunas cuestiones más espinosas, aún sin resolver, como la cuestión atinente a la legitimación.

Esto dio origen a una especie de atomización en el amparo, ya que comenzaron a aparecer figuras de neto corte amparista que tenían una regulación específica, como el amparo por mora que consagra el art. 28 de la ley 19.549, el amparo sindical que contempla la ley 23.551, el amparo en sede aduanera (art. 1160 del Cód. Aduanero), o bien figuras como las reparaciones urgentes que contempla el art. 623 ter del Código Procesal, o la denuncia de daño temido que consagra el art. 623 bis de ese mismo cuerpo legal.

Ese proceso de atomización al que fue sometido el amparo, es por demás particular y conviene no perderlo de vista, y se puede apreciar en distintos niveles; por un lado, a nivel jurisprudencial, por otro a nivel legislativo, y finalmente también a nivel doctrinario.

Desde allí se han delineado diversas figuras de carácter amparista unas, y con aspiraciones a serlo otras, pero lo cierto es que se apuntó a su regulación en muchos casos, dando origen así a diversas manifestaciones del amparo⁷.

Cuando el constituyente elevó la figura del amparo, consagrándola específicamente como una garantía concreta de nuestra Ley Fundamental, más allá de que se encontraba regulado el amparo contra actos de particulares en el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es dable advertir, solo de la compulsa de las diversas figuras que contempla el art. 43 de la Constitución Nacional,

⁷ Sirva como ejemplo de ello, la medida que Peyrano denomina “autosatisfactiva”, que antes Morello había llamado cautela material, y que la consideramos como una típica figura amparística (ver Rojas, Jorge A. “Una cautela atípica”, Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 57 y ss.). A ello corresponde agregar los trabajos que llevó a cabo el Ateneo de Estudios Procesales que dirige el mismo Peyrano en la Ciudad de Rosario, que llevó a la elaboración de la obra que aquel dirigió denominada precisamente “Medida Autosatisfactiva”.

que allí se encuentra una especie de confirmación de esta atomización, toda vez que se prevén las siguientes modalidades del amparo:

- a) El amparo contra actos u omisiones de la autoridad pública.
- b) El amparo contra particulares.
- c) El amparo como mecanismo para propender a la declaración de inconstitucionalidad de una norma.
- d) El amparo contra actos discriminatorios.
- e) El amparo a favor del consumidor.
- f) El amparo para la protección del medio ambiente.
- g) El amparo para los derechos de incidencia colectiva.

Pero es conveniente advertir que la atomización denunciada se extiende más allá aún, pues debido a la apertura que brindó el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, con relación al llamado bloque de constitucionalidad, y la recepción que han tenido los Tratados internacionales por el más Alto Tribunal del país, también se encuentra regulado el amparo en los siguientes tratados:

- a) En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸.
- b) En la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹.
- c) En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica¹⁰.

⁸ El art. XVIII de la Declaración dispone que “toda persona ... debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

⁹ El art. 8 de dicha Declaración dispone que: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

¹⁰ Dicha Convención, aprobada por nuestro país por la ley 23.054 dispone en el art. 25: Protección Judicial. 1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales...

d) En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹.

De todo lo expuesto se advierte con claridad que no existe un solo amparo sino que son múltiples las figuras amparistas, creadas no sólo por nuestra propia Constitución Nacional, los Tratados internacionales a ella asimilados, sino inclusive por el legislador y la propia jurisprudencia.

TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA

Ninguna duda puede haber a la luz de la creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el amparo constituye la tutela procesal diferenciada por antonomasia, para lo cual cabe destacar como ahora lo hace Alexy, que no sólo los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Ley Fundamental merecen un status relevante que merezca su protección, sino además que corresponde elevar al mismo rango a lo que aquél autor denomina derechos procedimentales.

Señala Alexy, distinguiendo las incumbencias del Estado, frente a esta realidad que apunta a la importancia que revisten las formas para la operatividad de los derechos fundamentales, es decir, como lo había señalado la Corte en Siri y en Kot, aquellos que consagra la Ley Fundamental, que:

[...] los derechos procedimentales pueden ser tanto derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales, como derechos a una determinada interpretación y aplicación concreta de normas procedimentales.

¹¹ El cual fue aprobado por nuestro país por ley 23.313 y allí se estableció Part. II, art. 2, ap. 3: cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales...

[...] En estos casos, el derecho procedimental, bajo la forma del derecho a la tutela jurídica efectiva, está dirigido a los tribunales de justicia. En cambio, los derechos procedimentales, que tienen como objeto la creación de normas procedimentales, están dirigidos al legislador¹².

Sin embargo, la tarea descrita se puede señalar que en el país no ha sido cabalmente cumplida, pues toda la dispersión apuntada sobre la legislación, demuestra en demasía el interés que despierta la figura del amparo, que no sería preocupante, si no se advirtieran los efectos no deseados que ello provoca, pues pese a su profusa regulación, la finalidad protectoria que se esboza en sus fuentes, aún no se puede concretar en la realidad, sino que todo el espacio ganado por el amparo desde su recepción constitucional en 1994 parecería haber provocado un exceso en desmedro de aquellos mismos derechos que se intentan proteger.

Esta dicotomía se presenta, fundamentalmente por la imposibilidad de encontrar la formas adecuadas que hagan a su concreta regulación legal, a través de un sistema que permita el encauzamiento de todas estas variantes, generando los instrumentos aptos para ello, que tal vez no provengan siempre de la figura del amparo, tal como originariamente fue concebido.

Por eso resulta un fundamental punto de partida, determinar cómo concebir y estructurar al amparo para que su reformulación apunte a un fin potable, de modo de aventar los riesgos de reiterar la historia que ya lleva a cuestras esta figura y que su conmemoración resulte más grata.

¹² Alexy, Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 420.

LA IMPORTANCIA DE LAS FORMAS BASE DEL SISTEMA

Resulta un punto de partida imprescindible a los fines de delimitar la figura del amparo, identificar que se trata de una tutela procesal distinta, es decir que no cae en los cánones tradicionales de un proceso de conocimiento, que por su propio peso específico se constituye en la tutela diferenciada por antomasia dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Por lo tanto, a fin de sistematizarla adecuadamente, es importante registrar en qué consistió el mandato del constituyente del 94 y la omisión en la que incurrió el legislador, que aún hoy no sólo no la ha regulado, sino además la confusión que provoca ello en sede judicial, por las divergencias a las que se presenta su aplicación concreta.

Nada mejor que recurrir a las fuentes que señalan claramente el carácter excepcional del amparo, y además su operatividad sencilla, sin sujeción –como señala Morello- a un pretendido vasallaje procesal, que implique su sometimiento a estructuras tradicionales, que por conocidas omiten tener en cuenta su carácter especial por excepcional, de ahí su diferenciación.

Por ello es importante tener en cuenta para su andamiaje y consagración legislativa, la necesidad de desarrollar un proceso de carácter esencialmente protectorio, en el cual la idea de la bilateralidad se restrinja, de modo de permitir la inmediata protección de aquél derecho que hubiera resultado vulnerado, generándose para ello las formas y estructuras que resulten apropiadas pero que se aparten del proceso de conocimiento tradicional, precisamente para marcar la diferencia de la tutela, tal como se desprende de las fuentes gestadas por el más Alto Tribunal.

Es evidente que el legislador, o interpreta erróneamente el mandato del constituyente, o es renuente a su cumplimiento, toda vez que el art. 43 de la Constitución Nacional señala expresamente que el

amparo será procedente siempre que *no exista otro medio judicial más idóneo*, con lo cual uno de los aspectos principales a tener en cuenta, es en primer lugar la excepcionalidad que importa transitar la vía del amparo, y además de ello, la necesidad de estructurarlo de modo tal que constituya un sistema que cumpla con esa manda constitucional que señala que se debe interpretar como una acción expedita y rápida (rectius: un proceso expedito y rápido).

Los principios que marca el constituyente del 94 en la Ley Fundamental, deben interpretarse como los presupuestos políticos del contenido jurídico, que dan sustento o un ordenamiento procesal.

Esos principios, cobran vida en la realidad a través de los sistemas que diseña el legislador, que son las formas metódicas a través de las cuales cobran vida en la realidad esos principios concebidos por el constituyente.

Esta conceptualización coincide precisamente con el criterio esbozado por Alexy cuando alude a la efectividad de la tutela judicial, al señalar que los procedimientos son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado, por lo cual concluye que las normas de procedimiento y de organización deben crearse de tal manera que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado sea acorde con los derechos fundamentales¹³.

En el sentido expuesto, es muy sencillo advertir de la simple letra de la Ley Fundamental, que el art. 41 dispone al contemplar la protección del medio ambiente que “las autoridades proveerán a la protección de este derecho...” y agrega más adelante “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

Como es claro, la labor no se circunscribe únicamente al dictado de una ley general del medio ambiente, sino que los presupuestos

¹³ Alexy, Robert, Ob. cit., p. 419.

mínimos de protección deben emerger de la legislación adecuada, que no es otra más que una competencia concurrente entre el Gobierno Central y los provinciales, toda vez que cada Provincia reserva para sí su propio régimen de administración de justicia, con lo cual los sistemas que se deben crear se previeron incorporar tanto por la legislación nacional como por la provincial.

Del mismo modo se puede advertir, que se contemplan otros derechos de neta incidencia colectiva, como los de los usuarios, consumidores, defensa de la competencia, entre otros, pues se previó específicamente en el art. 42 de la Ley Fundamental, que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”.

Por lo tanto, no puede aparecer como única interpretación válida que todos los derechos que se tratan de contemplar dentro de los arts. 41 y 42, deban ser resguardados por vía de amparo.

Contrariamente a ello, el art. 41 alude a una competencia concurrente, pero con una finalidad cierta y concreta que apunta a la protección del medio ambiente. Ahora tenemos una ley especial, por lo tanto la pregunta es si alcanza con señalar que es de orden público para su adecuado resguardo.

Evidentemente sin un sistema operativo, que no es tal solo por el hecho que lo diga el texto de la ley, vacío de contenido en ese sentido, el derecho sustancial puede quedar allí inerte, sin vida, porque procesalmente no esté dada la condición necesaria para su funcionalidad, por la sencilla razón que sus operadores, caigan en moldes o estructuras tradicionales como la del proceso de conocimiento.

Lo mismo sucede con el art. 42 en donde la situación se hace mucho más clara y transparente al señalar que la legislación establecerá “los procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”.

Como puede advertirse no todo debe ser resuelto por vía de amparo, sino la “amparitis”, como señala Sagües¹⁴, como toda demásía, resultará dañosa, y obsérvese que en este punto se puede repetir una situación que históricamente ya se había dado, esto es, la posibilidad de enfrentar la jurisdicción una avalancha de amparos, con lo cual lo único que se lograría sería reiterar la historia que ha transformado en aciaga la vida del amparo.

LA GENERACION DE UN SISTEMA APROPIADO

No resulta que el camino adecuado englobar todo dentro del amparo, pues no es lo mismo, un amparo tradicional, por ejemplo derivado de una omisión de un prestador médico, como aquellas situaciones derivadas de la compra de un simple electrodoméstico, o las que provienen de la normativa que protege el medio ambiente.

En este sentido, es poco probable que el molde del amparo, como proceso de carácter protectorio, resulte adecuado para encauzar una reclamación originada en un daño ambiental, pues los pliegues del proceso de conocimiento clásico, tal vez puedan encauzarla mejor.

Esas formas que debe arbitrar el legislador, cumpliendo el mandato del constituyente constituyen “sistemas”, pues metódicamente deben propender a la consecución de un objetivo determinado, el que en cada caso corresponda.

Esas formas, estructuradas de un modo metódico, son las que permitirán que los principios trazados por el constituyente, cuando constitucionalizó esta nueva gama de derechos, cobren vida dentro de un determinado ordenamiento, y esto no es otra cosa que cumplir con la manda constitucional que refleja el art. 75 inc. 23 al disponer que

¹⁴ Sagües, Néstor P.; El perfil del amparo en el proyecto legislativo en trámite, J.A. 2006-III-fasc. 3 del 19/07/06, p.3 y ss.

el Congreso Nacional debe legislar y promover acciones positivas que garanticen... “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”.

Recordando a las fuentes del amparo, siguiendo a un autor mexicano, Juventino V. Castro, enseña que en el Virreinato de Nueva España, es decir, lo que hoy sería México, existió una institución protectora que se la conoció como “amparo colonial”¹⁵.

Explicaba Castro, que se trataba de una institución procesal, a través de la cual el virrey, conociendo directa o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México, recepcionaba la queja de aquella persona que había sido agraviada por la alteración o violación de sus derechos, y sabiendo de la responsabilidad del agravante y los daños actuales y/o futuros que se seguían para el agraviado, lo protegía a través de un mandamiento de amparo, sin determinar éste la titularidad de los derechos violados, y solo con el fin de protegerlos de la violación.

El amparo colonial no examina la titularidad de derechos –lo cual corresponde establecer a las autoridades judiciales ordinarias- sino únicamente al abstracto derecho de que las personas sean respetadas en sus posesiones o derechos de los cuales no se haya decretado judicialmente su desconocimiento.

Como se advierte, la similitud con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los leading cases Siri y Kot, es destacable.

Ello da pie a sostener la necesidad de diseñar una estructura similar a una de tipo monitoria, en donde el juez proteja de inmediato, cuando la vulneración de un derecho resulte manifiesta, y eventualmente, dejando librado a criterio del demandado el impulso del contradictorio, conozca de la existencia de un derecho mejor o más extenso que el protegido, por el mandato de protección.

¹⁵ Castro, Juventino V.; *Garantías y Amparo*, Ed. Porrúa, México, 9na. Ed., p. 292.

Ese mandato de protección más allá que se superponga en los hechos con la pretensión sustancial del amparo, igualmente tendría carácter provisional, y nos enfrentaría a un sistema de tutela anticipada, que resguardaría los peligros de una acción u omisión lesiva de derechos que merecen de la tutela jurisdiccional, para que por su propia índole, luego de dejar a resguardo el derecho del demandado de ser oído, requiriéndosele la información necesaria, el juez pueda resolver con carácter definitivo, para evitar la confusión así entre la cautela inmediata y la condena posterior.

Aunque parezca premonitorio, esta actuación, de hecho ya la ha desarrollado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y pese a que resultó inadvertido ese avance pretoriano, es necesario destacarlo, pues se dio fundamentalmente en el ámbito del derecho de la salud, contemplado dentro del bloque de constitucionalidad que ha incorporado nuestra Ley Fundamental, sin que esa actuación del más Alto Tribunal deba interpretarse excluyente y restringida solo para ese ámbito.

En esa línea pretoriana, la Corte ha tutelado anticipadamente una situación afligente por su urgencia, que no configuraba más que una típica situación que merecía amparo¹⁶, y en forma concomitante, mandó a pedir el informe que establece el art. 8 de la ley 16.986, generalmente por provenir el acto o la omisión de una autoridad pública¹⁷.

Como se advierte, en los hechos de la realidad esta propuesta ha tenido una concreta y efectiva vigencia, y demuestra la posibilidad de desarrollar un proceso urgente, de carácter esencialmente protectorio para el resguardo de derechos que aparecen manifiestamente vulnerados.

¹⁶ Rivas conceptualiza la “situación de amparo” como un conjunto o complejo de circunstancias que operan como presupuestos específicos justificativos de la actividad jurisdiccional protectora (Rivas, Adolfo A.; *El Amparo*, Ed. La Rocca, 2003, p. 84.

¹⁷ A modo de ejemplo se pueden citar los siguientes precedentes de la Corte: Fallos 324:2042; 325:519; 325:2367; 326:970; 326:1400; 326:4981, entre otros.

CONCLUSIONES

El mundo de hoy conjuga telemática con cibernética, sistemas globalizados, con estructuras de poder totalmente novedosas, y frente a ello contamos con sistemas sociales tradicionales, que requieren del aggiornamiento de sus clases dirigentes para adecuarlos a la actualidad, siendo imprescindible para ello manejar adecuadamente la forma a través de la cual se van a incorporar las modificaciones del sistema, para propender así a su eficacia a través de la adecuada preparación de los operadores jurídicos.

La importancia que tiene el derecho adjetivo en este devenir, se refleja en su instrumentalidad, pues para que el derecho sustancial siga siendo útil y operativo, requiere inexorablemente del apoyo incondicional que viene de la mano de esta disciplina.

El gran desafío consiste en tratar de superar la estructura tradicional del proceso dirimente, para generar otro proceso, con una nueva estructura, que por su versatilidad pueda adaptarse para brindar respuestas más expeditas y eficaces.

Aquí, la impronta de la tutela procesal diferenciada, para que resulte efectiva, se debe buscar teniendo en cuenta diversas notas distintivas que permitan identificarlo como tal, como el modo, y la trascendencia en que se presenten los hechos ante la jurisdicción, para diseñar, basados en ello, un nuevo paradigma procesal, sobre el cual –solo a modo de ejercicio intelectual- nos aventuramos a señalar algunos aspectos, que hacen a su estructuración.

Pero además se deberá tener en cuenta el rol que desempeñará la jurisdicción, más comprometido con esa realidad, y fundamentalmente se deberán diseñar nuevas formas que intenten perseguir una jurisdicción protectoria, tal como pretorianamente ha avanzado la Corte, y quizás el más osado de los avances, sea la conformación de un proceso, que sin dejar de lado los principios liminares que surgen

de la Constitución Nacional, y los Tratados Internacionales, que ahora vienen a darle marco, innove en aras a un más humano y sensible rostro de la justicia, que tutele en forma eficaz los derechos fundamentales que consagran la Ley Fundamental y los Tratados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert; Teoría de los Derechos Fundamentales, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- CASTRO, Juventino V.; Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, México, 2011.
- PALACIO, Lino E.; La Pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994, L.L. 1995-D-1237.
- RIVAS, Adolfo A.; El Amparo, Ed. La Rocca, 2003.
- ROJAS, Jorge A. “Una cautela atípica”, Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998.
- SAGÜES, Néstor P.; El perfil del amparo en el proyecto legislativo en trámite, J.A. 2006-III-fasc. 3 del 19/07/06.
- VENTURA, Adrián; “El amparo entre festejos y esperas”, diario La Nación del 12/12/07, sec. 1ra.

PRECEDENTES
JUDICIAIS

A PREVISÃO DAS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO ARTIGO 139, IV, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO¹

Marco Félix Jobim²

INTRODUÇÃO

A situação era insustentável nos anos 50 do século passado nos Estados Unidos da América que podemos resumir em quatro (4) afirmativas: (i) um ambiente cultural centenário; (ii) uma cultura escravagista, em especial nos Estados do Sul; (iii) alguns *Acts* que segregavam brancos dos negros em prol da igualdade de condições (*separate but equal*); (iv) a *Supreme Court* que chancelava essa posição. Apesar de todos esses fatores existirem, foram todos questionados num julgamento histórico que modificou as bases culturais, políticas, sociais e jurídicas dos Estados Unidos: *Brown v. Board of Education of Topeka*. Mas como pedir para que as próprias bases culturais de uma sociedade fossem modificadas em razão de um julgamento? De que maneira isso poderia ser feito para que essa nova orientação encontrasse efetividade? E mais, como convencer o cidadão a aceitar as mudanças repentinas que farão parte de sua vida presente e futura?

¹ O artigo toma como base parte da tese de doutorado apresentada perante o programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, cuja versão completa está publicada comercialmente na seguinte obra: JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

² Advogado e Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul na graduação e pós-graduação lato e stricto sensu (mestrado). Especialista, mestre e doutor em Direito.

Não se está aqui trazendo nenhuma novidade, pois esses foram fatos que ao longo da história dos Estados Unidos realmente ocorreram, sendo que, para ilustrar o acima referido, basta lembrar os Estados Unidos da América, em especial em seus Estados do Sul³, mantinham mão de obra escrava e que isso era culturalmente aceito, pelo menos, até perto do final de novecentos por grande parte da sociedade, encontrando, até os dias de hoje, resquícios. Também não é segredo que a Suprema Corte estadunidense tenha, em razão disso, julgado dois casos nos quais se tenha restringido os direitos dos negros, sendo eles *Dred Scott v. Sandford*⁴ e *Plessy v. Ferguson*⁵. Esses

³ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 128. Entre as páginas 125 a 129 a autora explica o modo diferenciado de colonização existente no Norte e no Sul, mas na página 128 esclarece resumidamente desta forma: “Com efeito, a colonização efetuada nas províncias do norte em muito se distinguiu da realizada no sul. Como vimos, as condições geográficas e climáticas fizeram com que, naquela região, prevalecesse o cultivo de produtos similares aos europeus, o que explicou a relativa falta de interesse da Inglaterra naquela parte da América. Por outro lado, àqueles que emigraram com o intuito de explorar, o sul se mostrava um grande atrativo, porque lá predominou o sentido da colonização mercantilista, a partir da produção de mercadorias tropicais, como o açúcar, o tabaco, o algodão. Diferentemente do que aconteceu na América setentrional, nas colônias tropicais surgiu uma sociedade inteiramente nova, constituída pela aristocracia rural, cujo sistema econômico em muito se assemelhou à colonização portuguesa no Brasil. No sul, a inexistência de uma camada intermediária entre os senhores e os escravos dificultou sobremaneira a existência do comércio e da manufatura. Não houve a formação de um mercado interno que promovesse o escoamento da produção. Pacto colonial, latifúndio, monocultura, escravidão: eis os elementos desse sistema que fora tão familiar”.

⁴ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26. A situação é relatada pelo autor da seguinte forma: “Por volta de 1850, a principal questão sobre a escravidão dizia respeito à competência do Congresso Nacional para proibi-la ou não nos novos territórios anexados aos Estados Unidos, uma nação em processo de expansão”. E continua: “Segundo a lei denominada Missouri Compromise, de 1820, foi proibida a escravidão em novos territórios existentes acima de determinada latitude nos Estados Unidos”. E conclui: “Em 1853, Dred Scott ingressou na Corte Federal com uma ação contra seu proprietário, alegando que tinha adquirido a liberdade por ter trabalhado em território no qual a escravidão havia sido proibida pelo Missouri Compromise, embora já houvesse voltado para o estado do Missouri, no qual a escravidão era permitida”.

⁵ McNEESE, Tim. **Plessy v. Ferguson: separate but equal**. New York: Chelsea House Publishers, 2007. p. 8-9. Refere o autor: “On this Day, June 7, 1892, one of the would-be

julgamentos criaram um ambiente bastante desconfortável aos negros, no primeiro sobre sua condição humana e no segundo sobre a uma doutrina que restou mundialmente conhecida como *separate but equal*.

Com o florescimento dos direitos dos negros durante o alvorecer do século XX, não só nos Estados Unidos, mas também aos olhos do resto do mundo não podia mais a Suprema Corte se manter conivente com a doutrina que ajudou a fortalecer no julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, sendo que, em 1954 teve que se manifestar, novamente, sobre o direito dos negros, sendo que, desta vez, pelo momento cultural que se fazia presente, os direitos foram, pelo menos, judicialmente, assegurados. Para dar guarida ao novo posicionamento, será estudado como a Suprema Corte estadunidense acabou por trazer ao seu julgamento medidas extras, aqui chamadas de estruturantes, para que o caso fosse dotado de efetividade.

Após, com o advento da promulgação da lei 13.105/15 que define o novo texto processual civil brasileiro, em que pese ainda as

passangers was a Young Louisiana native, a man in his late 20s who was hearsing for the pages of history. The youn man was preparing to board a train for reasons quite different from everyone else. He had specific instructions, and He was basically following a script. The instructions He had been given were simple, almost mundane: He was to buy a ticket at the depot and board the first-class carriage of the Queen and Crescent Line of the East Louisiana Railroad. This Passenger's plan had third and fourth steps, however. Onde the boarded the train's first-class car, the man was to get himself arrested and taken to jail, where He was to be booked for the crime of being Black and attempting to ride in a whites-only railcar". Depois continua: historiando os fatos ao relatar: "As He stood on the depot platform, however, Homer Plessy did not appear any different from the other men and women waiting for the train. After all, 20,000 people rode on the East Louisiana Railroad every year. Despite his appearance, however, Plessy's purpose for being there that Day, ticket in hand, was extremely different from that of his fellow passengers. They had bought tickets as commuters, workers who rode every Day from their homes outside New Orleans to their Jobs in the big city. Others rode this train, buying excursion tickets for one dollar to ride across the lake to enjoy the beaches along Lake Pontchartrain. Plessy had a greater purpose that Day. He wasn't a commuter or a tourist. He was there to test a Louisiana law and its constitutionality". Finaliza referindo sobre o texto da lei: "All railway companies carrying passengers in their coaches in this state shall provide equal but separate accommodations for the white, and colored races, by providing two or more passengers coaches for each train. No person or persons shall be permitted to occupy seats in coaches, other than the ones assigned to them, on account of the race they belong to".

poucas obras referenciais⁶ lançadas sobre o tema, será demonstrado como essas medidas estruturantes estão alocadas estrategicamente no diploma processual, sendo que, a partir dessa nova orientação, essas medidas podem e devem tornar-se fonte segura para que o processo possa, finalmente, ser condição de possibilidade de transformação a realidade social.

BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA, 347 U.S. 483 (1954)

Quase 100 anos após o julgamento de *Dred Scott v. Sandford* e pouco mais de 50 anos⁷ de *Plessy v. Ferguson*, a mesma Corte

⁶ Pode-se citar, nesse momento, três delas: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil**. Volumes 1, 2 e 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª edição. Salvador: Jus PODIVM, 2015. Vol. I. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamento e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015; RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Organizadores). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁷ LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 49. Não esquecer que antes mesmo de *Plessy v. Ferguson* a Corte dos Estados Unidos já havia se manifestado sobre questão racial no caso *Dred Scott v. Sandford*, no qual foi concluído pela Suprema Corte dos Estados Unidos que não havia capacidade civil do autor da ação para demandar judicialmente em razão de sua condição étnica, assim referindo Saul Tourinho Leal sobre o contexto em que o caso foi levado ao Poder Judiciário: “O caso *Dred Scott v. Sandford* foi decidido pela Suprema Corte americana em 1857 e tinha por objeto o reconhecimento do direito à liberdade de um ex-escravo. Sem dúvida, o mais dramático caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Viu-se numa postura ativa, mas para negar direitos. O resultado, como veremos, dividiu um país”. Continua referindo o autor sobre o que vinha a ser pedido no caso: “*Dred Scott* era um escravo africano que morava em Missouri. Em 1833, mudou-se juntamente com seu proprietário, Dr. John Emerson, para o estado de Illinois, e depois para Wisconsin. Tanto num como noutro estado, a escravidão havia sido abolida, por força do Compromisso de Missouri de 1820”. Continua: “Em outubro de 1837, Emerson foi removido para Saint Louis, em Missouri, mas deixou Scott e sua família em Wisconsin trabalhando ainda como escravo. Posteriormente, em novembro de 1837, Emerson foi novamente transferido para Louisiana e, após algum tempo, casou-se com Irene Marie Sandford. Foi então que, em 1840, Dr. Emerson foi recrutado para servir o exército na guerra civil da Flórida, deixando sua esposa e seus escravos, os Scotts, em Saint Louis”. Assinala

deparou-se com um dos seus casos mais importantes,⁸ *Brown v. Board of Education of Topeka*⁹, 347 U.S. 483 (1954)¹⁰ no qual encerrou essa doutrina considerada racista pela comunidade afro-americana¹¹,

ainda que: “Ao retornar da Flórida, Dr. Emerson foi residir em Iowa, deixando a família Scott em Missouri, novamente, para realização de serviços escravos. Ele faleceu no ano de 1843, permanecendo a família Scott em trabalho escravo por mais três anos, sob o mando da viúva Irena Marie Sandford”. Por fim, assinala o tipo de pedido de Scott: “Diante dessa situação, em fevereiro de 1846 Scott ajuizou uma ação objetivando o reconhecimento de sua liberdade de Irene Emerson, sob o fundamento de que, como havia residido em Illinois e Wisconsin, estados livres, nos quais a escravidão era proibida, teria adquirido o direito à liberdade, não podendo voltar a ser escravo no Estado de Missouri”. Pode-se também ler sobre o caso *Dred Scott v. Sandford*: MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 24-29.

⁸ McCLOSKEY, Robert G. **The modern Supreme Court**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972. p. 160. O caso foi de tamanha envergadura que, após o julgamento, pensou-se que a Corte definiria seu poder que acordo como ela bem quisesse, o que pode ser confirmado com a seguinte leitura: “And in 1954, most impressive of all, came the Public School Segregation decision which, its merits apart, involved a breathtaking assumption of judicial responsibility. Evidently the impulse to mount the heights of Power was not wholly scotched by the chastening experiences of the 1930’s and the sobering advice of a generation of judicial and non-judicial critics. For always in the background there is the beguiling illusion that a tribunal entrusted with defining its own power may define it as it likes”.

⁹ AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. p. 39. A resposta do motivo pelo qual Topeka foi a cidade de Brow está no fato de que no Kansas havia uma lei que cidades com mais de 15000 habitantes poderia escolher segregar ou não as escolas. Topeka escolheu a segregação. Segundo o autor: “The laws of the state of Kansas provide that any city with a population greater than 15,000 can choose to have either integrated elementary schools or separated but-equal schools for black and white students. The city of Topeka has opted for racially separate schools”.

¹⁰ **WITH all deliberate speed**: a look at the landmark *Brown vs. The Board of Education*. Direção: Peter Gilbert. Anchor Bay, 2004. 1 DVD (111 min). Color. Recomenda-se assistir ao documentário para entender o impacto do caso na sociedade, sendo lembrado, constantemente, até os dias de hoje. Esta a sinopse da película: “**HISTORY IGNORED IS HISTORY REPEATED**. On May, 17, 1954, the U.S. Supreme Court ruled in the case of *Brow vs. Board Of Education* that the concept of ‘separate but equal’ school segregation was unconstitutional. But in this landmark ruling, the Justices used a four-word phrase that many believe has delayed the process of change for over 50 years: ‘With All Deliberated Speed’”.

¹¹ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 121: “Na década de 50 a discriminação contra os afrodescendentes (afroamerican) era bastante acentuada na América, especialmente nos estados do sul do país. Conforme registrado nas linhas anteriores (*Dred Scott v. Sanford*), os negros eram considerados cidadãos de segunda classe e, com base nesse odioso entendimento, inúmeras medidas segregacionistas eram consideradas naturais até mesmo pelo Judiciário (*Plessy v. Ferguson* – 1892). Esse panorama começou a mudar radicalmente

concedendo aos negros o direito de frequentar as mesmas escolas que os brancos, baseado-se numa reconstrução interpretativa da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América¹².

Essa mudança de concepção na Suprema Corte deu-se em função da própria modificação cultural de parte da sociedade estadunidense¹³, a qual, preparada para um novo contexto social étnico, tendo o clima político a seu favor, conforme lembra Eduardo Appio¹⁴, acabou por colocar termo na doutrina do *separate but equal* no famoso caso *Brown v. Board of Education*¹⁵.

após o julgamento da ação judicial proposta pelo pai da estudante Linda Brown que havia tido sua matrícula recusada em uma escola pública, freqüentada unicamente por crianças brancas, em razão de ela pertencer à raça negra”.

¹² A 14^a emenda tem a seguinte redação: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei”.

¹³ COTTROL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. **Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution**. Kansas: University Press of Kansas, 2003. p. 6-7. Referem os autores sobre parte desta modificação: “But by the eve of the twentieth century, White control would take a somewhat different form than had existed in the era before the Civil War. Slavery had been abolished, the Negro’s citizenship proclaimed. These were stubborn constitutional facts that even the Redeemed South’s most militant champions could not undo. These constitutional facts probably heightened the search for ways to clearly define the inferior status for African Americans. Before the Civil War, White supremacy was an unquestionable fact of American life. Slavery had made it so. But could White supremacy survive the constitutional changes that followed in the wake of the War of the Rebellion? Could status, could caste lines survive the Constitution’s new mandate of equality before Law?”

¹⁴ APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 45. Discorre: “É grande a autonomia dos Estados-membros na república federal norte-americana, de maneira que a Suprema Corte exerce, nestes casos, o papel de ativo defensor das minorias. Note-se, contudo, que o clima político para a grande transformação social que viria a ser operada pela decisão da Suprema Corte em *Brown* (1954) – publicada em uma manhã de domingo – era francamente favorável à decisão, vez que os Estados Unidos, após o período da Segunda Grande Guerra, eram intensamente criticados – já durante a chamada Guerra Fria – pelo fato de que mantinham o racismo em suas escolas, apesar de defender, no plano internacional, a liberdade do indivíduo (pano-de-fundo da Segunda Guerra)”.

¹⁵ COTTROL; DIAMOND; WARE, op. cit., p. 1. Diga-se famoso, pois, *Brown v. Board of Education* não foi o único caso na época a tratar sobre o mesmo assunto, conforme expõem os autores ao

O contexto histórico do caso *Brown v. Board of Education* se confunde com o próprio contexto jurídico o qual culminou em seu julgamento pela Suprema Corte, fazendo referência sobre este fato Michael J. Klarman¹⁶, ao afirmar que, em virtude da política de alguns Estados do Sul, os negros, aos milhões, migraram para os Estados do Norte, em busca de maior tolerância racial, o que resultou no fortalecimento da política para os negros, assim como no aumento de seu poder, o que pode ser confirmado com a própria criação da *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP)¹⁷, que iniciou

indicar o caso Briggs como parecido com o caso Brown. Referem: “Early in the afternoon on Tuesday, December 8, 1953, Thurgood Marshall stood before the Supreme Court of the United States and asked the central question in American history, ‘Why, of all the multitudinous groups of people in this country, you have to single out Negroes and give them this separate treatment?’ Marshall, who would later be the first American of African descent to serve as solicitor general and later as an associate justice of the Supreme Court, was representing Harry Briggs and other Black parents in South Carolina who were suing state officials because state law forced their children to go to segregated all-black schools. On that Tuesday, Marshall was representing Briggs and the other South Carolina parents in oral argument before the nation’s highest tribunal. We will discuss Briggs, the other parents, and the case that Marshall was arguing later in this book, but for now it is sufficient to say that the Briggs case was a companion case to the case more famously known as *Brown v. Board of Education* (1954), the case that declared legally mandated school segregation unconstitutional”.

¹⁶ KLARMAN, Michael J. **Brown Vs. Board of Education**: Law or Politics? (December 2002). UVA School of Law, Public Law Research Paper No. 02-11. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=353361> or doi:10.2139/ssrn.353361>. p. 2. When cases challenging the constitutionality of racial segregation in public schools reached the Supreme Court in 1951-1952, the social and political context had changed dramatically since 1927, when justices last (obliquely) had considered the question. Several million blacks had migrated from southern farms to northern cities, in search of greater economic opportunity and relative racial tolerance. One largely unintended consequence of this Great Migration was black political empowerment, as African Americans relocated from a region of pervasive disfranchisement to one of relatively unrestricted ballot access. Moreover, blacks in large northern cities frequently held the balance of power between the two major political parties.

¹⁷ **SEPARATE but equal**. Direção: George Stevens, Jr. Artisan, 1991. California. 1 DVD (193 min). Color. Recomenda-se o filme no qual Sidney Poitier interpreta Thurgood Marshall, advogado do NAACP que, posteriormente, é nomeado *Justice* da Suprema Corte. Sinopse: “The dramatic events leading from a small rural classroom to the Supreme Court decision that outlawed segregation are powerfully reenacted in this contemporary screen classic, beautifully scripted and superbly portrayed by some of Hollywood’s finest actors. Sidney Poitier is Thurgood Marshall, the NAACP lawyer who took the struggle for equal rights to the highest court in the land. Burt Lancaster plays John W. Davis, the opposing counsel,

uma série de movimentos para demonstrar a discriminação racial nas escolas para que elas fossem “iguais em igualdade”, conforme refere Ricardo Luis Lorenzetti¹⁸.

Então, a migração dos negros para as cidades foi um importante fator para se chegar ao que o caso *Brown v. Board of Education of Topeka* construiu. A sua chegada aos centros urbanos fez com que não estivessem preparados para esse fator social, fazendo com que, em muitos casos, a diferença racial fosse alvo de menor valia do negro frente ao branco. Isso se deu não só em fatores sociais, mas econômicos e políticos da mesma forma. Sobre alguns problemas enfrentados pelos negros nessa época nos Estados Unidos e de como iniciou a idealização do caso *Brown v. Board of Education*, Michael J. Klarman¹⁹ explica que,

and Richard Kiley is Chief Justice Earl Warren, who rallied the Court to the landmark ruling. Together they capture the complex emotional dynamics of one of this country’s most significant and inspiring achievements”.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 116. Refere o autor argentino: “O caso ‘*Brown v. Board of Education of Topeka*’ foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 17 de maio de 1954. Este caso iniciou com o objetivo de dar por encerrada a doutrina do ‘separados mas iguais’, sustentada pela Corte desde o caso ‘*Plessy v. Ferguson*’. Durante a primeira metade do século XX, o precedente ‘*Plessy*’ foi invocado para resolver todos os casos de segregação racial (ou de outras minorias) que se apresentavam ante os tribunais. Assim, em Topeka, Kansas, no ano de 1951, a National Association for the Advancement of Colour People (NAACP) – organização que impulsionou a maioria dos casos vinculados à segregação racial –, começou a delinear sua estratégia e demonstrou, frente aos tribunais federais do Estado de Kansas, que a segregação condicionava a uma situação de inferioridade às crianças negras para a educação e insistiram que as escolas só seriam ‘iguais em igualdade’”.

¹⁹ KLARMAN, Michael J. **Brown Vs. Board of Education: Law or Politics?** (December 2002). UVA School of Law, Public Law Research Paper No. 02-11. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=353361> or doi:10.2139/ssrn.353361>. p. 3. Potent as these background forces for racial change were, by the early 1950s they had yet to produce dramatic changes in southern racial practices. Southern Black voter registration had increase from roughly 3% in 1940 to about 20% in 1952, but 80% -of southern blacks remained voteless, and many Deep South counties with Black majorities still disfranchised African Americans entirely. Many southern cities had instituted less offensive bus-seating practices, but none had desegregated. Many others had desegregated Police forces and minor league baseball teams, and disparities in public funding of Black and White schools were rapidly decreasing. In large border state cities-Baltimore, Kansas City, St. Louis, Louisville, Wilmington-segregation in public accommodations was eroding, and Catholic parochial schools were starting to

por volta dos anos 50 do século passado, ainda eram muitas as coisas que deveriam mudar. Os negros adquiriram mais direito a voto, mesmo assim 80% ainda não poderia exercer este direito. Apesar de algumas cidades terem uma política de tolerância maior, nunca houve, por completo, um modelo sem segregação. Em que pese o ambiente, no geral, ter melhorado, a segregação racial nas escolas era um fato incontestável, o que seria alvo de avaliação pela Suprema Corte nos anos que se seguiam. A própria importância do negro durante sua participação na Segunda Guerra Mundial é lembrada²⁰ como fator condicionante para que conseguissem abrir o espaço suficiente para exigir, por meio do Poder Judiciário, melhores direitos para questões relacionadas às desigualdades sociais, como as que existiam em escolas públicas dos Estados Unidos. A evolução dos negros era gradativa, pois também iniciavam a dominar até mesmo o mundo artístico, fazendo com que sua música evoluísse passo a passo no país desde sua criação, como lembra Eric J. Hobsbawm²¹.

integrate. Yet, racial segregation in public grade schools remained completely intact in southern and border states and the District of Columbia. Public school segregation lay near the top of White supremacists' hierarchy of racial preferences. For the Court to invalidate it was certain to generate far greater controversy and resistance than striking down the White primary or segregation in interstate transportation.

²⁰ RODRIGUES, Leda Boechat. **A corte de Warren**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 20-21. "Terminada a Segunda Guerra Mundial, em que os pretos americanos tiveram bastante participação, pensaram eles ser chegada a hora de pôr termo às discriminações legais que os reduziam a cidadãos de segunda classe. Orientados principalmente pela NAACP (iniciais em inglês da Associação Nacional para a Proteção dos Americanos de Cor), e conscientes de que lhes faltavam forças para influenciar os órgãos legislativos na esfera federal e nas estaduais, resolveram agir nos tribunais, mostrando, assim, a sua crença no sistema judicial dos Estados Unidos". Ver também: MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 77-80.

²¹ HOBBSAWM, Eric J. **História social do jazz**. Tradução de: Angela Noronha. 6. ed. 3. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2011. p. 75. Assim deu-se a evolução da música negra nos EUA: "O jazz nasceu. Porém a sua singularidade não está na mera existência – muitas foram as linguagens musicais locais especializadas – mas em sua extraordinária expansão, praticamente sem paralelo cultural em termos de velocidade e abrangência, a não ser pela expansão inicial do islamismo. Esse é, portanto, o próximo aspecto a considerar. Ele pode ser dividido, grosso modo, em fases: cerca de 1900-1917, quando se tornou a linguagem da música popular negra em toda a América

Diante desses fatos, aos negros começavam a ser reconhecidos certos direitos nas cidades, melhorando as relações sociais, econômicas, políticas, restando, por evidente, algumas lacunas para serem preenchidas, entre elas o acesso às escolas públicas em algumas cidades dos Estados Unidos²². Por isso, conforme lembra Michael J. Klarman²³, entre 1951 e 1952, cinco casos envolvendo a matéria

do Norte, enquanto alguns de seus aspectos (síncope e ragtime) tornaram-se componentes permanentes de Tin Pan Alley; de 1917-1929, quando o jazz ‘estrito’ se expandiu muito pouco, mas evoluiu muito rapidamente, e quando uma infusão de jazz altamente diluída veio a ser a linguagem dominante na música de dança ocidental urbana e nas canções populares; 1929-1941, quando o jazz começou propriamente sua conquista de públicos minoritários europeus e músicos *avant-garde*, e uma forma bem mais diluída – o *swing* – entrou para a música pop de maneira permanente. Seu verdadeiro triunfo internacional, a penetração de linguagens ainda mais puras de jazz na música pop – jazz de New Orleans, jazz moderno *avant-garde* e os *blues country* e *gospel* – ocorreram a partir de 1941”.

²² GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases**. New York: Cambridge University, 2003. p. 17. Por essas razões e outras tantas, é que não se concorda com a afirmação de Tom Ginsburg, de que o julgamento do caso *Brown* se deu mais no plano moral do que no jurídico. Assim afirma o autor: “More accurately, observes looking for ‘grand cases’ that establish institutions of judicial review have in mind *Brow v. Board of Education*, where the Supreme Court overturned the American caste system with a single blow. But *Brown* is another highly atypical case. First, it explicitly overrules a precedent in contrast with the usual characterization of common law courts. Second, *Brown*’s rhetoric is primarily moral rather than legal”.

²³ KLARMAN, op. cit., p. p. 2-3. “Five cases challenging the constitutionality of public school segregation reached the Court in 1951-1952 – litigation that has come to be known as *Brown v. Board of Education*. Justices were unenthusiastic about confronting so quickly the question they had deliberately evaded in the 1950 university segregation cases, and the National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) had not planned to force the issue this soon. Moreover, the Five cases were hardly representative. Three were from jurisdictions-Kansas, Delaware, and the District of Columbia-where whites were not deeply committed to segregation and judicial invalidation probably would not cause great disruption. The other two, however, came from Clarendon County, South Carolina, and Prince Edward County, Virginia, where blacks were 70% and 45% of the population, respectively. Broad forces for racial change had barely touched these counties, where judicial invalidation of segregation could jeopardize public education. NAACP secretary Roy Wilkins later confided that Clarendon County ‘would be the last place I’d pick’ to integrate. Yet, ironically, the NAACP’s 1950 decision no longer to accept equalization cases had pushed blacks in these counties to convert grievances against inferior schools and lack of bus transportation into broad desegregation challenges. The Association would not abandon courageous blacks willing to challenge Jim Crow under oppressive conditions, but it did pressure them to attack segregation directly, which they otherwise probably would not have done. Some civil rights leaders questioned the wisdom of pushing a desegregation suit on the Court at this time, worrying that the strategy

foram distribuídos à Suprema Corte, sendo um deles *Brown v. Board of Education*²⁴. A sensibilidade dos *Justices* foi tamanha que, ao analisarem os casos, deram-se conta de que três deles poderiam não ter uma efetividade desejada, pois oriundos de localidades nas quais o racismo era mais acentuado, preferindo o julgamento do caso *Brown*, o único que, em suas opiniões, poderia vir a fazer diferença na concretização da decisão emanada da Corte.

Esse o contexto histórico que também é explicado por Roberta Fragoso Menezes Kaufmann²⁵, em que se deu o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*. Mas, conforme acima analisado, a decisão que encerra uma segregação não é por si só eficaz sem que outros fatores externos auxiliem em sua efetividade, o que foi alvo de ampla discussão na Suprema Corte e que dá embasamento à tese e ao

might backfire and produce a disastrous defeat. Why run the risk, they wondered, if narrower challenges to racial inequality were virtually certain to succeed? Even Thurgood Marshall had doubts whether the justice were yet prepared to invalidate school segregation. As we shall see, such concerns were well-founded”.

²⁴ VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions**: summaries of leading cases in U.S. constitutional law. 15th ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. p. 409. O que pode ser confirmado com a leitura do autor: “A series of cases went to the Supreme Court from the states of Kansas, South Carolina, Virginia, and Delaware. Since all of the cases involved the same basic problem – African American minors, through their legal representatives, seeking the aid of the courts in obtaining admission to the public schools of their respective communities on a non-segregated basis – all were determined by one decision of the Court. The Kansas case became the nominal leading case. In the various states, the black children were of elementary or high school age or both. Segregation requirements were on a statutory and state constitutional basis except in Kansas where only statutory provisions were involved”.

²⁵ KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira**: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 151-158. Resumindo o capítulo, a autora nas páginas 158-159 afirma: “Como visto, inúmeras foram as manifestações favoráveis ao fim da segregação institucionalizada. Milhares de pessoas foram mortas, feridas e presas, com o objetivo de ao menos colocar em prática o princípio da igualdade formal no sentido de que todos são iguais perante a lei. As diversas organizações criadas em prol dos negros combatiam ferozmente a hemenêutica de que seria possível conjugar o princípio da igualdade com a separação institucional, conforme já havia sido decidido pela Corte Maior no caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896. Finalmente, em 1954, a partir do caso *Brown v. Board of Education* – 347 U.S. 483 – houve a reviravolta no entendimento dantes esposado”. (sic).

capítulo posterior. O caso *Brown* abriu uma série de precedentes para que outros casos envolvendo discriminação racial fossem julgados, em especial entre 1954 e 1962²⁶, como *Muir v. Louisville Park Theatrical Ass'n*, *Mayor of Baltimore v. Dawson*, *Hawkins v. Board of Control*, *Gayle v. Browder*, *New Orleans City Park Improvement Ass'n v. Detiege*, *Turner v. City of Memphis* e *Schiro v. Bynum*²⁷ o que pode ser confirmado com a leitura de Robert G. McCloskey²⁸.

Brown v. Board of education of Topeka: decisão e seus efeitos

O julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* não aparentava facilidade de ser concretizado. Encerrar uma tradição mais que centenária numa sociedade não é algo que se pode dizer ser natural.

²⁶ In a series of per curiam opinions handed down between 1954 and 1962, the Supreme Court holds unconstitutional a wide variety of Jim Crow laws, citing *Brown* as authority. The Court strikes down segregation in golf courses and fishing lakes in *Muir v. Louisville Park Theatrical Ass'n*, 347 U.S. 971 (1954) and *Holmes v. City of Atlanta*, 350 U.S. 879 (1955); in public beaches, bathhouses, and swimming pools in *Mayor of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955); in a public law school in Florida ex rel. *Hawkins v. Board of Control*, 350 U.S. 413 (1956); on buses in *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956); in city parks in *New Orleans City Park Improvement Ass'n v. Detiege*, 358 U.S. 54 (1958); and in airport restaurants and rest rooms in *Turner v. City of Memphis*, 369 U.S. 350 (1962). Disponível em: <<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/brown/1954.html>>. Acesso em: 22 set. 2012.

²⁷ O caso *Schiro v. Bynum*, de 1964, foi sobre segregação em auditórios municipais. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/anncon/search/display.html?terms=marriage&url=/anncon/html/amdt14gfrag7_user.html>. Acesso em: 29 set. 2012.

²⁸ McCLOSKEY, Robert G. *The modern Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972. p. 247. Expõe o autor: “Since 1954, as every schoolboy knows, the Supreme Court – and even more the lower federal courts which it supervises – has been heavily preoccupied with the problem of public school integration. After the seven-league stride of the *Brown* decision, the Court has moved steadily but not hastily forward against other forms of racial discrimination. The implications of the *Brown* doctrine were applied in per curiam holdings against segregation in such facilities as public recreation grounds and intrastate buses; the states that sought to take retributive action against the NAACP were stymied; the concept of ‘state action’ was extended so as to make it a little harder to maintain a discriminatory policy. With the possible exception of this last case, these developments might be said to be logically inherent in the broad disapproval of racial discrimination that was exemplified by the *Brown* doctrine”.

Diante dessa constatação, alguns questionamentos eram previsíveis para os *Justices* ao julgarem o caso, entre eles:

(i) como dar condições de possibilidade de uma afro-descendente frequentar uma escola para brancos sem que seja discriminada?

(ii) será que apenas pelo julgamento do caso pela Suprema Corte dos Estados Unidos haveria de ser cumprida a decisão?

Essas e outras tantas preocupações restaram consignadas na *opinion* da Corte no julgamento do caso²⁹.

As relações sociais, políticas, econômicas e afetivas não mudam pessoas pelo simples fato de existir uma decisão judicial que direcione para tal lado³⁰, tanto que outro marco existente no Poder Judiciário

²⁹ A *footnote* n. 13 assim traz as preocupações emanadas pela Corte: “Assuming it is decided that segregation in public schools violates the Fourteenth Amendment (a) would a decree necessarily follow providing that, within the limits set by normal geographic school districting, Negro children should forthwith be admitted to schools of their choice, or (b) may this Court, in the exercise of its equity powers, permit an effective gradual adjustment to be brought about from existing segregated systems to a system not based on color distinctions? 5. On the assumption on which questions 4 (a) and (b) are based, and assuming further that this Court will exercise its equity powers to the end described in question 4 (b), (a) should this Court formulate detailed decrees in these cases;(b) if so, what specific issues should the decrees reach;(c) should this Court appoint a special master to hear evidence with a view to recommending specific terms for such decrees;(d) should this Court remand to the courts of first instance with directions to frame decrees in these cases and, if so, what general directions should the decrees of this Court include and what procedures should the courts of first instance follow in arriving at the specific terms of more detailed decrees?” Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html#347_US_483n13ref#347_US_483n13ref>. Acesso em: 21 out. 2012.

³⁰ **MISSISSIPI em chamas**. Direção: Alan Parker. Fox Films, 1988. 1 DVD (128 min). Título original: *Mississippi burning*. Recomenda-se assistir à película para mostrar como o Sul dos Estados Unidos, ainda em 1964, ano em que se passa a história do filme, ainda demonstrava sinais de racismo de forma acentuada. Embora baseado em eventos reais, o filme foi muito criticado, em especial pelo historiador Howard Zinn, por trazer muita ficção à história, em especial dos agentes do FBI, que foram filmados como heróis. Mas o fato, a morte de três ativistas civis, o que já corrobora a afirmação de que, muitas vezes, uma decisão, uma lei, não muda a cultura de uma hora para outra. Segue trecho da reportagem sobre o filme e as críticas recebidas: “Mississippi em Chamas’ (*Mississippi Burning*, no original) é um filme norte-americano de 1988, do gênero drama, dirigido por Alan Parker e com roteiro de Chris Gerolmo. O filme conta de maneira fictícia a investigação que dois agentes do FBI fizeram no estado de Mississippi em 1964, quando três ativistas dos direitos civis foram brutalmente assassinados. Foi precedido em 1975 por um documentário televisivo intitulado: **Ataque ao**

estadunidense dos direitos dos negros é o julgamento do caso cujo nascedouro se deu num boicote aos ônibus de Montgomery, o qual somente ocorreu pela inconformidade de uma negra, Rosa Louise McCauley Parks, ou, como ficou mundialmente conhecida, Rosa Parks³¹, ao não ceder seu lugar para um branco em um ônibus. Em 1 de dezembro de 1955, ou seja, mesmo após o julgamento do caso Brown, Rosa Parks foi presa, o que ensejou um dos mais longos boicotes³² da história dos Estados Unidos, saindo a comunidade negra vitoriosa nas Cortes de Justiça³³ e ascendendo como líder do movimento negro Martin Luther King Jr. Aliás, muitas vezes, a imposição de uma decisão judicial acaba, por si só, trazendo prejuízos ao plano social, por não estar o cidadão ainda preparado para o cumprimento daquele determinado comando decisional³⁴. Isso pode ser observado com a própria história

terror: o FBI versus a Ku Klux Klan, que narrou os mesmos eventos do filme. Em 1990 foi realizado outro especial para a televisão, chamado **Assassinato no Mississippi, aleluia**, baseando-se na mesma história em que o filme 'Mississippi em chamas' foi baseado. O filme foi criticado por muitos, incluindo o historiador Howard Zinn, já que os norte-americanos são preponderantemente empiristas, salvo Talcott Parsons, no clássico: **The Structure of Social Action** (cf. Parsons, 1949; 1970; cf. Stroh, 1972), pela sua 'ficcionalização da história real'. Enquanto os agentes do FBI são apresentados como os heróis do filme, na realidade o FBI e o Departamento de Justiça mal protegeram os civis ameaçados da pequena cidade e, alegadamente, observaram pessoas sendo espancadas sem intervir. Em 21 de junho de 2005, 41 anos após os assassinatos, Edgar Ray Killen (na ocasião com 80 anos) foi condenado a sessenta anos de prisão pelo assassinato dos três civis cujas histórias são contadas no filme." Disponível em: <<http://www.estudosviquianosblogspotcom.dihitt.com.br/n/violencia/2012/08/10/particularidade-do-racismo-norte-americano->>. Acesso em: 13 out. 2012.

³¹ **THE ROSA Parks Story**. Direção: Julie Dash. Xenon, 2002. 1 DVD (97 min). Color. O filme retrata a vida de Rosa Parks, interpretada por Angela Bassett.

³² **BOYCOTT**. Direção: Clark Johnson. HBO, 2001. 1 DVD (118 min). Color. O filme retrata a história do ocorrido com Rosa Parks, o boicote e o movimento negro realizado na época para dar sustentação aos seus direitos.

³³ A inconformidade de Rosa Parks deu ensejo ao caso *Browder v. Gayle*, que foi julgado na Suprema Corte dos Estados Unidos, encerrando o sistema de segregação racial nos ônibus de Montgomery, Alabama. Disponível em: <<http://www.rosaparksfacts.com/browder-vs-gayle.php>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

³⁴ **ADIVINHE quem vem para jantar**. Direção de Santley Kramer. Columbia Pictures, 1967. 1 DVD (108 min). Color. Título original: *Guess who's coming to dinner*. A abordagem social realizada no filme, que marcou época, traz essa concepção que a aceitação, pelo contato, às vezes é mais produtiva que por uma simples imposição. A sinopse retrata esse contexto:

do julgamento do caso *Brown*, no qual a Suprema Corte escolheu um dos cinco casos que lá foram demandados, tendo em vista que em três deles as condições de efetivação seriam mais difíceis do que nos outros dois. Então, não é somente função da Corte Superior decidir aquele determinado caso daquela forma, mas sim, decidir de um modo pelo qual essa decisão, no plano concreto, tenha reais e efetivas condições de ser exercida.

Não é de se estranhar que a decisão *Brown v. Board of Education of Topeka* é considerada por alguns³⁵ como a mais importante e efetiva da Suprema Corte dos Estados Unidos em matéria de direitos civis, tendo, inclusive, o condão de modificar o próprio comportamento do cidadão estadunidense³⁶. Nathan Aaseng³⁷ aponta para o fato de, talvez, a decisão tenha sido mais simbólica que prática, pois o recado havia sido dado. Conforme ressalta Pablo Luis Manili³⁸, toda decisão

“Joanna (Katharine Houghton), a bela filha do editor liberal Matthew Drayton (Tracy) e de sua esposa aristocrata, Christina (Hepburn), retorna para casa com seu novo namorado, John Prentice (Sidney Poitier), um ilustre médico. Christina aceita a decisão de sua filha de se casar com John, mas Matthew está chocado com a união inter-racial, bem como os pais do médico. Para acertar as coisas, as famílias devem sentar frente a frente e examinar os seus níveis de tolerância. Em **ADIVINHE QUEM VEM PARA JANTAR**, o diretor Stanley Kramer criou um estudo magistral dos preconceitos sociais”.

³⁵ FISS, Owen M. **Troubled beginnings of the modern state, 1888-1910**. (History of the Supreme Court of the United States, vol. VIII). New York: Cambridge University Press, 2006. p. 392. Segundo o autor, foi o caso que marcou sua geração: “Then in 1954, in *Brown v. Board of Education* – a case that has inspired my generation [...]”.

³⁶ SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 125: “Essa decisão unânime da Suprema Corte causou enorme impacto na sociedade norte-americana, contribuindo para modificar, com profundidade poucas vezes vista, o comportamento de uma nação no presente e futuro”.

³⁷ AASENG, Nathan. **You are the Supreme Court justice**. Minneapolis: The Oliver Press, 1994. p. 58. Aduz: “Despite the problems, complaints, and violence surrounding the *Brown* case, the decision is widely considered ‘one of the most humane acts in our history’, one historian has said. The importance of the *Brown* decision was perhaps more symbolic than practical. By declaring an end to governmental support of segregation, the ruling gave an important boost to the civil rights movement that went on to develop during the 1960s. The decision held out the promise of equality for blacks and gave Congress the courage to enact laws that would help to fulfill those promises”.

³⁸ MANILI, Pablo Luis. El rol político de las cortes supremas y de los tribunales constitucionales. In: _____ (Coord.). **Marbury v. Madison: reflexiones sobre una sententia**

de um Tribunal Superior tem efeitos não só para o caso em concreto, mas repercute em toda a sociedade, sendo que o exemplo trazido pelo jurista argentino para corroborar sua assertiva são os julgamentos dos casos *Dred Scott v. Sandford* e *Brown v. Board of Education*.

A decisão do caso, julgado na Corte de Warren, cuja *opinion* rechaçou de vez aquela ultrapassada e racista doutrina do *separate but equal*, que havia ganhado força com o julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, abarcou a tese de que as oportunidades educacionais deveriam ser iguais para brancos e negros, em que pese estarem num sistema escolar que os segregava desde a partida do ônibus escolar, até os corredores das escolas, com a separação dos bebedouros d'água e banheiros. Estar em situação de igualdade, mas ao mesmo tempo separados, traz alguma possibilidade de uma pessoa se sentir menosprezada? Parece que a resposta na década de 50 do século passado é afirmativa, tendo a Suprema Corte se baseado, dentre outros fatores, nos testemunhos de psicólogos sociais que alertaram para o impacto psicológico que aquele tipo de segregação trazia, conforme alude Ricardo Luis Lorenzetti³⁹.

bicentenaria. México: Editorial Porrúa, 2011. p. 138-139. Refere: “Toda decisión de un TS, aún en los países donde éstas tienen efectos sólo para el caso concreto, repercute sobre el resto de la sociedad. El ejemplo más palmario de ello es el caso ‘Dred Scott vs. Sandford’ resuelto por la Corte Suprema norteamericana en 1857 y que fue una de las principales causas de la guerra civil desatada en 1863, por haberles negado el carácter de ciudadanos a las personas de raza negra. En el mismo sentido, cuando esa Corte resolvió ‘Brown vs. Board of Education of Topeka’ en 1954 sabía que estaba resolviendo mucho más que el caso concreto del Sr. Brown, estaba regulando todo el sistema educativo norteamericano y decidiendo sobre el grave problema de la segregación racial en las escuelas; tanto es así que diez años después se sancionó la ley de integración racial, basada en ese fallo”.

³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 116-117. Relembra o autor: “Quando o caso – junto com outros quatro – chegou à Suprema Corte, esta pôs de lado a doutrina do ‘separados mas iguais’. Assim, recorrendo a uma interpretação dinâmica da XIV emenda da Constituição dos Estados Unidos, tendo em conta os valores e princípios regentes neste momento e não segundo a intenção que tiveram em conta os constituintes, a Corte concluiu que a segregação das crianças nas escolas públicas, baseada na raça, privava os afetados da igual proteção da lei, garantida pela mencionada emenda. O argumento utilizado pelo Presidente da Corte, Earl Warren – que emitiu a opinião da

Segundo Owen Fiss⁴⁰, foi numa manhã de sol em 1954 que a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou pública a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, que encerrou com a doutrina do sistema de segregação racial conhecido como *separate but equal*,⁴¹ o qual já percorria dois séculos da história do país, sendo que, naquele julgamento, emergiu, para o Professor de Yale, uma nova forma de

Corte – consistiu em que a doutrina do ‘separado mas iguais’ – além de ter tido sua aparição em 1896 em ‘*Plessy*’, um caso vinculado com o transporte – não podia ter lugar já que as instalações educacionais separadas eram inerentemente desiguais. Isso porque, fossem iguais as escolas para brancos e negros, a segregação imposta pela lei e baseada somente na raça privava as crianças do grupo minoritário de ter iguais oportunidades educacionais, como os benefícios que receberiam em um sistema escolar racionalmente integrado. Para chegar a essa conclusão, a Corte outorgou um papel categórico aos testemunhos dos psicólogos sociais, que se haviam dado conta do impacto psicológico que a segregação produzia”.

⁴⁰ Sterling professor na Universidade de Yale, em New Haven. Seu currículo pode ser analisado pelo *site* da Universidade que leciona, detendo nele vários estudos do autor à disposição do público: Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/faculty/OFiss.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

⁴¹ Parte da *opinion* de C. J. Warren, *Chief Justice* da época em que julgado *Brown v. Board of Education*, que rechaça a doutrina do *separate but equal*, afirmando ela não ter mais lugar na sociedade, assim afirmando: “we conclude that, in the field of public education, the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment. This disposition makes unnecessary any discussion whether such segregation also violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment”. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html> Acesso em: 04 out. 2012.

*adjudication*⁴², a qual denominou de *structural reform*⁴³ ou medidas estruturantes. O rompimento com o passado no caso Brown foi tamanho que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no corpo da *opinion*⁴⁴ do

⁴² FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. **Adjudication and its alternatives**: an introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003. p. 287-288. Embora seja nas próximas linhas o conceito de adjudication trabalhado em obras do autor já trodizadas, neste momento apresenta sua conceituação em sua mais conhecida obra, no vernáculo do autor: Inicia: "Adjudication is the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression. In my judgement, this has always been the function of adjudication, clearly embraced and legitimated by Article III of the Constitution, and continuous with the role of courts under the common Law, but within recent decades a new form of adjudication has emerged", e continua: "This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals, but by the operations of large-scale organizations, the bureaucracies of the modern state. Secondly, this new mode of litigation reflects the realization that, unless the organizations that threaten these values are restructured, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated. For this reconstructive endeavor, the traditional universe of legal remedies – the damage judgement or the criminal prosecution – are inadequate. The injunction is the favored remedy. It is not used, however, as a device for stopping some discreet act, as it might have been in other time, but instead is used as the formal medium through which the judge directs the reconstruction of a bureaucratic organization", e finaliza: "This new mode of litigation, which I call 'structural reform', represents an important advance in the understanding of modern society and the role of adjudication. The bureaucratic character of the modern state and the public dimensions of the judicial power are properly acknowledge".

⁴³ FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Teoria geral do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 761. Refere o jurista estadunidense: "On a bright morning in 1954, the Supreme Court of the United States handed down this decision Brown v. Board of Education. As a purely technical matter, the Court ruled unconstitutional the system by which students were assigned to school on a racially segregated basis. More fundamentally, it compelled the liquidation of a racial caste system that scarred the United States for over two centuries and it placed the federal judiciary at the helm of this reconstructive endeavor. What emerged was a new form of adjudication – what I have called structural reform".

⁴⁴ Trecho da *opinion* de Brown v. Board of Education: "Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity. On reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question - the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws. In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument on Questions 4 and 5 previously propounded by the Court for the reargument this Term. The Attorney General of the United States is again invited to participate. The Attorneys General of the states requiring

caso, consignou que o Tribunal novamente se reuniria para ver a real evolução do que foi decidido. Segundo relata John R. Vile,⁴⁵ a Corte se reuniu, em 1955, para reargumentar o caso, que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education II*, para analisar as resistências oferecidas quanto à implementação do que foi decidido, em especial às oferecidas no Sul do país⁴⁶.

Conforme Desirê Bauermann⁴⁷, em estudo comparando o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer entre as tradições

or permitting segregation in public education will also be permitted to appear as *amici curiae* upon request to do so by September 15, 1954, and submission of briefs by October 1, 1954". Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html#347_US_483n14#347_US_483n14>. Acesso em: 03 out. 2012.

⁴⁵ VILE, John R. **Essential Supreme Court decisions**: summaries of leading cases in U.S. constitutional law. 15th ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. p. 410. Refere: "After the Supreme Court's historic decision in *Brown v. Board of Education* (1954), the Court ordered rearguments on how this ruling should be implemented. The U.S. attorney general as well as attorneys general of several states participated in oral arguments".

⁴⁶ *Ibid.*, p. 411. Aduz: "Brown v. Board of Education faced a policy os 'massive resistance' throughout the South. Some scholars have argued that the phrase 'with all deliberate speed' (added at the suggestion of Justice Felix Frankfurter) encouraged states to resist, but, given the volatility of the desegregation issue, such resistance would likely have with or without this particular phrase".

⁴⁷ BAUERMAN, Desirê. **Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer**: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 53-54. Ressalta a autora: "Como referido na introdução do presente trabalho, o direito norte-americano há décadas aplica formas as mais variadas para garantir o atendimento de decisões judiciais, sobretudo as que não se limitam a impor o pagamento de uma soma em dinheiro ao autor para que o seu direito reste atendido, mas, sim, que exijam a realização de determinadas atividades ou a abstenção do obrigado para atingir esse escopo". E continua "Naquele país a preocupação com o cumprimento específico intensificou-se principalmente após a propositura de processos que visavam afastar violação a direitos constitucionalmente garantidos, como não sofrer discriminação, respeitar a dignidade humana de presos e doentes mentais internados em instituições destinadas ao seu cuidado, receber moradia adequada, entre outros, que não seria devidamente compensada com o pagamento de indenização por perdas e danos, exigindo-se o seu cumprimento específico". Seguindo, relata que: "Nessa perspectiva, e também visando sempre ao atendimento das deliberações judiciais como forma de garantir a dignidade da Justiça e o respeito ao próprio Poder Judiciário, desenvolveu-se um sistema específico tanto para pressionar o devedor a cumprir a obrigação pessoalmente como para puni-lo caso não o faça; da mesma forma, buscou-se solução para afastar a violação ao direito na prática quando o devedor se recusava a cumpri-la pessoalmente, a despeito da efetiva aplicação desses mecanismos". E finaliza, afirmando que: "Todo esse movimento teve início com o julgamento do caso *Brown v. Board*

dos Estados Unidos e do Brasil, o caso Brown foi o *leading case* do que ela entende ser as “ações estruturais”⁴⁸, consubstanciadas em visar ao atendimento das deliberações judiciais, garantindo-se, assim, a dignidade do Poder Judiciário, pressionando o devedor ao cumprimento da decisão sob penalidades. Relata, ainda, que a realização dessas determinadas atividades ou abstenções almeja a melhoria de direitos constitucionalmente agredidos, como a de não sofrer discriminação, respeito à dignidade de presos e doentes mentais, moradia, entre outros.

Com isso, pode ser verificado que há uma evolução cultural da sociedade estadunidense⁴⁹ ao longo dos anos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou, desde *Dred Scott v. Sandford*, passando por *Plessy v. Ferguson* e, finalmente, *Brown v. Board of Education*, culminando com a decisão que aboliu a ilusão de que pessoas de raças diferentes, em condições iguais, mas separadas, têm as mesmas oportunidades

of Education, leading case das chamadas ‘ações estruturais’, cujo estado se faz necessário aqui em decorrência de sua grande repercussão, sobretudo, nas seguintes áreas: i) na forma de julgar dos tribunais americanos; ii) na alteração de paradigmas da sociedade como um todo; iii) na aplicação de meios executórios inovadores para dar cumprimento a valores garantidos constitucionalmente, mas não cumpridos tanto pelos governantes em geral como pela própria população, inaugurando a época de vasta utilização dos auxiliares do juízo e, por consequência, da intervenção judicial, especialmente no campo da elaboração de políticas públicas e de reestruturação de instituições públicas”.

⁴⁸ Aqui manteve-se a tradução da autora em sua tese de doutorado.

⁴⁹ POLLACK, Malla. O alto custo de não ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 342. Mas, de mesma forma, foram respeitados aspectos culturais, mantendo-se a autonomia da vontade em alguns casos específicos, conforme alertta a autora: “Segregação em escolas públicas foi uma área fortemente impactada pela mudança dos juízes [da Suprema Corte]. Em 1954, a Suprema Corte considerou que as escolas racialmente segregadas eram fundamentalmente desiguais, por conseguinte, em violação à Cláusula de Proteção Igual da Emenda 14. Em 1955, a Corte ordenou que as escolas públicas da nação que desagregassem ‘com todo discurso deliberado’. Alguma integração aconteceu, mas nos anos 70, a Corte distinguiu a segregação inconstitucional, estabelecida legalmente (*de jure*) daquela separação de raças aceitável, causada por escolhas individuais (*de facto segregation*); a Corte não permitiu que ‘remédios’ para a segregação *de jure* cruzassem a linha jurisdicional adentrando em comunidades segregadas apenas por escolhas individuais. Em 1988, quase 45% dos estudantes negros de escolas públicas que frequentavam escola de maioria branca; em retrospectiva, este foi o pico da integração escolar”.

na vida. Conclui-se, assim, que o momento cultural da sociedade é um importante marco referencial para que Cortes Superiores possam julgar melhor, em que pese o fato de que estas não podem somente acompanhar o que ocorre na sociedade, sob pena de virarem reféns dela. Existem momentos nos quais o Poder Judiciário deverá julgar contra o que ela anseia, ou parcela dela, e, como foi demonstrado, a efetividade do que foi decidido não se dará por si só, devendo o órgão jurisdicional ditar as formas pelas quais aquela decisão será efetiva, pois imbuído de poderes para tanto.

AS MEDIDAS ESTRUTURANTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A doutrina tem iniciado a defender a possibilidade de as medidas estruturantes serem uma realidade do direito brasileiro. Recentemente Sérgio Cruz Arenhart⁵⁰ afirmou que facilmente se pode constatar exemplos dessas medidas ligadas a provimentos estruturais no Brasi, sendo elas um instrumento adequado para a tutela de interesses. José Maria Rosa Tesheiner⁵¹ refere no prefácio à obra do autor do texto que apesar da investigação na tese de doutoramento ter sido delineada para o controle objetivo de constitucionalidade, é fácil de vislumbrar que as medidas estruturantes tem efusiva aplicação nos processos coletivos em geral. Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Victor Augusto Passos

⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In Revista de Processo. Ano 38, N. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 390-410. (a referida parte citada está na p. 403).

⁵¹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 12. São as palavras de José Maria Rosa Tesheiner ao prefaciar a obra: “Sua investigação limitou-se aos processos objetivos da competência do Supremo Tribunal Federal, mas é fácil de se ver que as ‘medidas estruturantes’ que propõe podem ser necessárias também no âmbito dos processos coletivos em geral, podendo-se, pois, dizer que seus fundamentos e conclusões transcendem seus limites”.

Villani Côrtes⁵² enfrentam também o tema e chegam a concluir que as medidas estruturantes já são uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, citando, para tanto, alguns exemplos baseados em legislação pertinente, assim como apontando para decisões já prolatadas.

Na obra sobre as medidas estruturantes⁵³ houve toda uma construção teórica elaborada a partir das disposições normativas elencadas no Código de Processo Civil brasileiro, em especial pela defesa de uma releitura dos artigos 461 e 461 – A, que dispões sobre as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa e incerta. Ressalta-se que o novo Código de Processo Civil brasileiro dispõe sobre o tema nos artigos 467 a 501. Em que pese toda a construção teoria já realizada e que a mesma poderia ser reutilizada para uma possível normatização das medidas estruturantes no novo CPC, há um artigo que merece ser melhor repensado e que muda a própria sorte da alocação das referidas medidas na nova legislação processual.

O artigo 139, inciso IV, do novo CPC

O capítulo I do título IV do novo Código de Processo Civil brasileiro, que apresenta a parte destinada ao juiz e seus auxiliares, encontra, na redação do artigo 139, inciso IV, um texto processual que merece do intérprete uma reflexão. Refere a legislação processual em seu caput que *o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe*, o que, de pronto, pode-se considerar que a partir da última palavra – *incumbindo-lhe* – o que se verá a seguir são poderes que o magistrado está autorizado a empregar durante a condução do

⁵² PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; côrtes, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf. Acesso: 13 de maio de 2015. p. 229-258.

⁵³ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 197-203.

processo. As previsões dos incisos I⁵⁴, II⁵⁵, III⁵⁶, V⁵⁷, VI⁵⁸, VII⁵⁹, VIII⁶⁰, IX⁶¹ e X⁶² não são o que se pretende agora refletir, mas sim aquela que está alocada no inciso IV do artigo 139. A redação do referido inciso aponta que ao juiz, na condução do processo, incumbe *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*, o que, bem compreendido, aponta para técnicas inovadoras dentro do direito processual contemporâneo, incluindo-se a possibilidade de o juiz expedir medidas estruturantes para a efetividade do processo.

Note-se que se pode fragmentar a leitura do referido inciso combinado com o *caput* para: i. ao juiz incumbe determinar medidas indutivas para assegurar o cumprimento de ordem judicial; ii. ao juiz incumbe determinar medidas coercitivas para assegurar o cumprimento de ordem judicial; iii. ao juiz incumbe determinar medidas mandamentais para assegurar o cumprimento de ordem judicial; iv. ao juiz incumbe determinar medidas sub-rogatórias para assegurar o cumprimento de ordem judicial; v. em qualquer ação pois,

⁵⁴ I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

⁵⁵ II - velar pela duração razoável do processo;

⁵⁶ III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

⁵⁷ V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

⁵⁸ 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;

⁵⁹ VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

⁶⁰ VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

⁶¹ IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

⁶² X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

pela redação, inclui-se, exemplificativamente, aquelas que tenham por objeto prestação pecuniária.

Qual o real alcance das palavras elencadas no texto do inciso iv, sendo elas: i. indutivas; ii. coercitivas; iii. mandamentais; iv. Sub-rogatórias?⁶³ Acredita-se que no texto, a palavra indutiva esteja referindo-se a estímulo, induzimento, incitamento, pressão, o que faz com que o juiz expeça uma ordem que pode fazer com que a parte que deva cumprir fique estimulada, induzida, incitada ou pressionada a fazê-lo. Já coercitiva está ligada a execução, de efetividade, de obrigação, o que aponta para um ato que somente o Estado está autorizado a realizar. Mandamental está ligada a ideia de ordem, de cumprimento, de eficácia do ato. Por fim, sub-rogatória, está ligada a determinar que um terceiro arque com aquilo que foi determinado ou ainda seja o fiscalizar do cumprimento ou execução da medida.

Ou seja, atribuindo sentido as palavras, nota-se que o inciso IV do artigo 139 do novo Código de Processo Civil brasileiro é uma cláusula a ser edificada por diversos outros institutos. Na sua interpretação, pode-se vislumbrar que técnicas de cumprimento e execução de decisões judiciais podem ser ali encontrar seu nascedouro. Ora, se as técnicas de cumprimento de decisões judiciais, em especial já se construiu que as medidas estruturantes encontram norte seguro nas técnicas de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, em especial, não há nenhum óbice para afirmar, categoricamente, as medidas estruturantes

⁶³ ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários ao novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15: volume 2 – arts. 82 ao 148.** Curitiba: Juruá, 2015. P. 139. Refere o autor sobre o que é cada uma das expressões: “As medidas indutivas são aquelas que sugerem uma penalidade, como a imposição de uma multa; as coercitivas são aquelas que importam na imposição de coerção sobre a vontade da parte, consistente, por exemplo, na prisão civil por dívida alimentar; as mandamentais, as que importam numa ordem ou determinação relativamente a uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, e as medidas sub-rogatórias são as que permitem ao juiz substituí-las por uma medida suficiente para atender à pretensão, como acontece, por exemplo, com a decisão que manda o Poder Público expedir uma Certidão Negativa de Débito (CND), valendo como tal a decisão judicial, enquanto não for expedida a administrativa”.

estão mais guarnecidas na nova legislação processual que se avizinha para 2016 do que para a que se despede, de 1973.

Nas medidas estruturantes encontra-se uma ordem, e nela pode-se, para garantir o seu cumprimento, haver atos que induzam, coajam, mandem ou até mesmo apontem para a possibilidade de sub-rogação, podendo elas serem determinadas em qualquer fase do processo mediante as técnicas de antecipação dos efeitos da sentença, ou ainda nos processos de execução⁶⁴ ou de rito especial que o novo CPC refere existirem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em pelo menos duas oportunidades (*Dred Scott v. Sandford* e *Plessy v. Ferguson*), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América julgou ações que, naquele determinado ambiente cultural, levando-se em conta as questões de espaço/tempo em que inseridas, não poderiam ter outro julgamento que não aqueles realizados. Em que pese hoje serem marcadas como decisões que envergonham aquela Corte, na época, isso pouco foi ventilado, uma vez que uma parcela considerável da sociedade estadunidense estava de acordo com a decisão proferida.

Os tempos passaram e a doutrina construída nos Estados Unidos do *separate but equal*, fortalecida pelo julgamento do caso *Plessy v. Ferguson*, não mais se sustentava frente aos avanços que os direitos dos negros ganhavam, dia a dia, na sociedade. Era tempo de mudanças, e a Suprema Corte deveria intervir. Um dilema era certo: modificar

⁶⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Novo Código de Processo Civil: principais modificações. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 41. Refere o autor que os poderes do artigo 139, combinado com a principiologia fundamental (arts. 1º a 12º), servem para o efetivo acesso à justiça em qualquer processo. Refere ele: “Ou seja, o acesso à justiça deve ser integral, em tempo razoável, com a efetiva satisfação do direito material, incluindo, portanto, a execução ou o cumprimento de sentença”.

uma orientação centenária que segregava brancos e negros seria algo viável se a Corte assim o dissesse?

A resposta à pergunta veio com a chegada de momento tão esperado: o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Foi nele que, finalmente, o sistema de segregação racial foi amplamente discutido e rechaçado pelos *Justices* integrantes da Suprema Corte estadunidense, fulminando a doutrina até então dominante naquele país. Contudo, sabia-se que, possivelmente, pouca efetividade haveria naquela decisão se não tivesse o Tribunal tomado medidas necessárias ao seu cumprimento, criando-se, assim, o que Owen Fiss denominou de *structural reform*, expressão que foi na traduzida por medidas estruturantes, ou seja, uma nova forma de *adjudication* na qual os valores constitucionais são preenchidos pelos juízes que, conscientes da estrutura burocratizada do Estado, devem apontar soluções para a efetividade da decisão judicial.

Em tempos de novo Código de Processo Civil brasileiro, em especial pela abertura interpretativa que o artigo 139 do diploma legal confere ao intérprete, pode-se vislumbrar um novo caminho para que as medidas estruturantes encontrem morada segura de aplicação com o intuito de conceder ao juiz maiores poderes coercitivos, indutivos, mandamentais e sub-rogatórios para o efetivo cumprimento de uma ordem judicial e para a consequente entrega da tutela dos direitos.

REFERÊNCIAS

- AASENG, Nathan. *You are the Supreme Court justice*. Minneapolis: The Oliver Press, 1994.
- ADIVINHE quem vem para jantar. Direção de Santley Kramer. Columbia Pictures, 1967. 1 DVD (108 min). Color. Título original: *Guess who's coming to dinner*.

- ALVIM, J. E. Carreira. Comentários ao novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15: volume 2 – arts. 82 ao 148. Curitiba: Juruá, 2015.
- APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In Revista de Processo. Ano 38. N. 225. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 390-410.
- BAUERMANN, Desirê. Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado: Brasil e Estados Unidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- BOYCOTT. Direção: Clark Johnson. HBO, 2001. 1 DVD (118 min). Color.
- COTTRON, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution. Kansas: University Press of Kansas, 2003.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª edição. Salvador: Jus PODIVM, 2015. Vol. I.
- FISS, Owen M. Troubled beginnings of the modern state, 1888-1910. (History of the Supreme Court of the United States, vol. VIII). New York: Cambridge University Press, 2006. p. 392.
- FISS, Owen M. Two models of adjudication. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. Teoria geral do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. Adjudication and its alternatives: an introduction to procedure. New York: Foundation Press, 2003.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Novo Código de Processo Civil: principais modificações. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GINSBURG, Tom. Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University, 2003.

- HOBSBAWM, Eric J. História social do jazz. Tradução de: Angela Noronha. 6. ed. 3. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KLARMAN, Michael J. Brown Vs. Board of Education: Law or Politics? (December 2002). UVA School of Law, Public Law Research Paper No. 02-11. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=353361> or doi:10.2139/ssrn.353361>.
- LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria geral do direito ambiental. Tradução de: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MANILI, Pablo Luis. El rol político de las cortes supremas y de los tribunales constitucionales. In: _____ (Coord.). Marbury v. Madison: reflexiones sobre una sentecia bicentenaria. México: Editorial Porrúa, 2011. p. 138-139.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de Processo Civil. Volumes 1, 2 e 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- McCLOSKEY, Robert G. The modern Supreme Court. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972.
- McNEESE, Tim. Plessy v. Ferguson: separate but equal. New York: Chelsea House Publishers, 2007.
- MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- MISSISSIPPI em chamas. Direção: Alan Parker. Fox Films, 1988. 1 DVD (128 min). Título original: Mississippi burning.
- MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; côrtes, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIII. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_13a_edicao.pdf. Acesso: 13 de maio de 2015. p. 229-258.
- POLLACK, Malla. O alto custo de não ter direitos positivos, uma perspectiva dos Estados Unidos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). Desvendando o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- RODRIGUES, Leda Boechat. A corte de Warren. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- SEPARATE but equal. Direção: George Stevens, Jr. Artisan, 1991. California. 1 DVD (193 min). Color.
- SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- THE ROSA Parks Story. Direção: Julie Dash. Xenon, 2002. 1 DVD (97 min). Color. O filme retrata a vida de Rosa parks, interpretada por Angela Basset.
- THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamento e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VILE, John R. Essential Supreme Court decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional law. 15th ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

WITH all deliberate speed: a look at the landmark Brown vs. The Board of Education. Direção: Peter Gilbert. Anchor Bay, 2004. 1 DVD (111 min). Color.

ACESSO À JUSTIÇA: PROMESSA OU REALIDADE? UMA ANÁLISE DO LITÍGIO SOBRE CRECHE E PRÉ-ESCOLA NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Susana Henriques da Costa¹

INTRODUÇÃO: ACESSO À JUSTIÇA COMO UMA LINHA HISTORICAMENTE EM EXPANSÃO

É difícil abordar o tema do acesso à justiça e não se remeter a uma narrativa histórica. Inserido no contexto mundial pós-guerra de expansão de direitos e remédios legais e judiciais, o movimento de acesso à justiça buscava ampliar os caminhos e as instituições (judiciais ou não), perante as quais um indivíduo poderia buscar justiça. O marco histórico desse movimento é o conhecido projeto Florença, financiado pela Fundação Ford, pelo Conselho Italiano de Pesquisa e pelo Ministério de Educação da Itália. O projeto, dirigido por Cappelletti, resultou na edição de inúmeros volumes de pesquisa comparativa e consolidou uma visão mais ampla de acesso à justiça que a anteriormente limitada ao simples ingresso no Poder Judiciário.² Segundo concluiu Cappelletti:

O problema do *acesso* apresenta-se, pois, sob dois aspectos principais: por um lado, como *efetividade* dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão,

¹ Professora Doutora da Faculdade de Direito da USP e do programa GVlaw da FGV Direito SP. Mestre e Doutora em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP e Pós-doutora na University of Wisconsin – Madison Law School. Promotora de Justiça do Estado de São Paulo.

² GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 115-117.

devem efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da sociedade, que exige um vasto aparato governamental de realização; mas, por outra parte, inclusive como busca de formas e métodos, amiúde, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle de tal aparato e, por conseguinte, para a proteção contra os abusos os quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente.³

O acesso à justiça tem, portanto, uma dimensão *substancial* de transformação social pela efetivação de direitos e tem também uma dimensão *procedimental*, relacionada à ampliação, racionalização e controle do aparato (instituições e procedimentos) governamental de realização dos direitos.

Nos países centrais europeus e nos Estados Unidos, retratados no estudo de CAPPELLETTI, o movimento de acesso à justiça inseriu-se num contexto de expansão de direitos sociais já reconhecidos por cartas de direitos nacionais e internacionais. Tratava-se de um período em que se discutia o potencial do *welfare state* de realização do valor de igualdade material e direitos das minorias.

No Brasil, o movimento de acesso, entendido como produção sistemática de estudos sociojurídicos, iniciou-se somente na década de 80.⁴ Ao contrário da vertente europeia e americana, inseriu-se num

³ CAPPELLETTI, Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, *Processo, ideologia e sociedade*. P. 385.

⁴ Interessante notar que o Brasil não consta do relatório do projeto Florença, o que indica a ausência de reflexão sistemática sobre o tema à época da pesquisa. Sobre o tema, especula JUNQUEIRA: “A não participação do Brasil no *Florence Project* teria sido resultado das dificuldades de contatar pesquisadores brasileiros interessados em analisar esta questão? Ou seria decorrente da falta de interesse dos nossos pesquisadores em relação ao tema na segunda metade dos anos 70, já que o assunto só introduzido no cenário acadêmico e político brasileiro a partir do final daquela década, quando (e aqui não coincidentemente) se inicia o processo de abertura política? Infelizmente, não é possível responder a essas indagações. No entanto, chama atenção a ausência do Brasil no *Florence Project*, enquanto outros países da América Latina (como Chile, Colômbia, México e Uruguai) se fizeram representar, relatando as suas experiências no campo do acesso à justiça”, *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*, p. 390.

contexto de reconhecimento de direitos básicos à população, viabilizado pelo processo de abertura política e consequente surgimento dos movimentos sociais. Em especial, a década de 80 traz estudos legais sociológicos e dogmáticos sobre acesso à justiça dos interesses difusos e coletivos⁵ (interesses transindividuais ou interesses de grupos) e sobre formas de absorção da litigiosidade individual contida, seja (i) pela análise dos sistemas alternativos/extraoficiais ou informais/oficiais (juizados de pequenas causas) de solução de conflitos, seja (ii) pelo estudos dos óbices financeiros, sociais ou culturais que impediam os indivíduos de reconhecerem e verem reconhecidos (e implementados) seus direitos básicos.⁶

Após a promulgação da Constituição de 1988, a temática do acesso à justiça avançou pela positivação dos direitos sociais e pelo reconhecimento de que a existência de um mecanismo inafastável, eficiente e justo de solução de controvérsias é um direito fundamental social (art. 5º, CF). Uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais sociais se tornaram estrutura básica do Estado e da sociedade brasileira⁷ e, com o passar do tempo, permitiram, em maior ou menor grau, demandar de um dever prestacional estatal. O texto constitucional, destarte, ampliou as potencialidades da litigância pela

⁵ Com abordagem sociológica, v. FALCÃO, *Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife*, p. 79-101. Com abordagem mais tendente à dogmática, v. GRINOVER, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 25-44; GRINOVER, *as garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*, p. 19-30; e GRINOVER *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei 7.347, de 24.7.85*, p. 113- 128; BASTOS, *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*, p. 36-44; BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, P. 55-77; BARBOSA MOREIRA, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'*, p. 7- 19; NERY JR. *A ação civil pública*, p. 224-232; WATANABE, *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*, p. 197-206.

⁶ Com abordagem sociológica, v. OLIVEIRA, *Polícia e classes populares*, p. 85-94. Com abordagem dogmática, v. WATANABE, *Assistência judiciária e o Juizado de Pequenas Causas*, p. 161-167; e *Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas*, p. 1-7.

⁷ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 379.

implementação de direitos, na medida em que disponibilizou todo um novo aparato institucional e normativo substancial e procedimental.

Esse aparato, com o passar do tempo, foi tornando os direitos sociais cada vez mais exigíveis. Primeiro, houve a edição, na década de 90, de leis regulamentadoras e viabilizadoras da construção de políticas públicas sociais (p.ex. Lei n. 8080/90 – Lei do SUS, e Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes Básicas da Educação). Essas leis, ainda, propiciaram a criação de planos nacionais, com o estabelecimento de metas a serem cumpridas e, portanto, metas aptas a serem exigidas.

Paralelamente à construção das políticas públicas, as duas décadas que se seguiram a 1988 testemunharam a concretização da potencialidade do Poder Judiciário, também reformulado pelo texto constitucional, como protagonista na arena pública. SADEK enfatiza que “modelos institucionais e cartas de direitos fornecem parâmetros”, “são indicadores que delineiam possibilidades”.⁸ O Judiciário brasileiro, alçado em 1988 pelo novo desenho institucional à condição de Poder, estava apto se inserir no debate político. Além de ter sua área de atuação ampliada pela presença de novos direitos individuais e coletivos, teve suas portas abertas por garantias de gratuidade, inafastabilidade e devido processo legal. A “dimensão, a profundidade e o ritmo da efetivação dessas virtualidades”, porém, dependiam “do empenho, da habilidade ou do grau de ativismo de seus integrantes e das reações encontradas por parte das demais instituições e atores”.⁹

O alto grau de visibilidade que as cortes brasileiras atingiram nos últimos anos não deixa dúvidas de que a potencialidade criada pela Constituição de 1988 se tornou uma realidade.¹⁰ Em matéria de

⁸ SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, p. 10.

⁹ SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, p. 10.

¹⁰ “Com efeito, nos últimos anos, tem sido inegável a conversão do virtual, das potencialidades, em fatos de realidade. Muitas políticas públicas têm encontrado ressonância no Judiciário, quer na forma de contestação, quer na de exigência de realização, quer ainda no questionamento de sua execução. Dificilmente se encontrarão áreas de política pública em que não tenham sido notáveis os impactos provocados pela atuação do Judiciário”, SADEK,

implementação de direitos sociais, partiu-se de uma postura reticente, tendente a entender as normas constitucionais como programáticas, e chegou-se a uma situação de acentuado ativismo, que leva a altos índices de justiciabilidade¹¹ e intensa interferência, ainda que randômica e não planejada, em políticas públicas.¹²

Seja pela ampliação do debate na arena essencialmente política (Executivo e Legislativo), seja pela abertura da via adjudicatória (Judiciário), o fato é que as demandas por implementação de direitos se avolumaram e se tornaram cada vez mais complexas. Como aponta Galanter, “justiça não é mais, se um dia chegou a ser, estável e determinada”. Ao contrário, é uma linha “fluida, dinâmica e instável” (tradução livre).¹³ Dentro de uma sociedade com senso de justiça em expansão, - seja pela incorporação de novos direitos, seja por descobertas científicas de novas causalidades e responsabilidades, - cresce proporcionalmente, a sensação (linha) de injustiça. Nesse sentido, segundo o autor, “a busca por justiça é guiada pela produção de injustiça” (tradução livre)¹⁴ e, quanto mais o conhecimento humano se aprimora, mais aumenta expectativa de melhores condições de vida e, conseqüentemente, mais se avança a linha móvel da sensação injustiça. GALANTER, ainda, aponta que outra dimensão da linha móvel da justiça é a incorporação não só de novos direitos, mas de

Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política, p. 23. Sobre o tema, v., ainda, VIEIRA, *Supremocracia*, p. 441 e ss.

¹¹ Nesse sentido, é importante pontuar que a justiciabilidade de um direito sociais não é categoria processual, mas sim requisito para o julgamento favorável do mérito da demanda. Trata-se, portanto, de conceito pertencente ao direito material (v. WATANABE, *Controle jurisdicional de políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*, p. 216).

¹² Para dados federais sobre judicialização da saúde, v. MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Panorama da Judicialização*, disponível em <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acesso em 25/2/2015.

¹³ GALANTER, *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 124.

¹⁴ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 125.

outros grupos sociais minoritários, anteriormente situados à margem da agenda social.¹⁵

O entendimento das linhas da justiça e da injustiça como linhas móveis paralelas implica reconhecer que um aumento de justiça não leva necessariamente à diminuição da sensação injustiça. Essa relação não é inversa e, muitas vezes, em função da intensificação da sensação de injustiça, ocorre a ampliação “simbólica” de direitos, que precede a existência de condições institucionais de concretização e reivindicações.¹⁶ Olhando para o movimento de acesso à justiça brasileiro, é possível verificar uma pressão para o alargamento da linha da justiça, que partiu da luta pelo reconhecimento de direitos básicos, no momento de abertura política (década de 80). Quando da Constituinte, a sensação de injustiça levou, num primeiro momento, à positivação “simbólica” de direitos e criou potencialidades normativas e institucionais de reivindicações. Embora a realidade aponte para a concretização de algumas dessas potencialidades constitucionais, os índices de desigualdade social brasileira ainda nos posicionam longe da linha de justiça em expansão e nos inserem em uma sociedade bastante conflituosa, que luta pela implementação e priorização de direitos.

Nesse contexto de expansão da linha da justiça e de busca pela concretização de promessas constitucionais, esse artigo pretende analisar a litigância judicial do direito social à educação infantil no município de São Paulo, pela lente da dúplici dimensão, substancial e processual, do movimento de acesso à justiça. A pergunta que se procura responder é: a litigância judicial envolvendo o direito à educação infantil no município de São Paulo (i) tem servido como mecanismo de transformação social pela efetivação de direitos (dimensão substancial) e/ou (ii) tem encontrado um Judiciário acessível ao ingresso de conflitos, com as técnicas processuais racionais e adequadas (dimensão procedimental)?

¹⁵ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 125-126.

¹⁶ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 126.

O direito à educação infantil (creche e pré-escola) foi escolhido por preencher as características das bases teóricas já postas. Trata-se de direito social positivado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental (art. 6º, CF) de atendimento prioritário (art. 208, IV e art. 227, CF).¹⁷ Por se tratar de requisito viabilizador do emprego dos genitores, é também constitucionalmente garantido como direito do trabalhador (art. 7º, XXV, CF), possuindo, assim, dupla titularidade. O direito à educação está regulamentado por lei específica (Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes Básicas da Educação) e está inserido no Plano Nacional de Educação do Governo Federal (Lei n. 13.005/2014). Junto com o direito à saúde, ainda, o direito à educação constitui a espécie de direitos sociais de maior índice de justiciabilidade no Judiciário. Trata-se, portanto, de um direito em franco processo de expansão.

O objeto desse artigo é restrito à análise do papel do Judiciário na litigância do direito à educação infantil e, por isso, não abarcará a mobilização social diretamente voltada à pressão dos demais Poderes do Estado para a concretização dos direitos sociais. Embora não se ignore que, muitas vezes, o Judiciário é utilizado como foro político de pressão do Executivo e do Legislativo, por recorte metodológico, essa dimensão não será o foco de análise.

Por fim, foi escolhida a litigância sobre creche e pré-escola no município de São Paulo porque São Paulo é o maior município do país, conta com estrutura social complexa e, portanto, possui movimentos sociais organizados e articulados na defesa do direito à educação infantil. Diante da dimensão do município, ainda, há política pública intrincada e detalhada que é diuturnamente submetida a debate e questionamento judiciais.¹⁸ Finalmente, como se verá abaixo, a litigância judicial do

¹⁷ O processo de expansão do direito à creche depende do julgamento do Agravo de Instrumento nº 761.908/SC, de Relatoria do Min. Fux, que discute a autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Para fins desse estudo, parte-se da premissa da autoaplicabilidade deste direito.

¹⁸ A despeito da política pública desenvolvida, São Paulo não tinha, até agosto de 2015,

direito a creche e pré-escola tem longo histórico e significativa proporção. Permite, assim, uma avaliação mais global das respostas que o sistema de justiça tem dado a essa específica demanda social.

Trata-se de estudo empírico qualitativo, sem pretensões generalizantes, mas que, a partir da análise de caso específico, buscará trazer dados para o melhor conhecimento da realidade (*law in action*) e aprofundamento do debate. O estudo se funda em dados secundários e as fontes utilizadas foram: relatórios oficiais de pesquisa, estudos empíricoacadêmicos, reportagens da grande mídia, website da Prefeitura Municipal de São Paulo, documentos disponibilizados pelos apelantes nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo e acórdãos disponíveis no site do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL: A LITIGÂNCIA SOBRE VAGAS EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

O Plano Nacional de Educação do Governo Federal (Lei n. 13.005/2014), regulamentando normas constitucionais (art. 7º, XXV e art. 208, IV, CF) que reconhecem prioridade absoluta à infância, estabeleceu como meta n. 1 o atendimento, até 2016, de todas as crianças com idade entre 4 a 5 anos em pré-escola e de 50% das crianças de 0 a 3 anos em creches. A cidade de São Paulo, de acordo com o Censo Demográfico IBGE 2010, possuía 710.927 crianças com idade entre 0 a 4 anos.¹⁹ Segundo o Censo Educacional (MEC/INEP), São

Plano Municipal de Educação. V. reportagem de título “Câmara aprova Plano Municipal de Educação de SP sem palavra gênero”, disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/08/camara-aprova-plano-municipal-de-educacao-de-sp-sem-palavra-genero.html>, acessada em 26.9.15.

¹⁹ Censo Demográfico 2010, disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang>

Paulo, em 2012, disponibilizava somente 259.095 vagas em pré-escola, número inferior ao percentual fixado pelo Plano Nacional de Metas.²⁰

Dados do município de São Paulo, de setembro de 2014, indicavam a existência de 225.806 vagas em creches e 203.415 vagas em pré-escola. A lista de crianças esperando vagas contava com de 160.495 inscritos para creche e 12.082, para pré-escola.²¹ Ainda que se leve em conta que os dados são do final do ano e que, portanto, há uma demanda represada das vagas que serão liberadas pela entrada de um percentual considerável dessa população no ensino fundamental, o déficit é muito grande. A criação de vagas não tem ocorrido na proporção do crescimento populacional.

Os números refletem uma situação permanente de violação do direito de milhares de crianças ao ensino e o direito de milhares de mães e pais à assistência ao trabalho. Mostram, ainda, como se verá abaixo, que grande parte dos afetados, por razão déficit informacional, educacional e/ou cultural, não reconhece sua situação de sujeito de direitos violados ou, se a reconhece, não busca o aparato administrativo ou judicial do Estado para sua concretização.²² Há, porém, uma parcela da população que, informada sobre seus direitos, rompe as barreiras ao exercício da cidadania e busca tutela no sistema de justiça.

Nesse sentido, é possível identificar duas formas de encaminhamentos judiciais do conflito envolvendo o déficit de vagas em creche e pré-escola no município de São Paulo: a individual e a coletiva. Há a propositura de milhares de demandas buscando a garantia

=&codmun=355030&idtema=1&search=sao-paulo|sao-paulo|censo-demografico-2010:-sinopse-, acesso em 23.2.2015.

²⁰ Censo Educacional 2012, disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=355030&idtema=117&search=sao-paulo|sao-paulo|ensino-matriculas-docentes-e-rede-escolar-2012>, acesso em 23.2.2015.

²¹ Dados da Secretaria Municipal da Educação, consultados no site: <http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/anonimo/demanda.aspx>, em 26.9.2015.

²² Sobre a pirâmide de disputas e as suas camadas (violação de direitos, percepção de violação, responsabilização de terceiro, pretensão e ação judicial, v. FELSTINER, ABEK e SARAT, *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming*, p. 631 e ss.

do direito individual dos seus autores à vaga em creche. A ilustrar a dimensão da litigância individual, somente a Defensoria Pública de São Paulo, - órgão criado em São Paulo em 2006, com atribuição constitucional de proteção dos economicamente hipossuficientes, - foi procurada por cerca de 8.000 famílias que buscavam vagas em creche para seus filhos no ano de 2013.²³ São cerca de 55 novos casos por dia. A Secretaria Municipal de Educação recebeu, em 2014, 14.040 ordens judiciais para matrícula de crianças em creches.²⁴ Trata-se de litigância repetitiva de massa, um fenômeno crescente no Judiciário brasileiro, caracterizado por demandas fracionadas e atomizadas, representativas de parcela um macro conflito social.

Paralelamente às demandas individuais, há a litigância coletiva, voltada à discussão, na arena judicial, da política pública municipal de educação infantil. A litigância coletiva sobre direito à educação infantil inicia-se em São Paulo ainda na década de 1990, com a propositura de ações civis públicas pelo Ministério Público.²⁵ Esses primeiros anos de experiência revelaram um padrão decisório do Judiciário Paulista muito mais propício ao acolhimento de demandas individuais (p.ex. pedido de vaga em creche) ou mesmo de demandas coletivas voltadas à concessão de tutelas jurisdicionais clássicas (p. ex. vedação à cobrança de taxas ou proibição de extinção de classes). Nesses casos, o conflito pode ser equacionado pela moldura processual tradicional bilateral

²³ Dados informados pelo site G1 (Globo), em reportagem de título “*Mais de 6 mil procuram Defensoria Pública para pedir vaga em creche*” disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/mais-de-6-mil-procuram-defensoria-publica-para-pedir-vaga-em-creche.html>.

²⁴ Dados informados pelo site R7 (Record), em reportagem de título “*55 famílias procuram a Defensoria Pública de SP por dia para conseguir uma vaga em creche*” disponível em: <http://noticias.r7.com/educacao/55-familias-procuram-a-defensoria-publica-de-sp-por-dia-para-conseguir-uma-vaga-em-creche-26012015>

²⁵ MARINHO identificou 36 ações civis públicas propostas e transitadas em julgado pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente da Capital, entre 1996 e 2005, 15 delas com pedidos envolvendo direitos difusos, *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional*, p. 59-67.

(Caio X Tício), com provimentos voltados a restaurar situações passadas. Em casos em que o Judiciário teve que enfrentar conflitos efetivamente plurilaterais, com pedidos de provimentos futuros, buscando a alteração da realidade social, constatou-se a presença de vários entraves jurídico-processuais, institucionais e culturais, que muitas vezes e, por muito tempo, culminaram com a extinção reiterada de processos, sob o argumento da impossibilidade jurídica do pedido por discricionariedade administrativa.²⁶

Tendo em vista o padrão decisório identificado, é clara a mudança de estratégia pelo MP, que passa a propor ações civis públicas não mais voltadas à tutela de interesses difusos (pedidos de condenação a que o Município fosse obrigado a matricular todas as crianças inscritas em suas listas), mas sim à tutela de interesses individuais homogêneos fracionados e previamente identificados (matrícula de crianças constantes de rol anexado à inicial).²⁷ Embora essa nova estratégia tenha recebido melhor acolhida do Judiciário, na medida em que mais próxima do modelo tradicional de resposta comutativa, sua eficácia era bastante limitada. Até o rito procedimental chegar à fase de cumprimento das decisões judiciais, muitas crianças listadas já haviam ultrapassado a idade da matrícula em creche e pré-escola. Em decorrência da constatação da ineficácia da nova estratégia, o MP buscou lidar com a questão pela assinatura de termos de ajustamento de condutas. Em 2005, em especial, foi assinado termo de ajustamento de conduta no qual o Município se comprometia a criar 15.000 novas vagas em creche por ano. Esse TAC vigeu até 2009, quando, por

²⁶ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 13. RIZZI, Ester e XIMENES, Salomão. *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*, p. 119.

²⁷ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 59-67.

negativa da Prefeitura em discutir critérios de qualidade na educação, não foi renovado.

Após decisões paradigmáticas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, contudo, a postura do Judiciário Paulista começa a mudar e se tornar mais progressista.²⁸ A instituição começa

²⁸ Em parecer, GOTTI e XIMENES, sustentam que: “O cenário jurisprudencial começa a se consolidar a partir de 2005, com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) provocadas por Recursos Extraordinários do MP contra decisões do TJSP que negavam exigibilidade jurídica ao direito à educação infantil com base nos argumentos acima elencados. Tais decisões do STF extrapolam, por seu caráter paradigmático e simbólico, o tema específico da educação infantil, sendo hoje reconhecidas como importantes precedentes no tratamento judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral. Além de reconhecer a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil, em tais decisões o STF declara expressamente que cabe ao Judiciário atuar subsidiariamente na garantia dos direitos fundamentais sociais, determinando que sejam assegurados sempre que comprovada a omissão dos demais poderes. Nessas decisões e nas que se seguiram reiteradamente, o STF define a educação infantil como “prerrogativa constitucional indisponível”, cuja exigibilidade decorre do próprio texto constitucional e impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola. Interpretou de forma bastante restritiva a chamada “cláusula de reserva do possível” amplamente alegada em ações contra o Poder Público -, reconhecendo como única possibilidade de adiamento da aplicação do direito à educação infantil a hipótese de comprovação objetiva, por parte do gestor público, de que todas as iniciativas ao seu alcance foram tomadas, com a aplicação do máximo de recursos disponíveis (*Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*, Opinião Legal extraída dos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo). No referido parecer, foram citadas as seguintes decisões do STF: Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário n. 410715-5/SP e n. 436.996, do Município de Santo André, relatado pelo Min. Celso de Mello, nos quais a Segunda Turma confirmou decisão monocrática desse ministro em favor do recurso do Ministério Público. Outros casos, com o mesmo posicionamento, alguns deles confirmando acórdãos do TJSP: RE 463.210- AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgamento em 06/12/2005, DJ em 03/02/2006. RE 431.916-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 25/04/2006, DJ em 19/05/2006. RE 469.819 AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2006, DJ em 06/10/2006. RE 465.066 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 13/12/2006, DJ em 16/02/2007. RE 384.201 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2007, DJ em 03/08/2007. RE 595595 AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 28/04/2009, DJ em 28/05/2009. RE592.937 AgR/SC, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/05/2009, Publicação em 04/06/2009. AI 592.075 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 19/05/2009, DJ em 04/06/2009. RE 554.075 AgR/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 30/06/2009, DJ em 20/08/2009.

a se enxergar como arena legítima para o debate da política pública educacional, em casos coletivos, adicionando, dessa forma, maior grau de justiciabilidade ao direito à educação, em convergência com a narrativa histórica de expansão de direitos acima descrita. Entretanto, no tocante às demandas envolvendo interesses difusos, ainda apresenta postura indefinida e dificuldade no tratamento de questões envolvendo justiça distributiva,²⁹ tanto no tocante ao equacionamento do conflito (processo de conhecimento), quando no momento da efetivação da decisão judicial (cumprimento da sentença).

Após rever vários estudos acadêmicos sobre o tema, Gotti e Ximenes, em parecer exarado nos autos da Apelação 0150735-64.2008.8.26.0002 da Comarca de São Paulo, sustentam a existência atual do seguinte padrão decisório nos Tribunais paulistas, a respeito da educação infantil:

- a) os pedidos judiciais englobando direito individual à matrícula em instituições de educação infantil normalmente são deferidos, sendo que após 2006 o estudo constata que 100% dessas ações tiveram resultado favorável aos autores;
- b) as ações judiciais coletivas que requerem um número preciso de vagas (direitos individuais homogêneos) também são normalmente deferidas;
- c) não há posição pacífica quanto às ações judiciais coletivas e difusas, que veiculam interesses relacionados não a uma lista específica e limitada de crianças, mas à matrícula de todas as demandantes atuais em determinada região ou todas as potenciais e futuras demandantes;
- d) as ações coletivas que veiculam pedidos relacionados à construção de unidades de educação ou ampliação física da rede são normalmente rejeitadas, sob o argumento de interferência na esfera de discricionariedade administrativa;
- e) as ações coletivas que buscam tutelas específicas em políticas públicas, requerendo plano de expansão e previsão de destinação

²⁹ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 16-17.

orçamentária, sofrem grande resistência no Judiciário, mesmo que o TJSP reconheça a possibilidade jurídica de tais pedidos.³⁰

O novo padrão decisório do Judiciário, além de influenciado por decisões do STF envolvendo direitos sociais, é impactado pelo surgimento de novos atores, em meados dos anos 2000. Nesse período, os movimentos sociais mais articulados e fortalecidos começam a ver no Judiciário uma arena a ser conquistado. A litigância estratégica coletiva começa a ganhar força, com destaque para a criação, pela ONG Ação Educativa, do Programa Ação na Justiça, cujo objetivo era desenvolver uma litigância estratégica voltada à “além da atuação judicial propriamente dita”, promover “o aprofundamento e difusão” da justiciabilidade do direito à educação sob a perspectiva dos direitos humanos, “nos campos jurídico e educacional; a participação no debate público; a mobilização pela ampliação das garantias materiais e processuais relacionadas aos direitos sociais e a formação e mobilização de defensores populares do direito à educação. Em sua estratégia de litigância, procura fortalecer a articulação com redes de defesa e promoção de direitos humanos e educacionais”.³¹

No final de 2007, o programa levou à criação do Movimento Creche Para Todos, integrado por entidades da sociedade civil e movimentos sociais comprometidos com a defesa da causa da educação infantil. Em 2012, ainda, surgiu o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI), formado pela Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo; pelo Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC) do Ministério Público do Estado de São Paulo;

³⁰ GOTTI e XIMENES, *Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*, Opinião Legal extraída dos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo.

³¹ RIZZI e XIMENES, *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*, p. 105.

por Rubens Naves, Santos Jr e Hesketh – Escritórios Associados de Advocacia; e pelo Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo. Com litigância estratégica complexa, o Movimento Creche Para Todos, articulado com o GTIEI, vem questionando judicialmente não só o déficit de vagas, mas a qualidade do ensino público e o nível de investimento do municipal em educação infantil. Trata-se de exemplo concreto de expansão da linha da justiça pela inclusão de novas dimensões do direito e de novos grupos sociais à litigância coletiva (GALANTER).³² Dentro da estratégia, há destaque para a propositura de várias ações civis públicas e a assinatura de termos de ajustamento de condutas, buscando implementação de direitos e a impetração de alguns mandados de segurança, objetivando acesso e transparência nos dados públicos.³³

Um dos ápices dessa litigância foi o julgamento, em 2013, da Apelação nº 0150735- 64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, oriunda de demanda proposta pela Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação, pelo Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares, pela Casa dos Meninos, pelo Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo e pela Associação Internacional à Humanidade Jardim Emílio Carlos e Irene, todos integrantes do Movimento Creche para Todos, em face do Município de São Paulo. O processamento do recurso, - que também contou com a participação próxima do GTIEI e, assim, dos órgãos do sistema de justiça responsáveis pela tutela do direito à educação infantil (Ministério Público e da Defensoria Pública estaduais), - levou à realização da primeira audiência pública da história do Tribunal de Justiça³⁴ e, após

³² GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 125-126.

³³ RIZZI e XIMENES, Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas, p. 116.

³⁴ Informação disponível no site oficial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em reportagem de título “TJSP inicia audiência pública sobre vagas na educação infantil da Capital”, disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19610>, acessado em 23.2.2015.

tentativa de conciliação infrutífera, culminou com a condenação do réu à entre os anos de 2014 e 2016, a: (i) criar, no mínimo, 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade; (ii) incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada, (iii) apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação. A decisão, paradigmática, determinou a vinculação do Município ao cumprimento do seu próprio plano de metas e teve repercussão social relevante.³⁵ O acórdão não transitou em julgado, pois houve interposição de recursos especiais e extraordinários,³⁶ pendentes de julgamento. Há, porém, execução provisória em andamento, uma vez que o efeito suspensivo aos recursos pleiteado pela Municipalidade, foi negado.³⁷

Uma característica importante da decisão do TJ/SP é ter rompido com o padrão decisório anteriormente mencionado e, para além da fixação numérica de vagas a serem criadas, fixou a obrigação

³⁵ Reportagem de título “*Justiça condena Prefeitura de São Paulo a criar 150.000 vagas de educação infantil*”, disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/justica-condena-preitura-de-sao-paulo-a-criar-150000-vagas-em-creches>, acesso em 12.4.2015; reportagem de título “*Prefeitura de SP deverá oferecer 150 mil vagas em educação infantil*”, disponível em <http://jornalgnn.com.br/blog/centro-de-referencias-em-educacao-integral/prefeitura-de-sp-devera-oferecer-150-mil-vagas-em-educacao-infantil>, acesso em 12.4.2015; reportagem de título “*TJ manda Prefeitura de SP criar 150 mil vagas em educação infantil até 2016*”, disponível em <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,tj-manda-prefeitura-de-sp-criar-150-mil-vagas-em-educacao-infantil-ate-2016,1109277>, acesso em 12.4.2015; e reportagem de título “*Prefeitura de SP é condenada a abrir 150 mil vagas na educação infantil*”, disponível em <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/12/16/prefeitura-de-sp-e-condenada-a-abrir-150-mil-vagas-na-educacao-infantil.htm>, acessadas em 23.2.2015.

³⁶ O recurso especial foi sobrestado para aguardar o julgamento do AI 761.908/SC, que como visto na nota 17, teve repercussão geral reconhecida e irá decidir sobre a autoaplicabilidade do art. 208, IV, CF.

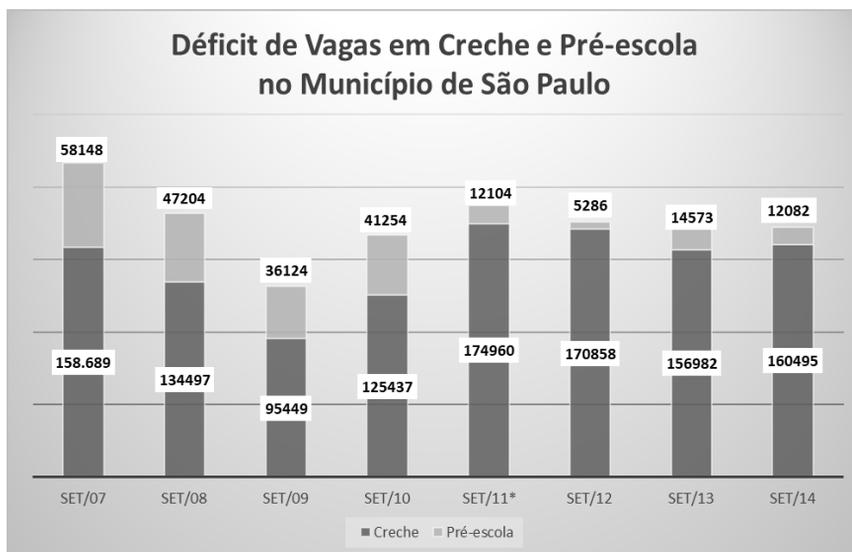
³⁷ Inicialmente, houve a concessão de efeito suspensivo a um dos recursos, mas essa decisão foi revista em 15.9.2015 (Medidas Cautelares Incidentais nº 0150735-64.2008.8.26.0002/50000 e nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50001, Rel. Des. Eros Piceli).

de o município apresentar plano de expansão de vagas, dentro de critérios de qualidade, estabelecidos pelo Conselho Nacional de Educação e pelo Conselho Municipal de Educação. Foi designada, ainda, a Coordenadoria de Infância e Juventude, órgão interno do Tribunal de Justiça, para acompanhar o cumprimento provisório da sentença. Para assessorar a Coordenadoria, foi criado um Comitê de Monitoramento da execução, composto por parcela das instituições envolvidas com a causa.³⁸ O Comitê se reúne periodicamente para o acompanhamento da execução. A Prefeitura, por sua vez, tem se reunido com o Comitê e a Coordenadoria e apresentando relatórios de implementação do plano de expansão de vagas em educação infantil. Há notícias, nos autos das Medidas Cautelares Incidentais nº 0150735-64.2008.8.26.0002/50000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que o referido plano está sendo cumprido.

O relato de parcial cumprimento da condenação, porém, ainda não se refletiu nos dados oficiais. O site da Prefeitura Municipal de São Paulo publica dados até setembro de 2014, que, conforme demonstra o gráfico abaixo, indicam que toda a intervenção judicial relatada não foi capaz de alterar a situação de déficit de vagas, principalmente em creche, no município de São Paulo. As variações ocorridas no período são:

³⁸ Compõem o Comitê de Monitoramento da execução: Ação Educativa; Associação Comunidade Ativa Vila Clara; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Fórum Municipal de Educação Infantil; Fórum Paulista de Educação Infantil; Grupo de Atuação Especial de Educação do MPSP (GEDUC); Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo; Hesketh Advogados, Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; NEGRI – Núcleo de Estudos de gênero, raça e idade; Rubens Naves Santos Junior – Advogados.

Tabela 1 - Secretaria Municipal de Educação³⁹



Nota: Em 2011, houve um reagrupamento dos dados e parcela da demanda de pré-escola foi deslocada para creche.

Diante do cenário acima descrito, passa-se à análise da litigância individual e coletiva sobre educação infantil em São Paulo, respectivamente, para buscar responder às perguntas propostas.

A LITIGÂNCIA INDIVIDUAL

Sob a perspectiva procedimental, o acesso individual à justiça das crianças (e genitores) que não tiveram vagas em creches e pré-escolas fornecidas pelo município é bastante restrito. Partindo do número oficial da Secretaria Municipal de Educação, de que havia

³⁹ Dados da Secretaria Municipal da Educação, consultados no site: <http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/anonimo/demanda.aspx>, em 26.9.2015.

mais de 160 mil crianças na fila de espera para vaga em creche em setembro de 2014, o montante de 14.040 determinações judiciais de inclusão recebidos pelo município representa cerca de 7,73% dessa litigância. A maior parte das crianças (e genitores) prejudicadas pela omissão do município se perde dentro da pirâmide da litigância, pois não conhece seus direitos ou os responsáveis por sua violação, não conhece instituições hábeis a fazê-los valer judicialmente e, por esse motivo, não chega às vias judiciais. Embora o direito, em tese (*law in the books*), garanta a possibilidade de acesso individual ao Judiciário como um direito fundamental de todos (art. 5º, inciso XXXV, CF), óbices informacionais, jurídicos e sociais (*law in action*) impedem o significativo tratamento do macro lide de déficit de vagas em creches e pré-escolas sob a perspectiva individual e atomizada.

O tratamento individualizado pelo Judiciário, porém, tem como característica maior efetividade na concretização do direito social do autor. O padrão de litigância do Judiciário acima descrito aponta para o acolhimento do pedido dos autores (processo de conhecimento) em praticamente todos os casos e para o cumprimento das decisões pelo Poder Público (*enforcement*), embora não necessariamente imediato, em função da necessidade de aguardar o surgimento de uma vaga⁴⁰. De fato, o Judiciário está acostumado com o enquadramento jurídico retrospectivo e com a moldura bilateral “credor-devedor” utilizados nas demandas individuais. Sob o ponto de vista do autor que consegue chegar ao topo da pirâmide da litigância (acesso à justiça procedimental), portanto, a judicialização da educação é bem eficiente

⁴⁰ Ainda que a efetivação do direito à creche não seja imediata, o direito judicialmente reconhecido tem maior índice de efetividade que as decisões coletivas. Nesse sentido, o então Secretário Municipal de Educação, afirmou na audiência pública realizada nos autos da Apelação nº 0150735- 64.2008.8.26.0002 que, em 2013, 12.073 crianças haviam conseguido vagas em creche em São Paulo, por via de decisões judiciais. Reportagem de título “Em SP, 12 mil conseguiram vaga em creche por ordem judicial em 2013”, disponível em <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/em-sp-12-mil-vagas-em-creches-foram-preenchidas-por-ordem-judicial.htm>, acessada em 26.9.15.

e implementadora de (acesso à) justiça substancial. Por esse ângulo, a judicialização da educação pode ser vista como um importante mecanismo garantidor de direitos às classes populares e um passo à frente na expansão da linha da justiça.

A despeito de garantir o direito subjetivo do autor, porém, a estrutura da litigância processual individual traz efeitos perversos ao macro conflito. As múltiplas decisões concessivas de direitos sociais interferem no planejamento e execução da política pública em curso, na medida em que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais. As demandas individuais são reducionistas por essência⁴¹ e não permitem a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor. Isso significa a prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, que não levam em conta a necessidade de universalização do direito social à creche e pré-escola. Logo, as demandas individuais têm apresentado pequeno potencial transformador da realidade social macro (acesso à justiça substancial).

Ao permitir que aqueles que ajuizaram demandas tenham suas vagas garantidas, ainda, as demandas individuais institucionalizaram a prática do chamado “fura fila”, consistente na alteração da ordem da lista oficial. Elas não têm sido capazes, porém, de criar pressão ou desconforto suficiente no Poder Executivo para a modificação da política pública educacional e pela redução do déficit de vagas (vide dados acima). Há mera mudança de posição na lista em favor de indivíduos que, se por um lado devem ter seus direitos garantidos, por outro lado, estão na mesma condição jurídica e, às vezes, em melhores condições sociais, que aqueles que são deixados para trás.⁴²

⁴¹ SALLES, *Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil*, p. 790.

⁴² Segundo o ex-Secretário Municipal de Educação, a Prefeitura adota cotas sociais para a composição da lista. A cada dez matrículas, duas são de crianças que pertencem a famílias consideradas de “extrema pobreza”, assim entendidas aquelas que, com base no Cadastro Único do governo federal, têm renda familiar per capita de até R\$ 70,00, dado constante de

Em última análise, diante do desenho institucional e da dinâmica de funcionamento do Judiciário brasileiro, chega-se a uma situação paradoxal trágica: o tratamento judicial individualizado da litigância sobre educação infantil é restrito a parcela ínfima do conflito (acesso à justiça procedimental), porém, é qualificadamente eficiente na garantia de direitos. Sob a perspectiva do acesso à justiça substancial, porém, não tem potencial de resolução do macro lide e acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito à creche e pré-escola somente àquele que consegue ultrapassar as barreiras do acesso à justiça procedimental. Logo, para fazer cumprir os mandamentos constitucionais de igualdade de alguns (direitos sociais), o Poder Judiciário, no tratamento individualizados de demandas, acaba se transformando em gerador de desigualdades sociais.⁴³

A LITIGÂNCIA COLETIVA

A litigância coletiva tem potencial para superar os problemas identificados na litigância individual. Primeiro, o processo coletivo possibilita o ingresso de todo conflito social perante o Judiciário. Ele traz a complexidade e as contradições sociais para equacionamento, ele permite a análise de toda política pública *sub judice* e suas limitações estruturais e orçamentárias e, destarte, permite uma decisão mais completa, rente à realidade, com maior legitimidade política. Por esses motivos, em tese, o processo coletivo é o único que viabiliza o que FISS chama de *reforma estrutural*, ou seja, um tipo de adjudicação distinto,

reportagem de título “Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365%”, do site O Estadão, disponível em <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sentencas-judiciais-exigindo-creches-aumentam-365,1560747>, acesso em 12.4.2015.

⁴³ Sob a perspectiva de gestão processual, ainda, a existência de milhares de demandas tratando do mesmo tema é ineficiente e contraproducente e representa desperdício recursos humanos e material.

caracterizado pelo embate com a burocracia estatal e pela assunção da premissa de que valores constitucionais não podem ser assegurados sem que sejam realizadas mudanças básicas nos arranjos institucionais e nas organizações sociais.⁴⁴

Os processos coletivos, ainda, teoricamente permitem um maior equilíbrio de forças entre os litigantes, pois transformam o processo em um embate entre litigantes habituais, que Galanter denomina de *repeat players*. Os *repeat players* são tipos ideais criados pelo autor que, por já terem participado do jogo da litigância, antevêm-na e, a partir daí, traçam estratégias de atuação pela avaliação dos riscos. Galanter enumera as seguintes vantagens dos *repeat players* na litigância: (i) o *repeat player* tem conhecimento prévio acumulado e, portanto, é capaz planejar seus movimentos e transações futuros; (ii) os *repeat players* têm acesso à especialistas, ao mesmo tempo em que diminuem seus custos porque trabalham em economia de escala; (iii) como trabalham em escala, os *repeat players* podem adotar o que o autor chama de estratégia minimax (eles podem maximizar ganhos a longo prazo, ainda que isto implique perda total em alguns casos); (iv) os *repeat players*, por sua proximidade com as instituições, têm maior facilidade em desenvolver mecanismos informais facilitadores de obtenção de vantagens por funcionários oficiais; (v) o *repeat player* têm uma reputação de “combatente” a manter, a partir da qual têm em seu favor reconhecido o respeito como negociador; (vi) os *repeat players* podem, por fim, disputar as regras da litigância, pois, ao contrário dos litigantes ocasionais (*one-shooter*), - que buscam resultados pessoais tangíveis em cada demanda, - os *repeat players* geralmente têm por objetivo a formação de uma jurisprudência favorável, que o beneficie em casos futuros. É possível para eles adotar estratégias como acordar casos com pequena chance de êxito e insistir em demandas mais faticamente

⁴⁴ FISS, *As formas de justiça*, p. 27.

favoráveis ao reconhecimento do fundamento jurídico que quer ver reconhecido pelo sistema de justiça.⁴⁵

A litigância coletiva no caso creche é um caso evidente de embate entre *repeat players*, ou seja, luta entre entes de igual envergadura (Golias X Golias). Não há dúvida de que o réu Poder Público municipal tem todas as características descritas por Galanter. Ele encontra-se há anos na litigância sobre direitos sociais, com evidente conhecimento acumulado. Possui departamento específico para a defesa de mandados de segurança e ações coletivas ajuizadas em face do município,⁴⁶ podendo trabalhar em escala. Em função da existência de juízos especializados para o julgamento de processos contra o Poder Público (Varas da Fazenda Pública), os procuradores municipais têm relação próxima e natural de convivência com a burocracia judicial. É um combatente respeitado, até mesmo porque é a encarnação da noção de interesse público e, sem dúvida, busca formação de jurisprudência favorável.

De fato, até meados da década de 2000, o Poder Público tirou proveito das vantagens que sua condição de *repeat player* lhe forneceu e teve êxito em manter um padrão decisório conservador e desfavorável à justiciabilidade coletiva do direito à educação infantil. Como visto acima, a tendência era a extinção de demandas coletivas, sem julgamento do mérito, por atentado à discricionariedade administrativa. Era utilizada técnica processual de filtragem de demandas (a condições da ação impossibilidade jurídica do pedido) para a impedir a apreciação (acesso à justiça procedimental) do conflito social pelo Judiciário.

⁴⁵ Os litigantes ocasionais (*one-shooters*) não têm essas vantagens. Não são estruturados e suas demandas são geralmente únicas. Exatamente por isso, tem dificuldade em traçar estratégias, na medida em que seu espaço para negociação é diminuto. Buscam resultados concretos e não se preocupam com a formação de jurisprudência, GALANTER, *Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change*, p. 4- 6.

⁴⁶ JUD 3, segundo site oficial da Prefeitura, inserida dentro da estrutura da Procuradoria do Município, http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/negocios_juridicos/procuradoria_geral/index.php?p=348, acesso em 27.2.2015.

O Ministério Público que, como se verá abaixo, também é um *repeat player*, não conseguiu, até a década de 90, a despeito das várias estratégias empregadas, alterar a postura restritiva à judicialização coletiva do Judiciário Paulista. A partir de 2005, o MP Paulista, porém, consegue importantes vitórias no órgão de vértice da estrutura judiciária brasileira (STF), o que exerce uma verticalizada e significativa influência no então vigente padrão decisório judiciário paulista. Paralelamente a isso, aparecem novos *repeat players* na litigância coletiva. O Programa Ação na Justiça da ONG Ação educativa é lançado em 2004; Defensoria Pública Paulista é instituída em 2006; em 2007, há a criação do Movimento Creche para Todos e; em 2012, é formado o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI). Há um movimento de articulação e fortalecimento dos entes processualmente legitimados, segundo a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), para a litigância coletiva dos direitos sociais relacionados à educação infantil.

Individualmente, cada um desses legitimados é um *repeat player*. O Ministério Público tem a expertise da extensa litigância coletiva anterior. A Defensoria Pública rapidamente se torna responsável pelo ajuizamento de milhares de demandas individuais buscando vagas em creche e pré-escola, o que lhe dá um contato privilegiado com conflito. As associações civis, por fim, por derivarem dos movimentos sociais envolvidos com a militância política em prol do direito à educação, talvez sejam os entes mais experientes para a construção de soluções viáveis e rentes à realidade. Além de experiência acumulada, esses *repeat players* possuem em seus quadros pessoas com formação acadêmica especializada em direito à educação e judicialização de políticas, o que permite diagnósticos precisos e criação de inúmeras e diversificadas estratégias inovadoras de atuação judicial, todas voltadas a conseguir ganhos jurisprudenciais pela alteração de padrão decisório.⁴⁷ Vários

⁴⁷ V. GOTTI e XIMENES, *Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município*

dos entes mencionados possuem, ainda, proximidade com a justiça, o que acaba por neutralizar vantagens do *repeat player* passivo.

A união de *repeat players* legitimados à defesa judicial coletiva teve o condão de equilibrar o jogo e pressionar o Judiciário Paulista a, em alguns casos, modificar do padrão decisório até então adotado, conseguindo algum avanço no reconhecimento judicial do direito à educação infantil. De fato, ainda que paulatinamente, a porta de acesso do Judiciário começa a se abrir para a litigância coletiva do direito à educação (acesso à justiça procedimental). Uma vez ingresso o conflito, porém, evidencia-se uma extrema dificuldade do Judiciário Paulista em lidar com questões de justiça distributiva (conflitos plurilaterais) em um modelo processual tradicional, liberal e individualista, desenhado para resolver questões de justiça comutativa.

As decisões judiciais em processos coletivos ainda seguem a lógica adjudicatória e os juízes encontram dificuldades em adotar uma postura menos imperativa e mais mediadora de conflitos sociais. Como consequência, há a prolação de decisões simbolicamente importantes, porém com pouco potencial de alteração da realidade social.⁴⁸ No caso paulistano, embora seja identificado uma sensível alteração do padrão de decisão do Poder Judiciário, que começou a, em alguns casos, apreciar demandas coletivas voltadas à discussão da política pública da educação infantil, essa intervenção judicial não tem sido capaz, até agora, de alterar o estado de coisas e a situação de déficit de vagas em creche no município permanece, como visto acima. A litigância

de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa. Opinião Legal extraída dos autos da Apelação 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo) (2007 a 2012).

⁴⁸ A cidade de Santo André, em relação a qual foi prolatada a paradigmática decisão do STF (410715-5/SP) em 2006 que permitia o controle judicial da política pública da educação infantil e que foi determinante para a alteração do padrão de litigância coletiva do Judiciário, ainda em 2013, sofria com a falta de vagas em creche. v. reportagem de título “Santo André irá criar 3.190 vagas em creche”, Diário do Grande ABC, disponível em <http://www.dgabc.com.br/Noticia/460415/sto-andre-ira-criar-3-190-vagas-na-educacao-infantil>, acesso em 12.4.2015.

coletiva até agora realizada não gerou o incremento do acesso à justiça substancial pela absorção integral da coletividade beneficiada pelo direito à creche e pré-escola no município.

É verdade, porém, que a litigância estratégica coletiva dos direitos sociais ainda tem história recente no Judiciário brasileiro e, por isso, apresenta espaço de ampliação e aprimoramento. Nesse sentido, a decisão prolatada na Apelação nº 0150735- 64.2008.8.26.0002 parece representar outra importante clivagem no padrão de julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo. Houve a busca pelo incremento da legitimidade política e da qualidade da decisão, via a ampliação do espaço de debate pela realização da paradigmática audiência pública que, de fato, permitiu a participação da sociedade. Houve, ainda, sensível alteração da postura dos julgadores diante do conflito, seja pela realização de tentativa séria de conciliação dos interesses em jogo, seja pelo teor da decisão, claramente preocupada com a manutenção do espaço necessário de discricionariedade administrativa do Poder Público (pela apresentação de planos e cronogramas próprios de execução das metas traçadas) e, principalmente, preocupada em estabelecer reais condições de eficácia (executoriedade) do provimento jurisdicional prolatado (pela criação de Comitê heterogêneo de acompanhamento da execução). Embora não traduzida ainda nos números oficiais, há notícia, ainda de que a Municipalidade estaria cumprindo o plano de expansão inicialmente estabelecido na execução provisória.

O desenrolar dessa litigância estratégica, que ainda depende do reconhecimento da autoaplicabilidade do direito à creche (art. 208, IV, CF) e da confirmação da decisão prolatada na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 pelos Tribunais de vértice do nosso Judiciário, pode trazer elementos importantes para reflexão sobre os reais potencialidade de a arena judicial funcionar como transformadora da realidade social brasileira e garantir efetivo acesso à justiça.

CONCLUSÕES

Este artigo buscou responder à seguinte pergunta: a litigância judicial envolvendo o direito à educação infantil no município de São Paulo (i) tem servido como mecanismo de transformação social pela efetivação de direitos (dimensão substancial) e/ou (ii) tem encontrado um Judiciário acessível ao ingresso de conflitos, com as técnicas processuais racionais e adequadas (dimensão procedimental)?

A análise do caso creche e pré-escola, ainda em andamento e em processo de expansão, permite-nos concluir que, no tocante ao direito à educação infantil no município de São Paulo, o amplo acesso à justiça, em ambas as suas acepções, é, por enquanto, mais uma promessa (potencial) que uma realidade.⁴⁹

Sob a *dimensão processual*, o acesso individual ao Judiciário é pequeno, se comparado ao tamanho do macro conflito. A maior parte dos lesados pela falta de vagas se perde durante a ascensão na pirâmide da litigância e não chega a propor suas demandas. É certo que, uma vez ajuizada a demanda individual, o Judiciário Paulista tem oferecido *técnica processual adequada* ao indivíduo, na medida em que, reconhecido o direito à creche e pré-escola, suas ordens de inclusão de crianças têm, como regra, sido cumpridas pelo Município, ainda que não imediatamente. Essas decisões individuais, porém, por serem randômicas, atomizadas e *não racionalizadas ou planejadas*, não têm impactado na diminuição do déficit de vagas em creche no município

⁴⁹ Segundo GALANTER, os sistemas de justiça “das democracias modernas são desenhados de tal forma que, se todos que tenham uma demanda legítima a invocassem, o sistema entraria em colapso. A viabilidade desses sistemas depende, assim: (a) da eficácia dos “efeitos gerais”, ou seja, do controle exercido sobre comunicação e informação mais que do efetivo *enforcement*; (b) da disponibilidade de procuradores informais para a ação legal, e, finalmente; (c) da apatia, da ignorância e das barreiras financeiras e culturais que inibem a assertiva pela busca de direitos. Esses sistemas são inerentemente totêmicos ou simbólicos – regras existem para serem celebradas e adoradas, não para serem aplicadas em todas as instâncias que elas presumidamente cobrem”, *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 119 (tradução livre).

e, portanto, não tem sido fator de transformação social pela efetivação do direito à educação infantil (*dimensão substancial*).

O *acesso coletivo*, por sua vez, ainda encontra resistência pelo Judiciário Paulista. Embora seja possível identificar uma tendência judicial ampliadora do conhecimento de pretensões coletivas envolvendo as políticas públicas educacionais, o Judiciário Paulista muitas vezes resiste, pela adoção de argumentos “escudos” como o da discricionariedade administrativa, à apreciação de pedidos voltados à tutela, especialmente, de interesses essencialmente difusos. Nos casos em que as pretensões transindividuais ingressam no Judiciário, muitas vezes encontram *técnicas processuais inadequadas*, obsoletas e essencialmente adjudicatórias, bem como um Judiciário não preparado para o equacionamento de demandas de natureza distributiva. Logo, sob a *dimensão processual* (*ingresso, adequação e racionalidade*), a litigância processual coletiva sobre educação infantil ainda não encontra um Judiciário plenamente acessível. É digna de nota, porém, a experiência ainda em andamento da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, que sinaliza um processo de amadurecimento do Judiciário Paulista para lidar com demandas voltadas à discussão de políticas públicas, seja pela ampliação democrática do debate, seja pela adoção de postura mais mediadora.

Sob a *dimensão substancial*, a litigância coletiva também não tem sido apta a propiciar a *transformação social pela efetivação do direito à educação*. Como visto acima, o número de crianças que busca vaga em creche em São Paulo ainda é enorme. O sistema de justiça, no caso analisado, permanece na procura por caminhos de articulação e aprimoramento para a concretização da promessa de acesso à justiça e efetivação desse específico direito social.⁵⁰⁴⁷

⁵⁰ Sobre o acesso como promessa e forma de manutenção de estruturas de dominação, v. LAURIS, *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*, p. 101-104.

A constatação de que a litigância sobre direito à creche e pré-escola em São Paulo não apresentou resultados substanciais, até agora, na efetivação do direito universal à educação infantil, contudo, não significa dizer que ela não tenha gerado outros impactos sociais relevantes. Não há como negar que as decisões judiciais (individuais e coletivas) representam um avanço na linha de acesso à justiça, no sentido do reconhecimento da exigibilidade do direito à educação infantil. Esse avanço tem efeito simbólico importantíssimo. O crescente reconhecimento judicial do direito à educação como um direito individual e coletivamente justiciável e, portanto, exigível em face do Estado, traz impactos jurídicos e sociais que vão além da resolução dos conflitos trazidos à apreciação judicial.

Galanter enfatiza que:

[...] a relação entre as Cortes (arenas oficiais) e os conflitos é multidimensional. A resolução decisiva, enquanto importante, não é a única (nem, eu entendo, a principal) ligação entre Cortes e conflitos. Conflitos podem ser prevenidos pelas decisões das Cortes (p. ex. por permitir ao litigante se planejar para evitar um conflito ou para juridicamente desarmar um potencial litigante contrário). Ainda, as Cortes podem aumentar e mobilizar conflitos, como ocorre quando suas decisões declaram a existência de direitos e legitimam o aumento de expectativas sobre a chances de êxito da propositura de uma demanda, ou quando as mudanças de interpretações de regras sobre legitimidade de agir sugerem uma nova possibilidade de ajuizar uma demanda com sucesso. Além disso, Cortes podem deslocar os conflitos para arenas alternativas e legitimar essas arenas com poder decisório. Por fim, as Cortes podem transformar os conflitos, na medida em que questões decididas são objeto de interpretações que ampliam, restringem ou transformam os enquadramentos inicialmente trazidos pelas partes. Em suma, Cortes não somente resolvem conflitos, elas os previnem, mobilizam, deslocam e transformam” (tradução livre).⁵¹

⁵¹ GALANTER, *The Radiating effects of Courts*, p. 123.

Este artigo se limitou a analisar impacto da litigância sobre direito à educação infantil, como mecanismo de transformação social *pela via direta*, ou seja, pela efetivação de direitos pelo exercício da jurisdição. Não pretendeu, dessa forma, medir *efeitos indiretos e multidimensionais* da litigância sobre direito à creche e à pré-escola. Esses efeitos, porém, são empiricamente sensíveis e podem ser constatados, p. ex., pelo incremento da propositura de demandas individuais e coletivas voltadas à concretização do direito à educação infantil; e pela ampliação da articulação dos atores (institucionais e sociais) envolvidos com a causa. São efeitos relevantes e não devem ser descartados dentro de uma avaliação mais global sobre os impactos potencialmente transformadores da judicialização dos direitos sociais.

A constatação de que os impactos das decisões judiciais são mais complexos e transbordam a mera análise da potencialidade do Judiciário de resolver conflitos de forma definitiva, ainda, deve ser considerada na discussão e futuras pesquisas voltadas ao estudo dos limites da arena judicial como espaço de discussão de interesses públicos predominantes.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 55-77, jul./set. 1985.
- _____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 7-19, out./dez. 1982.
- BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 36-44, jul./set. 1981.

- BRASIL, Advocacia Geral da União, Intervenção Judicial na Saúde: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos da seara da Justiça Estadual, Brasília, 2013 (Consultoria Jurídica), disponível em: <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acesso em 25/2/2015.
- BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico 2010, Brasília, 2011 (Relatório de Pesquisa).
- BRASIL, Ministério da Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP, Censo Educacional 2012, Brasília, 2013.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7^a ed., Coimbra: Portugal, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
- _____. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, Processo, ideologia e sociedade, v. 1, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 379-397.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim Arruda (org.). Conflitos de direito de propriedade: invasões urbanas. Rio de Janeiro: Forense, p. 79-101, 1984.
- FELSTINER, William L. F., ABEK, Richard L. E SARAT, Abel and Austin, The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming, 15 Law & Society Review, n. 3/4, 1980-1981, p. 631-654.
- FISS, Owen. As formas da justiça. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord. trad.). Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25-104.

- GALANTER, Marc. Access to justice in a world of expanding social capability, 37 Fordham Urban Law Journal, 2010, p. 115-128.
- _____. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change, 9 Law & Society Review, n. 1, 1974, p. 95-160.
- _____. The Radiating effects of Courts, Empirical Theories About Courts 117 Keith Boyum & Lynn Mather eds., 1983.
- GOTTI, Alessandra, XIMENES, Salomão, Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa, Opinião Legal, extraída dos autos da Apelação n. 0150735- 64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista de Processo, São Paulo, n. 14-15, ano 4, p. 25-44, abr./set. 1979
- _____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. Revista de Processo, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 19-30, jul./set. 1986.
- _____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei 7.347, de 24.7.85. Revista de Processo, São Paulo, ano 11, n. 44, p. 113-128, out./dez. 1986. GROSS CUNHA, Luciana. Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, São Paulo, Saraiva, 2008.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo, Revista Estudos Históricos, n. 18 (1996), p. 389/401.
- LAURIS, Élida. Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2013, (https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/24297/1/Tese%20Elida%20final_29-09-2013.pdf), acesso em 24.2.2015.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos “interesses”. Revista de Processo, São Paulo, n. 55, ano 14, jul./set. 1989.
- MARINHO, Carolina Martins. Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional, Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
- NERY JR., Nelson. A ação civil pública. Revista de Processo, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 224- 232, jul./set. 1983.
- OLIVEIRA, Luciano. Polícia e classes populares. Cadernos de Estudos Sociais, n.1, Recife, jan./jun. 1985, p. 85-94.
- RIZZI, Ester e XIMENES, Salomão. Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas, FRIGO, Darci, PRIOESTE Fernando e ESCRIVÃO FILHO, Sérgio Escrivão Filho (org.). Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular, Curitiba: Terra de Direitos, 2010, p. 105-127.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública, um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.
- SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro, São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, Supremocracia, Revista Direito GV, n.8, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-464.
- WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. Revista de Processo, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 197-206, abr./jun. 1984.

- . Assistência judiciária e o Juizado de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). Juizado Especial de Pequenas Causas. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1985, p. 161-167.
- _____. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). Juizado Especial de Pequenas Causas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 1-7.
- _____. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.

ACERCA DEL CONTROL DE RAZONABILIDAD APLICADO A LA JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

María Carlota Ucín¹

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo propongo una mirada focalizada en los aspectos decisorios del proceso judicial que se concentra en la revisión de cuestiones de índole política y por ello con alcances colectivos. Este tipo de litigio, también denominado estratégico o de Derecho Público, impone la revisión de varias aristas del proceso civil clásico. Por razones de espacio, habré de ceñirme a esta mínima porción del problema pero con la certeza de que su determinación resulta fundamental para la adecuada legitimidad de los procesos de este tipo. El recorrido que presento, pues, está orientado a partir de la revisión de la jurisprudencia argentina en materia de vivienda a efectos de realizar un análisis de la aplicación del control de razonabilidad como estándar de evaluación útil para estos casos.

El control de razonabilidad de las leyes, tiene fundamento constitucional en el artículo 28 de nuestra Constitución nacional. El mismo ha sido interpretado como el análogo en nuestro sistema del

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Máster en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante) y Esp. en Derecho Procesal (Univ. Notarial Argentina), Abogada graduada con honores en la Universidad Nacional de La Plata. Dirige la Revista de Interés Público (REDIP) de la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS de la UNLP, es Prof. Adjunta por concurso en la Universidad Nacional de La Plata y en la Universidad de Palermo (Buenos Aires). Es relatora de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

debido proceso sustantivo recogido en el derecho Angloamericano. Fue Linares² quien estableció una conexión entre esta evaluación (bajo la forma de idoneidad y proporcionalidad *stricto sensu*) y el debido proceso sustantivo del Derecho Norteamericano, lo que ilustró a partir del análisis comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la de su par anglosajón.³ En este sentido, interpretó que el control de la razonabilidad de las medidas de gobierno encontraba fundamento normativo como una forma de garantía innominada y genérica de la libertad jurídica individual, con base normativa en los artículos 14, 17, 18, 28, 16 y 33 de la Constitución.⁴ Asimismo, resulta posible conciliar los alcances de dicha garantía constitucional con el principio de proporcionalidad desarrollado a partir de la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán.⁵

El principio de proporcionalidad, puede ser entonces un esquema posible de argumentación para la decisión en los procesos de índole estructural, especialmente en aquellos casos en que no se pueda identificar, sin más, el contenido específico de un derecho o que se deba resolver acerca de una política pública en particular o de la ausencia absoluta de éstas. En estos supuestos, el control de proporcionalidad habrá de recaer en la revisión de las intervenciones legislativas -o la omisión de intervenir- en el ámbito de los derechos fundamentales a la luz de los estándares constitucionales y convencionales que han ido conformando el núcleo protectorio de los derechos. La referida evaluación de la proporcionalidad de una medida –en el caso de una

² Linares, Juan F., *Razonabilidad de las leyes*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.

³ Para un estudio analítico de los conceptos de “debido proceso”, “razonabilidad” y “proporcionalidad”, puede verse: Cianciardo, J. – Romero, M., *Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad*, en Rivera (h)-Elías-Grosman-Legarre (Dir.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 431-498.

⁴ Esto podría verse hoy complementado por las previsiones de los artículos 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 4º del PIDESC y el art. 5 del Protocolo de San Salvador.

⁵ *Vid* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2º Edición, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2008.

política pública-, habrá de atender a la necesidad de la intervención, la adecuación entre la medida analizada y el o los fines perseguidos al momento de diseñarla, cuidando además de no alterar el derecho que se pone en vigencia en un análisis de proporcionalidad en sentido estricto. En este último sentido, resulta crucial considerar adicionalmente, los estándares que se han ido elaborando en el plano internacional, para dar contenido a las obligaciones a veces indeterminadas, que integran los derechos fundamentales. Entonces, los jueces al decidir sobre la razonabilidad de una política pública deberán evaluar si la medida es adecuada para lograr el resguardo del “contenido mínimo” de los derechos, si representa un ejercicio “progresivo” de la regulación del derecho y si dispone por ejemplo, del “máximo de los recursos” estatales para el cumplimiento de tales obligaciones. También podrá evaluar si la misma resulta adecuada a los fines de garantizar la “igualdad”, la “participación” de los afectados y el “acceso a la información” y a la “justicia” de éstos.

Así, también cabe decir que estos elementos objetivos a ser evaluados indican el recorrido argumental que el juez tendrá que hacer en la decisión para demostrar, además, su corrección. Así, dando cumplimiento al deber de fundamentación –que puede entenderse parte del debido proceso adjetivo- los jueces habrán de hacer explícitas las razones tenidas en cuenta para definir el sentido de la decisión. En este sentido, resulta interesante destacar, así como lo hace Bernal Pulido, que el análisis de la estructura del principio de proporcionalidad esclarece qué es lo que el Tribunal debe fundamentar y de qué manera debe hacerlo.⁶ Y en coincidencia con ello, estimo que el principio de proporcionalidad en conexión sustantiva con los estándares proporcionados por el Derecho de los Derechos Humanos, suministra

⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 2003, pág. 172.

un esquema argumental para la demostración de la corrección de las decisiones judiciales.

El examen de proporcionalidad, se configura entonces como uno de los controles de mayor relevancia en las democracias constitucionales, para limitar la intervención restrictiva operada sobre los derechos fundamentales.⁷ Su importancia radica en que permite la *demostración* argumentativa de la razonabilidad, a partir de la explicitación de las razones sopesadas en los “casos difíciles”, en que se debe controlar la tensión entre derechos igualmente protegidos, a partir de medidas legislativas de implementación.⁸

La referida evaluación de la proporcionalidad de una medida, habrá de atender -en un sentido amplio- a la adecuación entre la medida analizada y el o los fines perseguidos al momento de diseñarla. El momento en que dicha fundamentación habrá de tener lugar puede ser variado. En el caso de una ley, puede producirse en el debate legislativo, en el caso de un acto administrativo, las razones emergerán de la fundamentación de dicho acto. Así, también en el caso de las sentencias, por el mencionado deber de fundamentación, habrán de hacerse explícitas las razones tenidas en cuenta para definir el sentido de la decisión. En dicho tránsito, y en caso de haber tenido que decidir sobre la razonabilidad de una medida dictada por otro de los poderes estatales, la evaluación atenderá a verificar si se han sopesado adecuadamente las razones por las cuales es adecuada la medida para

⁷ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2009; p 319.

⁸ En este sentido, puede haber ponderación para conciliar las tensiones entre derechos fundamentales (principios *stricto sensu*) y entre principios y directrices (derechos sociales y bienes colectivos). Ambas formas ponderativas tienen, según Alexy, igual estructura. Conf. Alexy, Robert, *Entrevista a Robert Alexy* (por Manuel Atienza) en *Doxa* N° 24, 2001, pág. 677. En este punto, me aparto de las categorizaciones de Atienza, quien presenta dos tipos de ponderación posibles: entre principios *stricto sensu* y entre directrices. Sosteniendo que la tensión entre principios y directrices podría reconducirse hacia alguna de estas otras dos formas (en *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, 1° Edición, Barcelona, 2006; págs. 168-176).

los fines señalados como preferidos, y en qué medida ello, resguarda lo más posible a los derechos afectados.

Pero, además de dicha circunstancia, puede suceder que el principio de proporcionalidad deba servir de base para fundar una decisión en la que, como en los “casos difíciles” del Derecho Constitucional, se hubiera puesto en tela de juicio la coexistencia y compatibilidad de dos derechos fundamentales, o la tensión entre principios y directrices. Para estos casos, cobran especial significado los desarrollos de Alexy. Este autor, parte de la clásica distinción entre reglas y principios, así entiende que los derechos fundamentales pueden ostentar, lógicamente hablando, la estructura de los principios⁹ -y no de las reglas-, erigiéndose como “mandatos de optimización”.¹⁰

Así, los derechos fundamentales, considerados como “mandatos de optimización”, implican al principio de proporcionalidad, exigiendo la máxima realización posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Puede verse entonces, que este principio adquiere una naturaleza procedimental,¹¹ frente a aquellos principios que se presentan a optimizar. Y en tal sentido, el mismo nos proporciona un esquema de argumento,¹² que permite la fundamentación de la

⁹ Comprendiendo bajo esta categoría, de manera indiferenciada, a los principios en sentido estricto y a las directrices.

¹⁰ Si bien algunos autores defienden la importancia de mantener la distinción entre los principios en sentido estricto y las directrices, adjudicando exclusivamente a estas últimas la característica de ser “mandatos de optimización”, a la vez que estableciendo una jerarquía débil a favor de aquellos. Entiendo que a los fines prácticos del presente análisis ambas posturas, concluyen en resultados prácticos similares, por lo que resulta útil relativizar la distinción. Sin embargo, la equiparación aquí sugerida -insisto, pensada para poder considerar a ambos principios como pares y para operar sobre ellos con el esquema de la ponderación- no me impide reconocerle importancia *prima facie*, prevalente a los principios *stricto sensu* respecto de las directrices. En cuanto a la defensa de la distinción puede verse: Atienza, Manuel, *A vueltas con la ponderación*, La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, N° 1, 2010, pág. 10.

¹¹ También considerado como un “meta-principio” por este carácter supraordinado, respecto de los derechos o principios a conciliar. *Ibidem*, p 3.

¹² No en el sentido de un algoritmo, cuyo seguimiento, *per se*, asegure buenos resultados. Sino una indicación de cuáles son los lugares a los que hay que acudir para resolver los

razonabilidad, de la conciliación entre los principios que decide. Este principio, muchas veces tomado como sinónimo del control de razonabilidad, ha encontrado también reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia de la Corte Suprema no fue constante en esta interpretación del control del obrar reglamentario sobre los derechos fundamentales. Sin embargo, desde el 2003, dicho tribunal parece haber retomado el control de razonabilidad de las limitaciones a los derechos fundamentales en especial, aplicado a cuestiones de autonomía o cuando aparecen restringidos los derechos por omisión o insuficiencia.¹³ Por su parte, en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, se registra actualmente un nuevo patrón de decisiones donde se da cuenta del posible conflicto entre derechos y se aplica entonces también, un control de razonabilidad.

Antes de concluir este apartado cabe referir que hasta aquí sólo se ha expuesto la posibilidad de utilizar el principio de proporcionalidad para la evaluación de una medida legislativa, en la hipótesis de que sus alcances hubieran incurrido en un exceso de regulación. Este examen de proporcionalidad verifica la interferencia en un derecho fundamental a través del “Mandato de prohibición por exceso” (*Übermassverbot*). Sin embargo, ello no agota el universo de casos posibles. Existen supuestos en que se puede incurrir en una colisión por insuficiencia de promoción o protección de un derecho fundamental. Estos casos, en cambio se deben resolver a partir de un examen de proporcionalidad que verifique el cumplimiento del “Mandato de prohibición por insuficiencia u omisión” (*Untermassverbot*).¹⁴

conflictos entre derechos. *Ibidem*, p 8.

¹³ Clérico, M. Laura, *Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad (Control de proporcionalidad)*, en Rivera (h)-Elías-Grosman-Legarre (Dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 499-529 (505-506).

¹⁴ Clérico, M. Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, cit., p319.

La prohibición de insuficiencia u omisión resulta de la interpretación de los derechos como una forma de pretensión de ejercicio, en sus formas de derecho de protección, derechos sociales o derechos de organización y procedimiento.¹⁵ Es por esto que en relación a los derechos sociales, por ejemplo, sería necesario trabajar en ciertas adecuaciones del control de proporcionalidad *lato sensu*, para adecuarlo a la estructura diferenciada de estos derechos. Si bien, estos desarrollos no se han realizado en igual medida que los del mandato de prohibición por exceso, se ha sugerido la importancia de reconstruir las decisiones sobre derechos prestacionales según sus términos.¹⁶ La evaluación del principio de proporcionalidad intenta verificar en estos casos si se podría haber hecho más, para promocionar el derecho a una prestación positiva y sin embargo, eso no ha sido llevado a cabo.¹⁷

En relación a este punto, Clérico sostiene que el “Mandato de prohibición por omisión o insuficiencia” no puede ser reducido plausiblemente al “Mandato de prohibición por exceso”, destacando las adaptaciones que debieran sufrir los sub-principios de idoneidad y de necesidad, a partir de la valoración en concreto del medio alternativo más idóneo.¹⁸ También destaca la autora que si bien la estructura del sub-principio de proporcionalidad no se vería alterada, debe modificarse su contexto de aplicación. Con ello, se sugiere una interpretación progresiva de la ley de la ponderación, cuya aplicación a contextos de grave exclusión, habrá también de sufrir adaptaciones particulares.¹⁹

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 321-2

¹⁷ Clérico, M. Laura, *Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y tesis de la alternatividad*, La Ley 2010-E, p 1101.

¹⁸ Clérico, M. Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional...*, cit., p. 319-368.

¹⁹ *Ibidem*, p. 363-7

UN ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE VIVIENDA

A continuación se pasará revista a algunos casos sobre el derecho a la vivienda donde se puede advertir el uso de las categorías aquí presentadas por parte del Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Corte Suprema. El problema de la crisis habitacional en la Ciudad de Buenos Aires es sumamente complejo, aunque no resulta sino un ejemplo superlativo de un problema que se reproduce en menor escala en torno de todos los grandes centros urbanos del país. De un lado, se debe destacar la ausencia de políticas públicas de vivienda en la Ciudad de Buenos Aires en las últimas décadas.²⁰

En relación a los casos más críticos, la Ciudad, tiene previstos programas sociales que contemplan el otorgamiento de “subsidios” temporales y parciales, para permitir a sus beneficiarios la contratación de una pieza en un hotel o pensión, saliendo de la “situación de calle”.²¹ Sin embargo, la provisionalidad y precariedad de estos beneficios ha generado un cuerpo de litigios tramitados en la Ciudad a través de las defensorías oficiales, cuestionando la caducidad de las prestaciones

²⁰ Bermúdez, A. – Carmona Barrenechea, V. – Royo, L., *Judicialización de la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires: entre la multiplicidad de programas y la escasez de resultados, en Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la Justicia, capacidades estatales y movilización legal*, Laura Pautassi (Dir.), Biblos, Buenos Aires, 2014, p. 86-132 (85).

²¹ La ley 3.706 sobre “Protección y garantía integral de los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle” fue sancionada en 2010. Además, se encuentran vigentes los Decretos 690/06 (modif. por el 960/08), que creó el “Programa de atención para familias en situación de calle” (que asiste a personas o familias en situación de calle efectiva y comprobable) y el Decreto 167/11 que faculta al Poder Ejecutivo a incorporar provisoriamente en el programa y percibiendo la primera cuota del subsidio en concepto de “emergencia” a quienes se encuentren ante la inminencia de entrar en “situación de calle” y no cuenten con la totalidad de los documentos exigidos. Estos programas en definitiva permiten acceder a ayudas temporarias que resultan suficientes para alquilar una habitación en una pensión u hotel en condiciones de relativa precariedad.

luego de los plazos fijados en la normativa correspondiente y también los montos, muchas veces insuficientes para pagar el alojamiento.²²

Ante la masividad del problema se produjo un gran volumen de litigios en los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires. No obstante, dado que los reclamos se han judicializado a través de acciones de amparo individuales (generalmente asociadas al reclamo accesorio de una medida cautelar que permitiera el goce del subsidio reclamado con tal carácter provisional), su trascendencia ha sido limitada a los casos puntuales de los litigantes que los han promovido. De toda esa ingente cantidad de reclamos, articulada a partir de “modelos típicos” y “clichés” de todo tipo de escritos, desde las demandas hasta los proveídos judiciales,²³ me interesa detenerme en dos resoluciones que sirven para ilustrar las ideas antes presentadas.

Una de ellas corresponde al caso “Alba Quintana”, del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este caso se analiza el contenido mínimo del derecho a la vivienda digna y se valoran las medidas de gobierno a la luz de su constitucionalidad. El segundo caso, corresponde al caso “Quisberth Castro S Y c/ Gobierno de la CABA s/ amparo”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso, y pese a que el Tribunal Superior de la CABA había mandado aplicar el criterio fijado en el referido precedente “Alba Quintana”, la Corte abre su competencia y revisa la constitucionalidad de la política de vivienda

²² Para un análisis de los “circuitos judiciales y extrajudiciales” de estos litigios, véase: Bermúdez, A. – Carmona Barrenechea, V. – Royo, L., *Judicialización de la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires: entre la multiplicidad de programas y la escasez de resultados*, cit.

²³ Si bien la reiteración casi idéntica de los reclamos permite simplificar la carga laboral de los tribunales y acelerar un poco los tiempos procesales, sigue siendo inconveniente y pone en evidencia la necesidad de revisar las vías de judicialización de los derechos sociales. En un sentido afín, se ha señalado que la intervención judicial aun bajo formas “rutinizadas” se ha orientado a reproducir más que a superar las formas de provisión de los subsidios habitacionales., siendo la judicial “otra ventanilla”, donde obtener respuesta a los reclamos. Véase: Arcidiácono, P. – Gamallo, G., *Entre la confrontación y la funcionalidad: Poder Ejecutivo y Poder Judicial en torno a la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires*, en *Marginaciones sociales...*, cit., p.133-164.

de acuerdo al caso concreto de la Sra. Quisberth Castro y su hijo. Resulta éste un caso donde la Corte establece los alcances del derecho a gozar de una vivienda digna y evalúa entonces bajo dicho prisma las políticas públicas de la ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, es necesario anticipar que las conclusiones de este precedente deben ser limitadas a dicho caso individual o eventualmente a uno que reuniera análogas características. El señalado límite del tratamiento individual de estas cuestiones es el que marca los límites del precedente que habrá de analizarse a continuación.

El caso “Alba Quintana” del TS de la CABA²⁴

El Sr. Quintana, de 41 años de edad padecía de una afección cardíaca y debía ser intervenido quirúrgicamente. Se encontraba desempleado y sólo realizaba ciertos trabajos eventuales en forma de “changas”. Por ello, como es lógico pensar, al cabo del plazo previsto para el goce del subsidio establecido en el Decreto 960/06 de la Ciudad de Buenos Aires, no había logrado resolver su situación habitacional. Solicitó entonces, la renovación del beneficio, la que le fue denegada por las autoridades administrativas.

Ante ello, inició la acción de amparo por la cual solicitó su incorporación al programa habitacional vigente en la ciudad y en caso de otorgársele el subsidio previsto en tales programas, requirió que su monto fuera suficiente para pagar el costo de su alojamiento conforme los valores de hoteles, pensiones e inquilinatos en la ciudad de Buenos Aires. Se invocó a su turno, la inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 del referido Decreto, en cuanto fijan plazos de

²⁴ “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y ot.”, del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del 12-V-2010, publicado en LLCABA 2010 (junio), p309; Sup. Adm. 2010 (junio), p 40; LL2010-D, p 19.

vigencia del subsidio, así como la de toda otra norma que restringiera el acceso a planes de vivienda.

En la decisión de primera instancia se declaró la inconstitucionalidad de las normas requerida, y en consecuencia se mandó a que se mantuviera al actor en el goce del subsidio hasta tanto subsistieran las causas que habían justificado su otorgamiento. Asimismo, la Alzada, al rechazar la apelación del gobierno de la Ciudad, sostuvo que el monto del subsidio debía ser suficiente para permitir al actor abonar un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad. El gobierno de la Ciudad impugnó el decisorio de segundo grado e interpuso Recurso de Inconstitucionalidad ante el Superior Tribunal local.

El Tribunal, al decidir el caso del Sr. Quintana, debía analizar los alcances de la intervención judicial legítima en la revisión de una política pública. De hecho, lo que se cuestionaba era la forma en que las instancias anteriores habían procedido al declarar la inconstitucionalidad de un decreto a través del cual se establecía una política habitacional, mandando además a pagar un monto diverso del allí establecido.²⁵

En prieta síntesis, puede decirse que el Tribunal evaluó los alcances de la obligación estatal emergente de la Constitución local y de la Nacional, así como los Pactos Internacionales, que comprometen al Estado a garantizar a sus ciudadanos el derecho a una vivienda digna. Así como también las obligaciones anejas, tales como la de “progresividad” (art. 2 del PIDESC) y la determinación de “adoptar medidas apropiadas”, “hasta el máximo de los recursos disponibles” y

²⁵ En el caso, y aun destacando la precariedad de la misma, fijada por decreto y focalizada en supuestos de extrema necesidad, podemos afirmar que se trata de una política pública social, enfocada en dar respuesta al derecho a gozar de una vivienda digna. Especialmente entonces, cabía desentrañar si violaba la división de poderes la decisión de los jueces de las instancias anteriores en cuanto habían declarado la inconstitucionalidad del plazo de vigencia del programa y su monto, fijando para el caso en análisis, su ampliación.

que aseguren el respeto del “contenido mínimo de los derechos”. Y fue a la luz de estos estándares que valoró las medidas del gobierno porteño.

En concreto, estimó que el Estado no está obligado a proporcionar, de modo inmediato e irrestricto, vivienda a cualquier habitante del país y que su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a la vivienda dentro de lo que le permiten el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles. Que en consecuencia, no existe un derecho subjetivo que permita a cualquier persona exigir directa e inmediatamente al gobierno de la Ciudad, la plena satisfacción de sus necesidades habitacionales. Que estos programas sólo generan un “derecho asistencial”, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda sino sólo por quienes reúnan los parámetros establecidos por la reglamentación en tanto los mismos, sean compatibles con el marco constitucional. Al contrario, quienes estuvieran dentro del universo de destinatarios a quienes la Ciudad debe asistir, pueden requerir una cobertura habitacional indispensable a través de paradores u hogares para obtener “abrigo”. Estimó en tal sentido que el “abrigo” aparecía como una expresión mínima del derecho a la vivienda y en consecuencia, tales medidas eran constitucionales.

Además consideró que la fijación de una política pública no es competencia ni del Poder Ejecutivo ni del Judicial, sino del Legislativo. Y que al judicial, sólo le compete aplicar al caso concreto los estándares normativos. Explicita que tales criterios son, el control de la atención prioritaria de los casos de pobreza crítica y el respeto de la igualdad como límite al clientelismo (político o judicial). Por su parte estimó que si bien los subsidios no son la política a que alude el artículo 31 de la Constitución local, forman parte de ella, disponiendo medidas transitorias tendientes a paliar necesidades urgentes. En consecuencia, sostuvo que al basarse en un decreto, otorgaba una considerable discrecionalidad a la Administración y que vulneraba la garantía de la igualdad, permitiendo ciertas formas de clientelismo administrativo.

Sin embargo, a los efectos de resolver el caso, estableció que en principio no resulta inconstitucional un subsidio otorgado por un período acotado o por un monto que fuera por sí insuficiente para acceder a una vivienda. Que la Cámara de Apelación, al estipular la condena por un monto diverso del fijado en el decreto, lo había hecho sin suficientes fundamentos, con la sola invocación dogmática de las normas que garantizan el derecho a la vivienda digna. Estableció el tribunal que era ajeno a la competencia del Poder Judicial el decidir directamente cómo se debía disponer de los fondos públicos, lo que resulta una facultad privativa del Poder Legislativo. Que distinto hubiera sido si los jueces de mérito hubieran revisado el criterio de distribución de los recursos presupuestarios asignados a subsidios para acceder a la vivienda en base a parámetros constitucionales, cosa que habría sido el ejercicio de competencias que le son propias.

En cambio, el voto que hizo mayoría en la decisión, concluyó que los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario, sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos sí les compete garantizar que se respeten las prioridades previstas en el artículo 31 de la CCBA.²⁶ Dejó establecido entonces que, sólo podía establecerse la prórroga en el goce del beneficio si el actor se encontrara entre los supuestos en los cuales la Constitución local asigna un trato prioritario, pero de ninguna manera, podría modificarse judicialmente el monto del beneficio a percibir.

En tal sentido, sostuvo que podría afirmarse que el beneficio debía mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de la demostración de que su situación es prioritaria en relación a otros

²⁶ Cuyo texto reza: “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.”

posibles destinatarios del régimen. Y que quienes no estuvieran en dicha hipótesis, pero igualmente pertenecieran al universo que corresponde sea asistido por el GCBA, será suficiente con que ésta cumpla en darles “abrigo”, como expresión mínima del derecho a la vivienda. Como en el caso, la determinación de la situación concreta del actor -es decir, la determinación de si se encontraba en algún supuesto de atención prioritaria o, en cambio, ingresaba en el supuesto de ser destinatario de la protección social mínima del “abrigo”- era una cuestión de hecho, el Tribunal remitió la causa a las instancias de origen para que determinado ello, aplicaran los criterios normativos allí fijados para el caso.

El caso “Quisberth Castro” de la Corte Suprema²⁷

En este caso, las circunstancias procesales eran semejantes a las del caso anterior,²⁸ lo que llevó al Tribunal Superior a revocar las decisiones de las instancias de origen, ordenando se aplicara el criterio establecido en el precedente Alba Quintana. Sin embargo, existían algunas particularidades en las circunstancias fácticas de este caso que son las que pueden explicar la decisión adoptada en definitiva por la Corte Suprema al revisar el caso.

La actora inició su reclamo por sí y en representación de su hijo menor de edad, quien padece una discapacidad motriz, auditiva, visual y social, derivada de una encefalopatía crónica no evolutiva. También había solicitado a través de un amparo acompañado de una medida cautelar, concedida y vigente, el acceso a una vivienda digna en condiciones de habitabilidad y que en caso de incluírsele en el programa

²⁷ “Q. C. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, resuelto el 24-IV-2012 por la CSJN, LL 2012-C, p220.

²⁸ Amparo con medida cautelar, concedidos en las instancias ordinarias e impugnación de inconstitucionalidad de parte del Gobierno de la Ciudad ante el Tribunal Superior de dicha jurisdicción.

de subsidios del Decreto 690/06, se ajustara el monto para que fuera suficiente y también que se eliminaran los límites temporales.

La Corte delimitó el plexo normativo y sostuvo que el caso se encontraba en discusión la vigencia de los derechos a gozar de una vivienda digna, a los beneficios de la seguridad social, a un nivel de vida adecuado y a cuidados especiales para la maternidad y la infancia, a la superación de condiciones de pobreza y exclusión.²⁹ Y comenzó por señalar que tales derechos son normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Que dicha operatividad se traduce en la obligación de reglamentar tales derechos, para hacerlos efectivos, dándoles todo el contenido que la Constitución les asigna. En ese sentido, las normas mencionadas no consagran una operatividad directa en el sentido de que los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial, pero sí imponen tal reglamentación.

Pero luego, existe una operatividad derivada, que se traduce en obligaciones de hacer, emergentes de tal regulación a cargo del Estado. En tercer lugar, señala la Corte que a raíz de tal operatividad derivada, las obligaciones de hacer a cargo del Estado están sujetas al control de razonabilidad de parte del Poder Judicial. Lo que vincula con el principio que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción

²⁹ Todo ello según los artículos 14 bis 75 inc. 23 de la CN; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11.1 del PIDESC, art. 11 de la Declaración Americana de derechos y deberes del Hombre, la Convención de los Derechos del niño y de los derechos de las personas con discapacidad, Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Además de los artículos 17 y 31 de la CCBA. Destacó que el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires había dictado numerosas normas orientadas a hacer efectivo el derecho a la vivienda. Así, las leyes 341, 1251 y 3706 de dicho ámbito, y los programas sociales establecidos por los decretos 1234/04, 690/06 (y sus modificatorios 960/08 y 167/11) creando el Programa de apoyo habitacional para personas en situación de calle y Familias en situación de calle, respectivamente.

que corresponden al grupo de los menos favorecidos.³⁰ Señalando que estos principios de igualdad democrática y de diferencia con fines tuitivos, deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

De allí infiere el tribunal que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera de discrecionalidad de los poderes públicos. Entonces, la razonabilidad significa que, sin perjuicio de la discrecionalidad de las decisiones políticas, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Interpretación a través de la cual entendió se hacía compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden auxilio a los jueces.

Sostuvo que el menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda de los artículos 14 bis de la CN y 31 de la Constitución local aparecía como insuficiente para atender la particular situación de la actora. Que ante la ausencia de un plan de vivienda definitiva y la imposibilidad de acceder a una línea de crédito como la establecida en la ley 340, las opciones restantes eran el alojamiento en el sistema de refugios o la entrega el beneficio del decreto 690. Y en relación a ellas dijo, que la primera era inadecuada para la patología del niño, quien había ya sufrido graves retrocesos en su salud por estar alojado en estos recintos con cocinas y baños comunes.³¹ Y que la segunda tampoco era una respuesta definitiva

³⁰ Con cita de J. Rawls, *A theory of Justice*, Harvard College, 1971. Esta cita no deja de llamar la atención por su insuficiencia, teniendo en cuenta la importancia de los desarrollos comparados del principio de proporcionalidad, como forma de evaluar la razonabilidad.

³¹ Había surgido de la causa que el niño a los 6 años, aún no podía masticar. Ello no era consecuencia de su enfermedad, sino de la imposibilidad de la madre de prepararle alimentos sólidos, a falta de un espacio privado para cocinar. Y como el niño molestaba con sus chillidos, que son su forma de comunicarse, en la cocina de uso común, la madre lo alimentaba a base de papillas. Además, en anteriores alojamientos el niño había contraído hepatitis A en el uso de baños compartidos.

pero además, en las instancias anteriores se había considerado que el monto era insuficiente para atender a las necesidades del caso. Entonces concluyó que si bien no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, en el caso, las alternativas implementadas por la ciudad no daban una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente.

Por su parte, analizó la defensa de la limitación presupuestaria y el presupuesto “inelástico” que dificulta dar respuesta a estos casos. A la luz del marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos evaluó la “obligación de adoptar medidas”³² Así, sostuvo que la disponibilidad de recursos no modifica el carácter inmediato de la obligación y no constituye una justificación para no adoptar medidas. Y destacó que la garantía de los derechos no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos. Al contrario, la demostración de la utilización del máximo de los recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral de parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios.

Estimó que el caso en particular no era un simple supuesto de violación del derecho a una vivienda digna. Destacó que involucraba a un niño discapacitado que vivía en situación de calle. Debiendo considerarse la condición primordial del niño y la situación en la sociedad de los discapacitados. Y además dijo que no se trata de evaluar el precio pagado por el Estado y entonces dar cumplido el deber que le incumbe conforme a un estándar de realización de los derechos. En cambio, se trataba de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Lo que implicaba considerar también la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible.

³² Conforme las pautas fijadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco del Protocolo Facultativo del PIDESC, aprobado por la República Argentina (Ley 26.663).

Por ello, valoró que aun cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parecía ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de bajo costo, en los términos recomendados por el Comité DESC de las Naciones Unidas. Tampoco parecía adecuado para garantizar la protección sistémica integral de un niño discapacitado. Por lo que se impuso que el Estado interviniera con asistencia social en forma integral, lo que incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor que el realizado a partir de la cautelar dispuesta. Destacó que la ausencia de planificación de la demandada había llevado a que se pagara por una habitación de hotel, valores que excedían los valores requeridos en el mercado inmobiliario para el alquiler de un departamento. Destacó que lo anterior debía complementarse con la obtención de un trabajo que le permita a la actora y su hijo la subsistencia fuera del marco asistencial. La intervención del Estado debe tener por objeto alcanzar esta solución y superar la emergencia.

Por lo que condenó a la Ciudad demandada a intervenir con sus equipos de asistencia social y salud, para asegurar que el niño dispusiera de la atención que su discapacidad requería y se proveyera a la actora de la orientación necesaria para la solución de las causas de su problemática habitacional. Garantizando también a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño.

EVALUACIÓN DE LOS PRECEDENTES A LA LUZ DEL ESTÁNDAR DE RAZONABILIDAD

A partir de la lectura de los casos antecedentes se puede concluir en primer lugar que resulta alentador observar que ambos tribunales han incluido entre sus argumentos normativos, elementos aportados

por el enfoque de derechos, al incluir los referidos estándares para dar contenido a las obligaciones correlativas a los derechos fundamentales. Es además importante destacar que el mismo no resulta un elemento aislado de los casos aquí traídos.³³ Al contrario, resulta habitual encontrar este tipo de inclusión en otros casos resueltos por los mismos tribunales.³⁴ Esta circunstancia permite mirar con cierto optimismo la posibilidad de que se sigan desarrollando los alcances del mentado enfoque para permitir operar como parámetros objetivos que conduzcan a “estandarizar” el control, fijando esquemas argumentales vinculantes para los órganos decisores como forma de garantizar o procurar al menos la racionalidad de las decisiones.

Sin embargo, y en relación a este último punto, las debilidades argumentales de las decisiones aún muestran algunas falencias que deben ser destacadas de cara a un progreso en el sentido necesario. En relación a esto, se advierte que si bien hay un recurso a los referidos principios de protección de los Derechos Humanos, aún existe una debilidad argumental que se centre en la “demostración” de cómo se cumple o incumple con los mismos. Aparece todavía una invocación de estos estándares sustantivos, como “cartas de triunfo”, límites protectorios, pero parece débil todavía su uso como criterio objetivo de evaluación y esquema de argumentación.

Y para ello, se trata no sólo de evaluar la razonabilidad de las medidas bajo los estándares aquí propuestos, sino también, y especialmente, demostrar cómo se ha procedido a dicho control a

³³ Respecto de un análisis de los estándares utilizados por la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de Seguridad Social, puede verse: Bestard, A.M. – Carrasco, M. – Pautassi, L., *Límites interpretativos al derecho a la seguridad social: una mirada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina*, en *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización legal*, cit., p 33-84.

³⁴ En relación a los casos resueltos por la Corte Suprema sobre la seguridad, puede verse el análisis de Bestard, A.M. – Royo, L., *Exigibilidad de los DESC en el ámbito de la jurisprudencia y su importancia en la elaboración de políticas públicas* y también el trabajo de Pautassi, Laura, *Políticas y derechos. Escenarios posibles*, ambos en: *Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina*, Biblos, Buenos Aires, 2010; p. 93-126 y 261-276, respectivamente.

través de la exposición argumental suficiente. En este sentido, pese a las invocaciones aisladas de estos parámetros, no se encuentra que los mismos se integren en un análisis completo de las medidas políticas cuya constitucionalidad se estaba evaluando. Una primera debilidad resulta entonces de la reducción del análisis de un problema estructural -como el de la crisis habitacional- al caso aislado del Sr. Alba Quintana o la Sra. Quisberth y su hijo.³⁵

Esta falencia, deriva de hacer un análisis meramente análisis parcial de un problema que por su carácter estructural y con incidencia sobre un colectivo creciente de personas, involucra a autoridades locales y nacionales, que debieran establecer programas coordinados de acción. Los límites de un proceso individual, gobernado por el principio dispositivo -aún atenuado- se muestra insuficiente para este tipo de debates, en los que los jueces debieran adoptar seguramente actitudes de mayor dirección del proceso. El análisis de la situación integral importaba justamente mirar aquello que, por ejemplo, el tribunal local negó, el derecho de cada ciudadano a gozar y exigir una vivienda adecuada, que según lo expresa la OG N° 4, significa disponer de un lugar donde poder aislarse si se lo desea, de un espacio adecuado, de seguridad adecuada, de iluminación y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada y una situación también adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, a un costo razonable.³⁶

Así, en la decisión del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, no resulta claro cómo se sostuvo que no existía el derecho subjetivo a la asistencia, amparándose en que la del Ejecutivo no era una política pública que permitiera afirmar la vigencia de un derecho universal. Justamente este defecto de la medida -que como lo señaló

³⁵ Este tipo de casos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Colombia ha dado origen al Estado de cosas inconstitucional. Estimo justamente que en dicha figura se encierra la llave para poder reencauzar un reclamo individual, hacia formas como las aquí propuestas de tratamiento estructural del problema.

³⁶ Observación General N° 4 del Comité de los DESC.

el tribunal, habilitaba la discrecionalidad administrativa- resultaba observable a la luz de la obligación de adoptar medidas que garanticen la igualdad en el goce de los derechos. Entonces, dicha falta de medidas legislativas, lejos de justificar la actuación del gobierno de la ciudad, debió operar como una presunción en su contra.³⁷ Además, no se justificó adecuadamente por qué entendía que el “abrigo” ofrecido a través del alojamiento en paradores, se identificaba con el contenido mínimo del derecho a la vivienda digna, pues como surge de la OG N° 4, no es obvio que eso sea así.

En cuanto a la decisión de la Corte, también podría hacerse un señalamiento parecido, porque cuando ésta invoca la razonabilidad, lo hace a partir de la cita del concepto elaborado por Rawls. Pero la verdad es que este argumento teórico vacía de sentido al control de razonabilidad. El principio de razonabilidad no depende de que coincidamos con la idea de Justicia de John Rawls. Al contrario, y como aquí he demostrado, este principio tiene un profundo linaje constitucional, con suficiente fuerza normativa para obligar a su aplicación en el control de constitucionalidad. Además de imponer un recorrido argumental serio, guiado, en particular para el caso de los DESC, por los elementos aportados por el enfoque de derechos.

Y en este sentido, evaluar la constitucionalidad de una política pública importa evaluar seriamente su razonabilidad. Y esta última carga argumental importa realizar una evaluación completa de la medida política en cuestión, considerando si la misma da efectividad a las obligaciones asumidas por el Estado. En particular, determinar si resulta una garantía del contenido del derecho de que se trate,³⁸ si garantiza al menos su “contenido mínimo”, si resulta una medida “progresiva”, si emplea “hasta el máximo de los recursos

³⁷ Especialmente a la luz del artículo 2.1 del PIDESC y la OG N°3.

³⁸ Pero tomando para ello las definiciones dadas para éstos en el Derecho Internacional o en la doctrina constitucional y no, disponiéndolo de modo más o menos arbitrario para cada caso en particular.

disponibles” y si respeta la garantía de la igualdad. Lo que se ha observado en las decisiones es que si bien estos elementos fueron utilizados en su motivación, no fueron empleados como criterios rigurosos de evaluación.

Por razones de espacio, he debido proceder a una presentación sumaria del principio de proporcionalidad, ciñéndome también a un análisis de la jurisprudencia relativa al derecho a la vivienda. Sin embargo, la consideración del contenido de aquél, desarrollado en el análisis de tres sub-principios (necesidad, idoneidad y proporcionalidad *stricto sensu*), sirven para evidenciar la insuficiencia de los alcances del razonamiento desenvuelto en las decisiones revisadas. En ellas se puede advertir que más allá del discurso empleado, no hay un adecuado desarrollo de las categorías conceptuales que hubieran permitido una adecuada justificación de las decisiones. En definitiva, dado que el examen de proporcionalidad o razonabilidad no ha recibido un tratamiento explícito y pormenorizado, se ha dejado de lado su utilidad como fuente de racionalidad en las resoluciones de este tipo de casos.

CONCLUSIÓN

El propósito del presente trabajo fue analizar la utilidad del control de razonabilidad o proporcionalidad para la evaluación judicial de políticas públicas. Pensando que el mismo puede resultar adecuado para la racionalidad de las decisiones que deban tomarse en dicho tipo de procesos, que cuestionan de manera directa políticas públicas (o la ausencia de éstas) a la luz de los estándares de protección de los derechos fundamentales.

El cuestionamiento del obrar estatal, a partir de su contradicción con la Constitución o con las Convenciones que reconocen derechos fundamentales, impone un tipo de razonamiento reforzado en sus

bases para permitir el avance de los jueces en materias de claro corte político. El estado actual de la teoría constitucional no permite que los tribunales se sigan escudando en el apotegma de las “cuestiones políticas no judicializables” frente a la violación flagrante de derechos humanos. Consecuentemente, el dilema queda planteado en términos de precisar cuál ha de ser la mejor forma de ejercer este control, innegablemente político, sobre los otros poderes del Estado.

Una salida posible, a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad, se ha mostrado en otras latitudes como una respuesta acorde con el grado de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y con una intervención moderada de los tribunales constitucionales, respetuosa de la actividad de los restantes poderes del Estado. Ello, sin dejar de proteger a los ciudadanos en cuyo favor se han reconocido los derechos que amplían notablemente los plexos dogmáticos de las cartas constitucionales modernas. El presente trabajo ha pretendido iluminar este aspecto, apuntando la necesidad de promover la aplicación de estándares como el de razonabilidad, complementado con los que dan contenido a los derechos fundamentales, como un camino hacia el ejercicio prudente del control de constitucionalidad de las políticas públicas.

Como surge de cuanto se ha expuesto hasta aquí, y queda en evidencia a partir de los casos analizados, es mucho lo que se debe recorrer todavía para que los litigios de corte estructural logren una adecuada regulación y práctica en nuestra experiencia constitucional. De hecho, una de las críticas expuesta ha estado fincada en el tratamiento particular de problemas de corte estructural. Sin embargo, ello no debe desanimar a quienes, interesados por su perfeccionamiento, advertimos la necesidad de orientar dichas prácticas con herramientas conceptuales que puedan redundar en la vigencia de las promesas constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, Entrevista a Robert Alexy (por Manuel Atienza) en *Doxa*, N° 24, 2001, p. 677.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- ARCIDIÁCONO, P. – GAMALLO, G., Entre la confrontación y la funcionalidad: Poder Ejecutivo y Poder Judicial en torno a la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires, en *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la Justicia, capacidades estatales y movilización legal*, Laura Pautassi (Dir.), Biblos, Buenos Aires, 2014, p. 133-164.
- ATIENZA, Manuel, A vueltas con la ponderación, *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, N° 1, 2010, p. 10.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, 1° Edición, Barcelona, 2006.
- BERMÚDEZ, A. – CARMONA BARRENECHEA, V. – ROYO, L., Judicialización de la política habitacional de la ciudad de Buenos Aires: entre la multiplicidad de programas y la escasez de resultados, en *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la Justicia, capacidades estatales y movilización legal*, Laura Pautassi (Dir.), Biblos, Buenos Aires, 2014, p. 86-132 (85).
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 2003.
- BESTARD, A.M. – CARRASCO, M. – PAUTASSI, L., Límites interpretativos al derecho a la seguridad social: una mirada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina, en *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires*.

- Acceso a la Justicia, capacidades estatales y movilización legal, Laura Pautassi (Dir.), Biblos, Buenos Aires, 2014, p. 33-84.
- BESTARD, A.M. – ROYO, L., Exigibilidad de los DESC en el ámbito de la jurisprudencia y su importancia en la elaboración de políticas públicas en: Pautassi, Laura (Organizadora), Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina, Biblos, Buenos Aires, 2010, p. 93-126.
- CIANCIARDO, J. – ROMERO, M., Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad, en Rivera (h)-Elías-Grosman-Legarre (Dirs.), Tratado de los Derechos Constitucionales, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 431-498.
- CLÉRICO, Laura, El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, EUDEBA, Buenos Aires, 2009.
- CLÉRICO, M. Laura, El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional, cit., p. 319.
- CLÉRICO, M. Laura, Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad (Control de proporcionalidad), en Rivera (h)-Elías-Grosman-Legarre (Dirs.), Tratado de los Derechos Constitucionales, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 499-529 (505-506).
- CLÉRICO, M. Laura, Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y tesis de la alternatividad, La Ley 2010-E, p. 1101.
- LINARES, Juan F, Razonabilidad de las leyes, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1970.
- PAUTASSI, Laura (Dir), Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la Justicia, capacidades estatales y movilización legal, Biblos, Buenos Aires, 2014,
- PAUTASSI, Laura (Organizadora), Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina, Biblos, Buenos Aires, 2010.

PAUTASSI, Laura, Políticas y derechos. Escenarios posibles, ambos en: Pautassi, Laura (Organizadora), Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social. Debates actuales en la Argentina, Biblos, Buenos Aires, 2010, p. 261-276.

CUESTIONES PROCESALES Y PROBLEMAS DEL REMEDIO ESTRUCTURAL DEL CASO “MENDOZA”

Francisco Verbic¹

I

Buenas tardes. Son exageradas las palabras del amigo. Quiero ante todo sumarme a los agradecimientos, de corazón. Para mí es muy importante y estoy muy contento de estar acá, es una honra estar acá con ustedes. Además de agradecer a toda la organización, lo hago especialmente a mi amigo Zanetti. No solo por sus palabras de presentación sino también por todo lo que venimos compartiendo en estos años.

También quiero felicitarlos. Nosotros sabemos lo que significa organizar un evento de esta magnitud, el esfuerzo que lleva, y lo contentos que estarán que está terminando. Y que está terminando muy bien. Creo que ha sido un evento impresionante, tanto dentro del aula como afuera, así que felicitaciones y muchísimas gracias.

Entrando al tema que traje para conversar hoy con ustedes, aprovechando la metáfora que se utilizó en la conferencia anterior podríamos decir que la causa “Mendoza” es nuestra propia “tragedia procesal” en materia de litigio estructural. La presentación, que

¹ Conferencia del autor en el “III Congresso Brasil - Argentina de Direito Processual. Temas de Direito Processual Contemporâneo”, celebrado en la Universidade Federal do Espírito Santo del 12 al 14 de abril de 2018. Agradezco la colaboración de Matías Caimi para la desgrabación del audio. El texto tiene modificaciones y correcciones menores para adaptarse al formato escrito.

intentará explicar por qué digo esto, está planteada en cuatro partes. Como esta sentencia es objeto de estudio a nivel internacional, la idea es proponer una lectura crítica al respecto que nos permita ir un poco más allá del papel para comprender lo que está sucediendo en la realidad.

Primero quiero contarles algunas premisas constitucionales y legislativas propias de nuestro país, ya que son importantes para entender lo que está pasando ahí en materia de litigios estructurales.

Luego me voy a referir específicamente a la causa “Mendoza Beatriz y otros c. Estado Nacional”, que es el proceso donde se discute la limpieza del Riachuelo, de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo. Les voy contar cuál es el alcance del conflicto, y también les voy a contar cómo se planteó este conflicto en sede judicial.

A partir de ahí, en tercer lugar me voy a enfocar en cuatro cuestiones puntuales, cuatro problemas estructurales de este proceso estructural, que tienen que ver con la legitimación pasiva, la falta de información adecuada con que se está trabajando, los problemas de representatividad que se están dando al interior del proceso, y los serios problemas de implementación que ha tenido una decisión que, en el mes de julio, va a cumplir 10 años.

Finalmente voy a decir algunas palabras sobre las dificultades políticas y procesales que enfrenta el sistema de administración de justicia a la hora de implementar en la práctica este tipo de remedios estructurales.

II

Empecemos entonces con las premisas constitucionales. Ustedes tienen que saber que en la República Argentina hubo una reforma constitucional muy importante en el año 1994. Esta reforma reconoció en el art. 43 una verdadera garantía del debido proceso legal colectivo.

Por un lado, reconoció categorías subjetivas de derechos colectivos similares a las que ustedes tienen reconocidas en su Código de Defensa del Consumidor (el cual, quince años después, nuestra Corte siguió como modelo en su jurisprudencia para interpretar este art. 43 de la Constitución).

Por otro lado, reconoció la legitimación activa de distintos actores sociales y políticos para poder actuar en sede judicial en defensa de estos derechos. Lo hizo con un modelo híbrido que funde al “afectado”, que viene del modelo de acciones de clase estadounidense, junto con organizaciones no gubernamentales, más propias del sistema europeo, y también con el Defensor del Pueblo, el “Ombudsman”, también propio del sistema europeo.

A pesar de que ya pasaron más de 23 años desde esta reforma (va a cumplir 24 a fines de este año), no tenemos en Argentina, como tienen ustedes, una regulación adecuada y transubstantiva en materia de procesos colectivos. Hay sólo dos leyes que tienen algunas previsiones aisladas en la materia, que en principio, además, aplican solamente a esos campos del derecho. Me refiero a la Ley General del Ambiente y a la Ley de Defensa del Consumidor. Les comento también que hay un proyecto legislativo en marcha iniciado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el cual esperamos poder empezar a discutir públicamente a la brevedad.

Frente a este vacío legislativo, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ocupado un rol muy importante en materia colectiva. No solo a través del dictado de sentencias, sino también a través del dictado de reglamentaciones administrativas que han regulado cuestiones procesales colectivas. Esto en nuestro sistema es claramente inconstitucional, pero en medio del vacío legislativo ha sido algo útil, por lo menos, para generar algo de seguridad jurídica en un campo que es realmente caótico en este momento.

III

¿Cuál es el conflicto que subyace en la causa “Mendoza”?

La causa “Mendoza” involucra un conflicto de derecho ambiental y, fundamentalmente, un conflicto de derechos humanos que afecta a más de 5 millones de personas que viven en la zona de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo. Se trata de ríos que desembocan en el Río de la Plata. Es un conflicto histórico ya que la contaminación se ha ido acumulando durante 130 años, por lo menos. Hay un precedente de nuestra Corte del año 1887 donde el tribunal validó la competencia de la Provincia de Buenos Aires para regular los vuelcos de los saladeristas en ese momento. Imaginen ustedes lo que significan 130 años de industrias y de empresas arrojando desechos al río.

La zona de influencia de la cuenca involucra 2.240 km² de superficie, hay más de 16.700 industrias relevadas en la zona -desde la industria más pequeña hasta las más grandes que puedan imaginar- y además la clase representada involucra a un grupo de personas muy complejo. Como vamos a ver, esto ha generado muchos problemas a la hora de implementar la decisión porque no hay necesariamente homogeneidad entre los intereses de los miembros del grupo.

Ésta que ven acá es la zona de influencia de la cuenca. Traje algunas imágenes para graficar de qué estamos hablando y para tener una idea más concreta del calibre del conflicto. Especialmente para tener en cuenta, como les decía, que esto no sólo es un caso ambiental. Esto es un caso de Derechos Humanos. Hay miles y miles de personas que viven en situación absolutamente indigna. Muchas de esas personas forman parte de grupos vulnerables de los que hablaba la Dra. Kalafatich en el día de ayer. Me refiero a niños, niñas y adolescentes, ancianos y personas con discapacidad, entre otros. Hablamos de sujetos que tienen una tutela preferente y un deber

positivo de aseguramiento exigido al Estado por el Art. 75 inc. 23° de nuestra Constitución Nacional.

¿Cómo es que este conflicto, fenómeno extraprocesal, llega al sistema de administración de justicia? Llega en clave colectiva, a través de una representación ejercida por 17 personas que viven en esa zona de influencia (17 de 5.000.000, 17 personas hablando por 5.000.000). Esa legitimación luego se amplió, porque una vez que el caso tomo estado público, por supuesto, intervinieron varias organizaciones no gubernamentales y también se presentó en la causa el Defensor del Pueblo de la Nación.

La causa colectiva fue planteada en instancia originaria de la Corte. Nosotros tenemos una Corte moldeada al estilo estadounidense, que tiene competencia apelada y competencia originaria igual que el Superior Tribunal Federal Brasileño. Y esto es importante porque en su competencia originaria la Corte actúa en el caso como juez de primer grado, actúa con jurisdicción plena sobre el asunto.

¿Quiénes fueron los demandados? Estas 17 personas demandaron al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad de Buenos Aires -a los cuales se sumaron luego 14 Municipios que tienen alguna zona de influencia sobre la cuenca- y, además, demandaron a 44 empresas. Solo 44 empresas de las 16.700 que hay relevadas hasta el día de hoy. Por supuesto, piensen en las empresas más grandes.

¿Qué es lo que pretendían estos actores colectivos? Pretendían fundamentalmente 2 cosas: la recomposición del daño ambiental y la indemnización de los daños individuales sufridos en la salud y los bienes de cada uno de los miembros de ese grupo.

¿Qué hizo la Corte? La Corte estuvo 3 años para resolver la admisibilidad de esta causa mediante la sentencia "Mendoza I" del 20 de junio del 2006. En esta decisión lo que hizo fue afirmar que la única pretensión sobre la cual ella tenía competencia originaria era la pretensión de recomposición del daño colectivo, y se quedó con esa

parte de la causa. Sobre el resto -esto es, las pretensiones de daños individuales de los miembros del grupo- la Corte dijo que podrían ser consideradas “derechos individuales homogéneos” (primera vez que nuestro tribunal utilizó esta terminología, como les decía, claramente tomada de la fuente del Código de Defensa del Consumidor Brasileño) y los mandó a litigar ante los jueces de primer grado que correspondieran por razón del territorio. Esto sucedió porque, en la interpretación que hizo la Corte, de acuerdo con la Ley General del Ambiente el tribunal sólo tenía competencia para tratar y resolver el daño colectivo.

Dos años después, el 8 de julio del año 2008, la Corte dictó la sentencia “Mendoza II”. La sentencia que contiene el remedio estructural. En esta sentencia estructural lo que hizo la Corte fue aprobar un Plan Integral de Saneamiento Ambiental para la zona afectada por el conflicto. El contenido de ese plan involucra la limpieza de los márgenes del río, la relocalización de las personas que viven en esa zona, la registración y el control de las industrias, la implementación de un plan sanitario de emergencia para atender las necesidades urgentes de la gente que vive en esa zona, entre otras cosas. Sus alcances fueron establecidos por la Corte con fundamento en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente. No se cita un sólo artículo, ni de la Constitución Nacional ni de la Ley General del Ambiente. Es una invocación general que hizo la Corte para justificar su poder de establecer este Plan Integral de Saneamiento Ambiental, que básicamente lo que hizo fue organizar distintas líneas de política pública desde el tribunal e imponerlas al poder administrador de los Estados demandados.

¿Cuáles fueron las razones que invocó la Corte para hacer esto, para decir “yo tengo poder para poder establecer este plan”? Esta es una de las cosas más interesantes de la decisión, ya que las razones fueron que ninguna de las partes había aportado información actualizada al respecto. Ninguna de las partes había aportado la información

necesaria para poder llevar adelante alguna otra medida que tendiera a cumplir con ese objetivo de recomponer el daño colectivo ambiental provocado en la zona.

Ese Plan Integral De Saneamiento Ambiental, como bien comentaba el colega hace un momento, lo que hizo fue establecer criterios generales ¿Por qué? Porque lo que buscó fue ordenar qué es lo que había que hacer y cuáles objetivos debían cumplirse para eso, sin entrar a decidir cómo había que hacerlo, cuáles eran las técnicas que había que llevar adelante para tal fin. Porque la Corte entendió, y expresamente así lo manifestó en la decisión, que eso era competencia privativa del poder administrador.

IV

Avancemos ahora sobre cuatro de los problemas que tiene la causa. El primero de ellos es un problema con la legitimación pasiva.

Como les decía, este es un conflicto de contaminación acumulativa durante más de 130 años. Entonces, la pregunta es ¿a quién demandamos?, ¿a quién le reclamamos para solucionar este conflicto? Un conflicto que además, va de suyo, es extremadamente complejo por la enorme cantidad de personas que están afectadas y por la dificultad que tienen las acciones que hay que desarrollar para solucionarlo.

Yo les dije también que esos 17 actores que representaron al colectivo demandaron a 44 empresas. Sin embargo, la sentencia del 2008 no dice una palabra respecto de las 44 empresas. Mucho menos respecto de las más de 16.700 que se suman a esas 44 empresas y que habría que determinar si tienen responsabilidad o no para responder por el daño ambiental. Esas 44 empresas no están en la decisión.

¿Cuál es el problema de esto? Bueno, esto tiene varios problemas. Primero, hay un serio defecto técnico en la decisión. Hay un problema

de congruencia, porque la Corte no se expidió sobre una pretensión muy concreta de responsabilidad de las empresas. Segundo, hay un problema mucho más concreto que se deriva de esa incongruencia: de acuerdo con los números que se están barajando, el Estado ya ha invertido en estos 10 años miles de millones de dólares para intentar implementar el Plan Integral de Saneamiento Ambiental. Miles de millones de dólares aportados exclusivamente por los Estados. O sea, aportados exclusivamente por nosotros, los contribuyentes. En una sentencia que condenó al Estado por responsabilidad refleja, por omitir controlar a las empresas... ¡sin condenar al contaminante directo!

Esto es algo sumamente grave y es un problema que la Corte aún no ha podido solucionar hasta el día de hoy. Se ha reclamado reiteradamente en el expediente que se condene a esas empresas. Acá hay una cuestión técnica, un poco específica, que es importante aclarar: la responsabilidad civil por daño ambiental en la Argentina es una responsabilidad solidaria. En razón de ello, varias de las 44 empresas pidieron traer como terceros a las otras 16.700 para poder después ejercer la acción de contribución por la parte que corresponda en caso de ser condenadas. Y este es un problema que la Corte no puede resolver ya que, lógicamente, si ordenan esas citaciones el proceso se torna imposible de gestionar, se torna inviable.

Está solicitado expresamente en el expediente que se forme una acción de clase pasiva, algo sobre lo que aquí en Brasil ya hay algunos antecedentes. Sin embargo, la Corte continúa sin decir una palabra sobre el tema.

Segundo problema: falta de información.

Les dije que la Corte invocó expresamente en la decisión la falta de información para arrogarse ese poder de determinar los alcances del Plan Integral de Saneamiento Ambiental. ¿Cuál es el problema de la falta de información? Uno que veo muy claro es el impacto directo en el tipo de remedio, en el tipo de sentencia que se puede dictar.

Cuanta menos información tengo, más general tiene que ser la decisión que tomo porque, justamente, no tengo información para tomar decisiones más específicas. Y cuanto más general es la decisión que tomo, ¿cuál es el problema? El problema es cómo hago para implementarla, cómo hago para obligar al poder administrador a tomar decisiones adecuadas que cumplan con los objetivos establecidos en ese Plan.

Fuera de eso, el problema de falta de información en la causa es más profundo todavía porque la Corte ha seguido trabajando durante estos 10 años sin la suficiente intervención de expertos, sin trabajo interdisciplinar serio con ingenieros, médicos, trabajadores sociales, hasta con psicólogos por todos los problemas que están sucediendo para los grupos de personas que viven en la zona.

El tercer problema se vincula con cuestiones de falta de representación de muchas personas al interno del proceso.

Cuando la causa “Mendoza” se planteó, frente al conflicto, esto es, el fenómeno extraprocesal del conflicto colectivo, estábamos todos de acuerdo. Tal vez no las empresas, pero toda la sociedad estaba de acuerdo en que había que limpiar, y estamos de acuerdo en que hay que limpiar, la cuenca Matanza-Riachuelo. Podríamos decir así que las 17 personas que promovieron la demanda vinieron a representar a 5.000.000 que estaban de acuerdo con el objetivo final del proceso.

Ahora bien, cuando hay que empezar a avanzar en el cómo, en definir cómo hacemos para cumplir ese objetivo en el que estamos de acuerdo, ahí ya no estamos todos de acuerdo. Entonces, el grupo de 5.000.000, que podía parecer homogéneo al inicio, se resquebrajó. Hoy existen distintos subgrupos claramente identificables, con intereses opuestos entre ellos, que están siendo representados por esas mismas 17 personas.

Ustedes saben que una de las premisas fundamentales en materia procesal colectiva es la idea de “representatividad adecuada”,

entendiendo por tal la necesidad de controlar que el representante colectivo pueda llevar adelante una defensa vigorosa de la causa y que además no tenga conflictos de interés. El problema entonces es que hoy tenemos grandes sectores de la población involucrada en ese grupo de 5.000.000 personas que no tienen representación adecuada en el expediente.

Entre esos sectores me interesa destacar el de las personas que están siendo relocalizadas y enviadas a lugares que se encuentran lejos de su centro de vida. La Corte, en la última audiencia pública que se realizó en el expediente el 18 de Marzo de este año, no permitió que esas personas participen de la audiencia. Lo pidieron expresamente con el patrocinio del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, y sin embargo no les permitieron participar de la discusión.

Esta situación es doblemente grave. Primero, porque en la propia jurisprudencia de la Corte la representatividad adecuada es un requisito de admisibilidad de la tutela colectiva. Un requisito que debe también ser supervisado por los jueces a lo largo de todo el proceso colectivo. Segundo, porque -también de acuerdo con la doctrina de la propia Corte- el derecho de intervenir en el proceso como parte o contraparte es un derecho constitucional de los miembros del grupo.

Cuarta y última cuestión problemática que quería discutir con ustedes: las dificultades para implementar en concreto la decisión estructural.

¿Qué dice la sentencia de 2008 en este punto? Si uno lee la sentencia del 2008, puede verse que la Corte inventó distintos mecanismos para implementar y ejecutar esta decisión colectiva estructural. Nuestro proceso civil, como les dije, no tiene una ley sobre procesos colectivos y mucho menos una ley especial sobre procesos colectivos para control judicial de políticas públicas, tal como propone el proyecto de Teixeira que ustedes han discutido, redactado en su momento por Ada Pellegrini y Kazuo Watanabe desde el CEBEPEJ.

En este contexto, por supuesto que no es posible implementar una decisión de tal magnitud con los instrumentos que nos aporta nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Lo primero que hizo la Corte en esta materia fue delegar la ejecución en un juez federal de primera instancia. Nunca la Corte había delegado una ejecución de una decisión de instancia originaria, al menos de esta magnitud, en un juez de primera instancia.

En segundo lugar, estableció mecanismos de supervisión para controlar el procedimiento de implementación a través de un cuerpo colegiado integrado por organizaciones no gubernamentales y por el Defensor del Pueblo de la Nación.

Finalmente, también estableció la necesidad de control presupuestario, a fin de saber cómo los Estados condenados estaban ejecutando su presupuesto para cumplir con la orden de la sentencia, y puso ese control en cabeza de un órgano independiente como es la Auditoría General de la Nación.

Había preparado para mostrarles algunos detalles de los problemas puntuales y concretos que ha tenido cada una de estas herramientas, pero solamente los voy a repasar muy por arriba para no excederme con el tiempo que tengo asignado.

El juez federal al cual le delegaron la ejecución fue separado de la causa por serias denuncias de corrupción. Actualmente la ejecución está delegada en dos jueces penales. O sea, jueces que no tienen ningún tipo de competencia material ni especialidad para trabajar en la relación dialógica con la administración pública que supone la implementación de esta sentencia.

El cuerpo colegiado compuesto por estas organizaciones no gubernamentales y liderado por el Defensor del Pueblo de la Nación, está prácticamente desactivado. No tenemos Defensor del Pueblo de la Nación designado hace 9 años en la Argentina, y las organizaciones hacen lo que pueden para tratar de canalizar muchísimos reclamos de

la ciudadanía, sin capacidad suficiente en términos de recursos por más que tengan buena voluntad para poder llevar adelante esto en forma adecuada.

El control presupuestario podemos decir que ha sido más o menos razonable, tal vez porque es el más fácil de realizar.

V

Para terminar, algunos comentarios finales.

Creo que la ejecución de la sentencia “Mendoza”, como la ejecución en general de las sentencias en materia de litigio estructural, está condicionada por dificultades de dos tipos íntimamente relacionadas entre sí.

La primera es una dificultad política, que es de lo que habló la Dra. Ucin y también mi colega hace su momento. Me refiero a los límites del Poder Judicial en un sistema republicano y democrático para poder marcar la agenda pública y decidir cuestiones para las cuales no fue elegido. Se trata de una dificultad que en el caso “Mendoza” se recrudece porque, en principio, no tenemos el argumento contramayoritario para defender la actuación del Poder Judicial.

Como les decía, estamos todos de acuerdo en que tenemos que llegar al objetivo que plantea la sentencia de la Corte. Entonces, si sacamos de la ecuación ese argumento contramayoritario, el Poder Judicial necesita construir otro tipo de legitimidad. La Dra. Ucin lo puso en términos de argumentación, con lo cual estoy absolutamente de acuerdo y es algo sobre lo que también venimos trabajando hace tiempo. Agregaría a eso la necesidad de cambiar los procedimientos para construir esa legitimidad política que no tiene origen en el voto popular.

La otra dificultad es de tipo procesal, netamente procedimental, y está fundada en la ausencia de reglas para trabajar con conflictos de

este calibre. Cappelletti lo dijo hace más de 40 años: trabajar sobre este tipo de casos con los instrumentos del proceso tradicional es como querer hacer una delicada cirugía con el hacha de un leñador. Yo lo pensaría al revés: es como querer cortar un árbol con un bisturí de un cirujano. Es imposible.

Esa ausencia de reglas, además, lleva a los jueces a actuar discrecionalmente, cada vez con mayor discreción. Como les decía, todo esto la Corte lo inventó. La causa “Mendoza” es “Mendoza” porque la Corte es la Corte. Ningún otro tribunal de nuestro país podría haber hecho lo que se hizo en esta sentencia. La Corte no tiene nadie que revise, claro. Pero cuando los jueces empiezan a trabajar con mayor discreción, su actividad se aparta de la función jurisdiccional y se parece cada vez más a una función administrativa. Y entonces volvemos a enfrentarnos con la dificultad política.

Por eso es fundamental contar con reglas adecuadas para trabajar con este tipo de procesos. Para adentro del proceso, a fin de respetar la garantía de debido proceso legal colectivo de esos millones de personas cuyos derechos están siendo afectados y a quienes, en muchos casos, no se les está permitiendo ni siquiera tener voz dentro de la discusión. Y para afuera, porque necesitamos generar otro tipo de vinculación entre el Poder Judicial y el poder administrador.

Ayer hablamos con Marco Jobim en la Escuela de la Magistratura, donde tuvimos una discusión muy interesante respecto de esta última cuestión. Una discusión en la cual creo que la lectura de Gargarella aporta mucha claridad cuando explica que en Argentina tenemos derechos del siglo XXI pero, al mismo tiempo, tenemos una sala de máquinas del siglo XIX para trabajar con esos derechos. En otras palabras, estamos trabajando con un sistema institucional y de división de poderes que fue pensado para una sociedad que no existe más.

Los procesos colectivos están empezando a hacer crujir ese sistema político, ese sistema de división del poder. Esto es algo de

lo que tenemos que hacernos cargo y empezar a discutir con mayor profundidad, porque es grave y serio. Y excede, por supuesto, lo que significa la materia procesal. Por eso también tenemos que empezar, creo, a abrir estas discusiones interdisciplinariamente y trabajar con politólogos, con sociólogos, con economistas. Trabajar fundamentalmente sobre muchas cuestiones que no tienen que ver con técnica procesal, pero sin las cuales no vamos a poder trabajar con eficiencia en materia procesal.

Con esto termino.

Les agradezco mucho por la atención y quedo a disposición para responder cualquier pregunta que puedan tener.

PROCESSOS ESTRUTURAIS E FORMALISMO-VALORATIVO

Claudio Madureira¹
Hermes Zaneti Júnior²

INTRODUÇÃO

A literatura jurídica registra a configuração de processos estruturais, no corpo dos quais são proferidas o que em doutrina de convencionou chamar decisões estruturais³, cuja finalidade é procurar implantar uma reforma estrutural (*structural*

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.

² Possui Pós-Doutorado em Direito pela *Università degli Studi di Torino*. Mestre (2001). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2005), orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Doutor em Teoria e Filosofia do Direito pela *Università degli Studi di Roma Tre* (2014), orientador Luigi Ferrajoli. Professor da Graduação e Pós Graduação (Mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. Membro da IAPL, IIDP, IBDP. E-mail: hermeszanetijr@gmail.com. Artigo vinculado ao Grupo de Pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo” de que é líder, contando com financiamento de bolsistas pela CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e pela FAPES – Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo.

³ A propósito, cf. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1: 46-64, jan.-apr., 2017); (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225); (JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes [coord.]. *Repercussões do Novo CPC – processo coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016); (JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013); (VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Juspodivm, 2013); (ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix [coord.]. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017).

reform) em um ente, personalizado ou não, organização ou instituição (poder público ou privado), com os objetivos de (i) concretizar direitos fundamentais, (ii) realizar uma determinada política pública ou (iii) resolver litígios complexos,⁴ solucionando o conflito para cessar a situação de ilicitude permanente perpetrada pela deficiência estrutural ou ausência de política pública.

Ocorre que a sua estruturação prática remete a discussões teóricas ainda tormentosas no plano da Ciência, como a suposta ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para formular escolhas político-administrativas em substituição ao Poder Executivo (que suscita a necessidade de identificação de limites à separação entre os poderes e à própria intervenção do Judiciário no mérito administrativo) e para proferir decisões sobre questões não controvertidas no processo (com impactos sobre a regra de congruência externa das demandas e sobre a própria noção de contraditório)⁵.

Seria confortável sustentar que, até que tenhamos a completa pacificação das dissensões anteriormente mencionadas, o princípio da segurança jurídica impediria a incidência, no campo da aplicação do Direito, da doutrina subjacente aos processos e decisões estruturais. No entanto, não podemos nos esquecer de que a doutrina dos processos estruturais foi concebida com o objetivo de possibilitar a realização da Justiça em casos limites, para cuja realização a teoria tradicional do

⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes, cit., p. 48-49.

⁵ No ponto, reportamo-nos, a título de exemplo, ao magistério de Sérgio Cruz Arenhart, que defende a estruturação de “um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da ‘separação dos Poderes’”, à consideração de que “não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”, que remete à revisão ou, quando menos, à flexibilização, da compreensão segundo a qual o Poder Judiciário não pode se imiscuir no chamado *mérito administrativo*, e propõe a atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, “de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado” (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, cit., p. 397-398).

processo, e até mesmo as garantias estabelecidas pelo constituinte e pelo legislador em favor do cidadão (direitos fundamentais), têm se mostrado insuficientes, ou, quando menos, insatisfatórios.

Posto isso, procuraremos demonstrar que a sua incidência, entre nós, pode se verificar independentemente da pacificação dessas discussões teóricas, desde que se observe, nos processos respectivos, com o propósito de realizar a justiça em casos limites, padrões de dialeticidade ampliados, nos moldes propostos pela doutrina do Formalismo-Valorativo. Este é, portanto, um trabalho que busca mais a convergência entre os seus autores do que dar ênfase as divergências teóricas do campo constitucional e administrativo sobre o controle jurisdicional de políticas públicas. Obraremos no campo do possível, atendendo ao interesse coletivo, no espaço no conformado pelo mesmo objetivo: a melhoria das políticas públicas, com maior *accountability* social e mais efetividade no gasto público.⁶

PROCESSO E DECISÕES ESTRUTURAIS

Não é fácil estabelecer um conceito analítico para o processo e as decisões estruturais⁷. Essa matriz teórica surgiu nos Estados Unidos da América, a partir da postura mais ativa dos juízes que marcou a atuação do Poder Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970⁸; mas

⁶ A questão do controle judicial de políticas públicas já foi amplamente debatida pelos autores em outros textos: ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019 (n.m. 3.1.3. e ss.); ZANETI JR., Hermes. *A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: Funções de Governo e Funções de Garantia*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. São Paulo: GEN/Forense, 2013.

⁷ Sobre a argumentação que se segue cf. DIDIER JÚNIOR Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Notas sobre as decisões estruturantes*, cit., p. 46-49.

⁸ JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*, cit., p. 93. Os estudos desta matéria foram realizados originalmente por Owen Fiss e Judith Resnik, professor de Yale: FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives*:

foi concebida, naquele contexto, com viés muito pragmático e sem grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão⁹.

A literatura jurídica registra que o litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte Norte-Americana considerou inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Quando determinou a aceitação da matrícula de estudantes negros em escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, o Tribunal Constitucional iniciou amplo processo de mudança no sistema público de educação dos Estados Unidos da América, dando origem ao que em doutrina se convencionou chamar *structural reform*¹⁰. A propósito, Owen Fiss leciona que, depois do Caso Brown, “a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social”, e que as “reformas estruturais alcançaram tão longe quanto o moderno Estado Burocrático”¹¹. Enfim, o modelo de decisão proferida no caso *Brown versus Board of Education of Topeka* expandiu-se, passando a ser adotado em outros casos, o que fez com que o Poder Judiciário

an Introduction to Procedure. New York: Foundation Press, 2003.

⁹ Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, “a processualística brasileira é dotada de uma invejável capacidade analítica para elaborar conceituações, definições, distinções, classificações e sistematizações. Entretanto, ela jamais se dignou a desenvolver estudos convincentes de hermenêutica jurídica. Ademais, ainda engatinha na arte pragmática de desvencilhar-se sem culpa de argumentos de coerência analítica para pautar-se naqueles que promovam maior praticidade de resultados” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012. p. 46).

¹⁰ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 761.

¹¹ Tradução livre, no original: “The public school system was the subject of the Brown suit, but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies. Structural reform reached as far as the modern bureaucratic state” (FISS, Owen. *Two models of adjudication*, cit., p. 761).

Norte-Americano, por meio de suas decisões, passasse a impor amplas reformas estruturais em instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidas determinadas diretrizes constitucionais.

A decisão estrutural (*structural injunction*) busca, então, implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição (poder público), com os objetivos de (i) concretizar direito fundamental, (ii) realizar determinada política pública ou (iii) resolver litígios complexos¹². Por sua vez, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural¹³.

¹² Litígio complexo, neste contexto, não é somente aquele que envolve discussão sobre tese jurídica complexa ou sobre muitas questões de fato, mas sim aquele que põe em rota de colisão múltiplos interesses sociais, todos eles dignos de tutela. Um bom ponto de partida para a compreensão sobre a litigiosidade complexa pode ser encontrado no pensamento de Edilson Vitorelli, ao cuidar dos por ele denominados litígios de difusão irradiada: “Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas. Essas situações dão ensejo a conflitos mutáveis, multipolares, opondo o grupo titular do direito não apenas ao réu, mas a si próprio. Exemplifique-se com os conflitos decorrentes da instalação de uma usina hidrelétrica. Se, no início do processo de licenciamento, são discutidos os impactos prospectivos da instalação do empreendimento, em seu aspecto social e ambiental, a fase de obras já muda o cenário da localidade, com a vinda de grandes contingentes de trabalhadores que alteram a dinâmica social. Os problemas passam a ser outros, muitas vezes, imprevistos, e os grupos atingidos já não são os mesmos que eram no primeiro momento, em que se decidiam os contornos do projeto. Na seara ambiental, altera-se o curso ou o fluxo das águas do rio, bloqueando-se estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram, se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos. Apenas em razão da realização de uma obra, o meio ambiente natural e a dinâmica social se alteram de tal maneira que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas da que existia originalmente.” (LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes [coord.]. *Repercussões do Novo CPC – processo coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 97-98).

¹³ VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 521.

A doutrina jurídica que lhe é subjacente adota como premissa a constatação de que violações perpetradas pelo poder público à efetividade das normas constitucionais (direitos fundamentais), sejam elas concretas (consumadas) ou potenciais (ameaças de lesão), não podem ser eliminadas sem que essas organizações sejam reconstruídas, no curso dos processos respectivos (processos estruturais), por meio das decisões jurídicas neles proferidas (decisões estruturais)¹⁴. Disso resulta a complexidade do conteúdo das decisões estruturais e, por conseguinte, dos processos estruturais que as suportam¹⁵. É que, para atingir o objetivo de reconstruir (construir ou reformar) as organizações burocráticas, elas em geral prescrevem normas jurídicas de conteúdo aberto¹⁶, cujo preceito indica um resultado a ser

¹⁴ FISS, Owen. Two models of adjudication, cit., p. 761.

¹⁵ Sobre a argumentação que se segue cf. DIDIER JÚNIOR Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes, cit., p. 49-50.

¹⁶ Norberto Bobbio, em obra clássica dedicada ao estudo do positivismo jurídico, assevera que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 212). O signo, nessa conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o suporte físico, o significado e o significante. Nesse contexto, o suporte físico é designado como a expressão material do signo, o significado como o seu objeto real ou imaginário e o significante como a ideia ou conceito que os intérpretes formam acerca do suporte físico. Se transpusermos esse modelo semiótico para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o suporte físico, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) e/ou da conduta humana sobre a qual essa norma hipoteticamente incide (fato) o seu significado e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída (ou revelada) por meio de exercício hermenêutico, a significação que os intérpretes (aplicadores) atribuem ao seu objeto cognoscente (a propósito, cf., por todos, CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06-07). Destrinchada, nesses termos, a atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes com vistas à compreensão/aplicação do direito positivado dos textos normativos, torna-se evidente que o que Bobbio quis dizer quando referiu a existência de um certo desajuste entre a *ideia* (significante) e a *palavra* (suporte físico) (cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 213) foi que o Direito aplicado ao caso decidido pode não se apresentar, em concreto, como imagem espectral do direito expressado nos enunciados prescritivos aprovados pelo Parlamento. Com efeito, se a significação remonta à *ideia* (ou conceito) que o intérprete tem do suporte físico analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da significação) é mutável no ambiente cognitivo do direito, em vista da

alcançado (uma meta, um objetivo), assumindo, portanto, a estrutura deôntica de norma-princípio, que tem por objetivo de promover um

compreensão do intérprete acerca dos conceitos jurídicos expressados na norma jurídica em tese aplicável (significado), pode ocorrer, na casuística, de a norma concreta a ser revelada não reproduzir *ipsis literis* o que resta prescrito nos textos normativos. E tal ocorre, ainda, porque essa *ideia* (significação) formada pelo intérprete acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) também é influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a sua atividade quando procura no ordenamento jurídico-positivo a norma abstrata capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos. Essa perspectiva é aceita e sustentada inclusive por Hans Kelsen (seguramente um dos teóricos mais influentes entre os positivistas da Era Contemporânea), que acentua que coliga a decisão judicial à continuação do processo de criação da norma jurídica, quando expressa, em sua *Teoria Pura do Direito*, que “somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265). Disso resulta a distinção teórica entre texto (enunciados prescritivos editados pelo Parlamento) e norma (enunciados descritivos que resultam da atividade interpretativa); que também se ampara (i) na constatação de que o Direito passou a ser expressado, a partir do último quadrante do século passado, notadamente em vista do que se convencionou chamar “a crise do Poder Legislativo” (cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 179), em termos abertos (cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 174), mediante o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados (cf. MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 39); (ii) na constitucionalização dos direitos e dos princípios ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 54), conjugada à imensa potencialidade reconstrutiva de nosso regime de controle da constitucionalidade das leis, que adota, desde a Constituição de 1891, o controle difuso de constitucionalidade, abrindo espaço para que se discutisse, quando da apreciação dos casos concretos, não apenas a subsunção da atividade administrativa aos textos legais (controle de legalidade), mas também a sua conformidade aos enunciados prescritivos que compõem a Constituição (controle da validade constitucional) (cf. MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 128-136, passim); e (iii) a notável flexibilização do Direito, no campo da sua aplicação, proporcionada pela distinção teórica entre regras e princípios jurídicos, inaugurada a partir da célebre dissensão entre Hart (HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994) e Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

determinado estado de coisas,¹⁷, na sua máxima medida.¹⁸ Além disso, elas procuram estruturar o modo como o resultado almejado será alcançado, determinando condutas que serem observadas/evitadas para que se obtenha, pela via do atendimento ao preceito veiculado, o resultado almejado; assumindo, no ponto, a estrutura deôntica de uma norma-regra¹⁹.

As normas-regra são essenciais para o resultado prático a ser alcançado. Para Edilson Vitorelli, “à medida que os processos de reforma estrutural avançaram, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não era suficiente para alcançar os resultados desejados”, num contexto em que, “ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando

¹⁷ Quanto ao particular, Humberto Ávila Ávila expressa que os princípios jurídicos introduzem os valores no campo da aplicação do Direito, dispondo, a propósito, que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95).

¹⁸ Cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 91, nota 37. Com isto supera-se a crítica de Humberto Ávila de que os princípios não são eles mesmo mandados de otimização, mas sim fins a serem perseguidos na máxima medida (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 53-55, existe tradução para o inglês ÁVILA, Humberto. *Theory of legal principles*. Dordrecht: Springer, 2010). Isso porque, só são mandados de otimização, como versa Alexy, em relação aos demais princípios (já incluída a possibilidade de colisão), desconsiderada essa dimensão são “mandados de maximização”, devendo ser realizados na medida máxima das possibilidades fáticas, uma vez que afastada a possibilidade de contradição jurídica a ser superada (não há princípio antagonista). Trata-se assumidamente de uma operação na qual se tem a “*ventaja de la simplicidad*” (ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *idem*). O tema da distinção qualitativa é controverso, na doutrina afirma Giorgio Pino que “Vi sono [...] ragioni per ritenere che tutti tentativi finora esperiti di tracciare una distinzione netta, qualitativa, tra regole e principi siano falliti.” PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010, p. 52 e 53.

¹⁹ A propósito delas, Ávila observa, referindo-se ao magistério de Dworkin, que “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida; ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 28).

de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão”²⁰. Já as normas-princípios são fundamentais para estabelecer às finalidades e objetivos e para controlar a adequação dos resultados alcançados essas finalidades/objetivos. Uma apoiam as outras, num contexto em que as normas-regra realizam o que as normas-princípio planejam.

A principal característica dos litígios deflagrados para a efetivação de reformas estruturantes é a acentuada intervenção judicial na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos²¹. No ponto, Marco Félix Jobim destaca que, “quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente, ou quando o Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar”, cumpre ao Poder Judiciário intervir, em processos individuais ou coletivos, sempre que provocado pelas partes interessadas, mediante a prolação de decisões que possam solucionar os conflitos que lhe forem submetidos²². Esse fenômeno ficou conhecido como ativismo judicial (compreendido e conceituado em contraposição à autocontenção judicial), que, “em alguns casos, pode trazer benefícios, e em outros prejuízos”, muito embora “num ativismo judicial equilibrado a tendência do acerto é maior que a do erro”²³, sobretudo porque “o ativismo judicial [rectius.: ativismo da

²⁰ VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo, cit., p. 533.

²¹ Segundo Owen Fiss, a *structural reform* permite ao Poder Judiciário sair do isolamento em que se encontra quando é chamado a resolver litígios individuais ou privados (a chamada *dispute resolution*), alçando-o ao posto de participante do governo e parte integrante do sistema político (FISS, Owen. Two models of adjudication, cit., p. 764). Sobre a argumentação que se segue cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes, cit., p. 50-52.

²² JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes, cit., p. 104.

²³ JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes, cit., p. 104. É de se observar que as decisões estruturais não corporificam ativismo judicial propriamente dito, mas revelam a aplicação do quadro normativo vigente através de medidas concretas; logo, não é o juiz que é ativo, ativas nas políticas públicas no Brasil são as leis e a Constituição (cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, v. 4. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017).

lei e da Constituição] utilizado de uma forma correta pode trazer benefícios extremos ao cumprimento das decisões emanadas das Cortes superiores”²⁴.

Outro traço distintivo das decisões estruturais é que à decisão principal seguem-se inúmeras outras, proferidas com o propósito resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores, de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal. Disso resulta o que Sérgio Cruz Arenhart chamou de *provimentos em cascata*, em que as decisões se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores, num contexto em que a decisão atual depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior²⁵. Em suas próprias palavras:

[...] é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, que se limitará a fixar em linhas gerais as diretrizes para a proteção do direito a ser tutelado, criando o núcleo da posição jurisdicional sobre o problema a ele levado. Após essa primeira decisão – normalmente, mais genérica, abrangente e quase ‘principlológica’, no sentido de que terá como principal função estabelecer a ‘primeira impressão’ sobre as necessidades da tutela jurisdicional – outras decisões serão exigidas, para a solução de problemas e questões pontuais, surgidas na implementação da ‘decisão-núcleo’, ou para a especificação de alguma prática devida²⁶.

É o que se verifica, por exemplo, na hipótese de prolação pelo Poder Judiciário de decisão que, visando à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabelece um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos

²⁴ JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes, cit., p. 96.

²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, cit., p. 400.

²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, cit., p. 400.

prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade. Ou quando é proferida decisão que, com o propósito de assegurar o direito à saúde e considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o *zika* vírus, estabelece impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo uma série de condutas para autoridades municipais. Ou, ainda, no caso de decisão que, buscando salvaguardar direitos de minorias, impõe a inclusão, na estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas.

Essas decisões são proferidas, entre nós, com fundamento na incidência conjugada do inciso IV do artigo 139 do CPC²⁷ com o disposto no parágrafo 1º de seu artigo 536²⁸. Esses dispositivos processuais encerram cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas²⁹. Também orientam a sua configuração, no particular, dada a complexidade das matérias debatidas nos processos estruturais e a potencialidade de as decisões neles proferidas atingirem um número significativo de pessoas, novas modalidades de participação concebidas pela lei processual, como a admissão de *amicus curiae* (art. 138 e p.p.³⁰) e

²⁷ CPC. “Art. 139. O juiz *dirigirá o processo* conforme as disposições deste Código, *incumbido-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial*, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (destaques pessoais).

²⁸ CPC. “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º - Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a *imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo*, caso necessário, *requisitar o auxílio de força policial*” (destaques pessoais).

²⁹ Cf. DIDIER JÚNIOR Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes, cit., p. 50-57.

³⁰ CPC. “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,

a designação de audiências públicas (art. 927, p. 2^o³¹, art. 983, p. 1^o³² e art. 1.038, II³³), entre outras formas atípicas de participação; visto que as fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais são insuficientes para garantir participação ampla nos processos estruturais³⁴.

O PROBLEMA DA (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO PARA FORMULAR ESCOLHAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS E PARA PROFERIR DECISÕES SOBRE QUESTÕES NÃO CONTROVERTIDAS NO PROCESSO

No entanto, a instrumentalização de processos estruturais e a prolação, em seu corpo, de decisões estruturais, remete a discussões teóricas ainda tormentosas no plano da Ciência, com destaque para a

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 § 3^o. § 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” (destaques pessoais).

³¹ CPC. “Art. 927. [...] § 2^o - A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos *poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese*” (destaques pessoais).

³² CPC. “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1^o - Para instruir o incidente, o relator *poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria*” (destaques pessoais).

³³ CPC. “Art. 1.038. O relator *poderá: [...] II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria*, com a finalidade de instruir o procedimento” (destaques pessoais).

³⁴ No mesmo sentido GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2015, v. 249. p. 26.

suposta ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para formular escolhas político-administrativas em substituição ao Poder Executivo (que suscita a identificação de limites à separação entre os poderes e à própria intervenção do Judiciário no mérito administrativo) e para proferir decisões sobre questões não controvertidas no processo (com impactos sobre a regra de congruência externa das demandas e sobre a própria noção de contraditório).

Relacionamento entre os processos/decisões estruturais e o problema da (i) legitimidade democrática do Poder Judiciário para formular escolhas político-administrativas

Sérgio Cruz Arenhart defende, em referência à doutrina os processos e decisões estruturais, a configuração de “um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da ‘separação dos Poderes’”, à consideração de que “não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público”, que remete à revisão ou, quando menos, à flexibilização, da compreensão segundo a qual o Poder Judiciário não pode se imiscuir no chamado *mérito administrativo*³⁵. É que, como observa, Eduardo José da Fonseca Costa, o Poder Judiciário, quando “condena o Estado a implantar uma política até então inexistente, a complementar uma política deficiente ou a aperfeiçoar uma política ineficiente”, acaba interferindo “em um elemento de ‘mérito’ da atividade administrativa e tendo alguma ingerência no desenho institucional da política pública pretendida”³⁶.

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, cit., p. 397. Também nesse sentido VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas, cit., p. 146.

³⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo, cit., p. 29. Sobre o assunto, cf., ainda DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes, cit., p. 55-56.

Na lição de Marçal Justen Filho, a expressão *mérito administrativo* é empregada “para indicar esse núcleo de natureza decisória, produzido por uma escolha de vontade pessoal do agente estatal em virtude de uma autorização legislativa”³⁷. Por isso é que, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público”³⁸. No ponto, esse professor fluminense destaca que, “quando o agente administrativo está ligado à lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados”, relacionados ao motivo e ao objeto do ato praticado, com relação aos quais “o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato”³⁹. No entanto, o mesmo não ocorre com os atos discricionários, com relação aos quais o ordenamento “defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta”⁴⁰. Disso resulta a observação de Justen Filho quanto a não se admitir, em Direito, que os órgãos de controle investiguem “o mérito dos atos administrativos”⁴¹. É que “a discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 1.127.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo: 31 ed. rev., atual. e ampl.* – São Paulo: Atlas, 2017. p. 570.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 111. “A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 111).

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 111. “Como o sentido de mérito administrativo importa essa valoração, outra não pode ser a conclusão senão a de que tal figura só pode estar presente nos atos discricionários” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 111).

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 1.324.

para o caso, diante das circunstâncias”, o que faz com que o mérito da atuação discricionária não se sujeite a revisão, sob pena e risco de desaparecimento da própria discricionariedade⁴².

O problema é saber, quando da análise da conduta da Administração Pública, o que é vinculante e o que é discricionário. Embora não tenhamos objeções absolutas – ao controle jurisdicional do mérito administrativo⁴³, preocupa-nos que a interferência do Poder Judiciário se opere sem que sejam observados os limites de cognição impostos pela natureza técnica de algumas decisões aos profissionais do Direito (discricionariedade técnica) e os limites políticos, de legitimação democrática mesmo, para que o Poder Judiciário substitua o Executivo nessas escolhas técnicas e políticas.

Merece atenção, no particular, a distinção teórica, proposta por Ronald Dworkin, entre *argumentos de política* e *argumentos de princípio*.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 1.324. Nesse sentido é o posicionamento consolidado nos Tribunais Brasileiros, conforme se verifica, a título de exemplo, do seguinte julgamento proferido pela Corte Especial do STJ: “SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS – ALTERAÇÃO DEFINITIVA DO ITINERÁRIO PRIMITIVO CONTRATADO - LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA - AGRAVO REGIMENTAL - MANUTENÇÃO. 1. Na excepcional via da suspensão não cabe análise do mérito da controvérsia, tampouco se presta à correção de erro de julgamento ou de procedimento. Cabível, apenas, a análise do potencial lesivo da decisão impugnada frente aos bens tutelados pela norma de regência. 2. Há lesão a ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa, quando a decisão atacada interfere no critério de conveniência e oportunidade do mérito do ato administrativo impugnado. 3. Estando evidente o risco de lesão a pelo menos um dos bens jurídicos tutelados pela norma de regência é de ser deferida a suspensão de liminar. 4. Agravo Regimental não provido (STJ. AgRg na SS 1504 / MG. Relator(a) Ministro EDSON VIDIGAL (1074). CORTE ESPECIAL. DJ 10/04/2006, p. 96) (destaques pessoais).

⁴³ Em primeiro lugar por aplicação da Teoria dos Motivos Determinantes, que enuncia que, “quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação” (o que se verifica nos atos discricionários, que em geral não suscitam motivação quanto aos critérios de conveniência e oportunidade adotados), “ele só será válido se os motivos forem verdadeiros” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254). Em segundo lugar porque, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público alvejado pela lei aplicanda” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 254).

Conforme Dworkin⁴⁴, os *argumentos de política* justificam uma decisão mostrando que ela “fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (que se assenta, exemplificativamente, na decisão por construir a ponte em uma específica localidade, mediante simples escolha realizada pelo Prefeito, na condição de cidadão eleito por seus pares para tomar decisões políticas em seu lugar), enquanto que os *argumentos de princípio* justificam-na “mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (que se assenta, no exemplo proposto, em hipotético impedimento jurídico para a construção da ponte naquela localidade, pautado na imposição a que a Administração Pública seja eficiente, precisamente porque se detectou, em laudo técnico encomendado pelo Município, que a realização da obra em outra localidade seria mais barato e causaria menos impactos urbanísticos). No ponto, Dworkin observa que é da competência do Poder Legislativo, assim como do Executivo, “aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos”, e que, por outro lado, as decisões jurídicas, “que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas por argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política”⁴⁵. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário, assim como os intérpretes/aplicadores que provocam a sua atuação (entre eles os órgãos de controle, com destaque para a atuação do Ministério Público) somente poderiam empregar *argumentos de princípio*⁴⁶; porém, se recorrerem, nessa

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 129.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit., p. 130-131.

⁴⁶ A circunstância de a democracia ter como suporte ineliminável o princípio majoritário, não significa que o princípio democrático admita o absolutismo (ou o domínio) da maioria, como leciona José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 329). É que, como adverte o professor português, “a maioria não pode dispor de toda <<legalidade>>, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível”, o que implica reconhecer que o direito da maioria sempre estará em concorrência com o direito das minorias, notadamente no que se refere aos direitos, liberdades e garantias e, em geral, a toda a disciplina constitucionalmente fixada, contexto em que “o princípio

atividade, a *argumentos de política* (formulando escolhas, ou criticando a conveniência ou a oportunidade das escolhas empreendidas pelos governantes), invadiriam campo de decisão conferido em regime de exclusividade aos legítimos representantes do povo⁴⁷, atentando, assim, contra o Direito e a contra democracia⁴⁸.

da constitucionalidade sobrepe-se ao princípio maioritário” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 329). Exatamente por esse motivo é não se pode ter por absoluta a separação entre os Poderes, contexto em que o Parlamento assume o papel do Legislativo, mas com limitações, o que torna relativo o racionalismo situado na base da ideia do balanceamento (próprio da teoria republicana) e diferencia esse regime daquele racionalismo absoluto do Iluminismo (próprio da teoria liberal) (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 1.414-1.415). Essa é, pois, a conformação e a missão do *regime de freios e contrapesos* que, nas palavras de Paulo Bonavides, “constitui a primeira correção essencial que se impôs” ao princípio democrático, “como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74).

⁴⁷ Essa preocupação teórica de Dworkin em distinguir *princípios* e *políticas* (a propósito, cf. PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, n. 30, jul./set./2005. Brasília: CEJ, 2005. p. 73) parece encontrar respaldo na jurisprudência do STF, que há muito consolidou posicionamento quanto a ser vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador em suas opções políticas, que se manifesta através da vedação a os julgadores atuem como *legisladores positivos* (no ponto, cf., a título de exemplo: STF, RE 149.659, DJ 31-03-1995, Relator Ministro PAULO BROSSARD; STF, AI-AgR 142.348, DJ 24-03-1995, Relator Ministro CELSO DE MELLO; e STF, RE-AgR 493.234, DJ 19-12-2007, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI). Nessa perspectiva, não caberia ao Poder Judiciário, quando da análise da constitucionalidade de opção político-legislativa firmada pelo Parlamento, externar considerações atinentes à pertinência, ou impertinência, das escolhas realizadas pelo legislador. Essas escolhas, dada a distinção teórica entre *políticas* e *princípios*, proposta por Dworkin e que parece haver sido assimilada pela jurisprudência do STF, apenas suscitam manifestação do Judiciário quando contrapostas a regras e/ou princípios positivados no texto constitucional. O mesmo raciocínio se aplica as escolhas político-administrativas, cujo conteúdo encontra respaldo na natureza técnica (discricionariedade técnica) e política (legitimação democrática dos representantes do povo para fazer escolhas em seu nome) das decisões adotadas, que, nessa perspectiva, extrapolariam o âmbito decisório do Judiciário e dos demais intérpretes. Destarte, constituiria limite teórico para a intervenção do Poder Judiciário nas opções político-legislativas realizadas pelo Parlamento, e também nas opções político-administrativas formuladas pelo Executivo, a apreensão de que, na prática, a escolha analisada contrapõe-se ao Direito (*argumentos de princípio*). Enfim, não seria admitido ao Poder Judiciário, mediante provocação dos demais intérpretes, a refutação dessas escolhas com base em *argumentos de política* (o que ocorre, por exemplo, quando o julgador afirma que determinada lei, ou decisão administrativa, não é boa porque o legislador, ou o administrador, poderia ter adotado outro meio para atingir ao fim almejado).

⁴⁸ A incidência dessa proposta teórica de Dworkin no Direito Brasileiro é controversa entre

Relacionamento entre os processos/decisões estruturais e o problema da (i) legitimidade democrática do Poder Judiciário para proferir decisões sobre questões não controvertidas no processo

Arenhart também propõe a atenuação da regra da congruência objetiva externa, que exige correlação entre a decisão e a demanda que ela resolve, “de modo a permitir ao magistrado alguma margem de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado”⁴⁹. Em concreto, a resolução do litígio, com a perfeita satisfação do direito tutelado, pode demandar a liberação do magistrado das amarras dos pedidos das partes; visto que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir: deferimento, deferimento parcial ou indeferimento da postulação. É que os processos estruturais existem para alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Todavia, nem sempre a parte tem condições de antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte adversária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível no curso do processo. E daí a imprescindibilidade de que se estabeleça, nos processos estruturais, a flexibilização da regra da congruência objetiva externa⁵⁰.

os autores deste trabalho. O primeiro autor considera que, como regra, aos controladores, a também ao Poder Judiciário, não é dado empregar *argumentos de política* para substituir escolhas político-administrativas formuladas pelo Poder Executivo. O segundo autor, por sua vez, discorda dessa interpretação jurídica. No entanto, é consenso entre eles que a formulação de escolhas político-administrativas pelos intérpretes é admitida (pelas razões dantes expostas) *nos processos estruturais, desde que se observe, no contexto, dialeticidade aplicada, nos moldes sustentados pela doutrina do Formalismo-Valorativo* (pelas razões que serão minudenciadas no capítulo subsequente).

⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 398.

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Notas sobre as decisões estruturantes*, cit., p. 56.

A flexibilização da congruência objetiva também supõe que a interpretação do pedido (CPC, art. 322, p. 2^{o51}) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Tomemos como exemplo uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco em 2015, ou do recente acidente ocorrido em Brumadinho, ambos em Minas Gerais. É natural que o andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vá transformando, paulatinamente, o objeto litigioso, e com isso exigindo novas providências judiciais. Por sua vez, a interpretação do pedido é seguida de perto pela necessidade da interpretação das decisões em razão do conjunto da postulação e da decisão e da boa-fé (CPC, art. 489, p. 3^{o52}). De igual modo ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais o artigo 493 do CPC, que dispõe, textualmente, que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. Quando impõe que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o que legislador disse ao julgador foi que ele deve interpretar a demanda (e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural) segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência⁵³.

⁵¹ CPC. “Art. 322 [...] § 2º - A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”.

⁵² CPC. “Art. 489 [...] § 3º - A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

⁵³ Veja o exemplo das ações possessórias: admite-se, com base no art. 554 do CPC, que o juiz defira ao requerente a proteção possessória adequada à realidade atual dos fatos, ainda que distinta daquela que fora pleiteada quando do ajuizamento da demanda. A dinamicidade com que se altera o cenário fático dos litígios subjacentes aos processos estruturais torna esse dispositivo (CPC, art. 493) uma ferramenta fundamental para que o juiz, na etapa de efetivação das decisões estruturais, corrija os rumos da tutela executiva de modo a contemplar as necessidades atuais dos interessados. A propósito, cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes, cit., p. 56-57.

O problema que se coloca, em vista dessa necessidade, é como compatibilizar semelhante flexibilização do formalismo processual com o direito fundamental ao contraditório. Um processo adequado é aquele que induz a aceitabilidade da decisão pelos contendores. Mas isso somente será possível quanto a decisão proferida pelo julgador tiver em consideração as proposições apresentadas por todas as partes interessadas na formação do juízo⁵⁴. Esse modelo de processo dialógico foi adotado pelo legislador brasileiro quando da edição do CPC, que estabelece, entre outras coisas, que considera *desprovido de regular fundamentação* o ato decisório (seja ele uma decisão, uma sentença ou um acórdão) que *não enfrentar as razões*⁵⁵ *deduzidas pelas partes* (art. 489, p. 1º, IV⁵⁶). A lei processual também prescreve que o desatendimento a essa imposição normativa suscita a caracterização de omissão do julgador, a autorizar a oportuna oposição de embargos de declaração (art. 1.022, p. único, II⁵⁷)⁵⁸. Tamanha foi a preocupação do legislador

⁵⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN, E.; BONI, Luiz A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 296.

⁵⁵ O que sobressai da literalidade do dispositivo é que o legislador concebeu imposição jurídico-normativa a os juízes enfrentarem “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Sem adentrar na distinção teórica entre argumentos e fundamentos, que poderia conduzir à afirmação de que o legislador disse menos do que deveria ter dito, ou, ainda, que não se expressou com suficiente clareza, empregamos, por efeito didático, a expressão *razões*, também utilizada pelos adeptos do Formalismo-Valorativo. No ponto, deve estar claro, então, que o que o CPC expressa é que os juízes devem enfrentar, no curso do processo, as razões deduzidas pelas partes, que compreendem todo e qualquer argumento que possa infirmar a conclusão adotada na decisão/sentença/acórdão, isto é, que seja capaz de interferir nos seus fundamentos.

⁵⁶ CPC. “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”.

⁵⁷ CPC. “Art. 1.022 [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”.

⁵⁸ Com isso, o legislador conferiu aos declaratórios o *status* de remédio jurídico a ser empregado quando se verifica, no curso do processo, descumprimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais; que é aplicável, inclusive, na hipótese do inciso IV do parágrafo 1º do seu artigo 489, isto é, quando o juiz não tem o cuidado de enfrentar, no contexto da resolução da contenda, o que as partes deduziram em suas manifestações processuais. Destarte, são claramente inaplicáveis aos casos concretos em que se verifica a oposição de declaratórios

em conferir semelhante caráter dialético ao Processo Civil Brasileiro que vedou ao Poder Judiciário decidir sobre fundamentos (art. 10⁵⁹) e fatos (art. 493, p. único⁶⁰) sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere. Assim, mesmo as razões que não foram deduzidas pelas partes devem ser consideradas pelos juízes, que, se pretenderem empregar na decisão (*síntese*) questões de fato e de direito não exploradas na *tese* e na *antítese*, deverão oportunizar a autor e réu (respectivamente) que veiculem os motivos pelos quais entendem que esses elementos conduzem ao acolhimento da posição jurídica por eles defendida no curso do processo.

Esses dispositivos processuais procuram conferir aplicabilidade à Constituição da República, mais especificamente à regra jurídica consignada no inciso IX do seu artigo 93⁶¹, que determina que todas

fundados na suposta omissão do juiz em enfrentar as razões deduzidas pelas partes os dispositivos processuais que atribuem sanções à oposição de embargos protelatórios (art. 1.026 e p. 2º, 3º e 4º). Afinal, se o próprio legislador incentiva a utilização dessa modalidade recursal para conferir fundamentação adequada à decisão/sentença/acórdão impugnado, e se, como cediço, o Direito não admite a atribuição de sanções sem “prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que livraria” o infrator da cominação (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 855), a incidência desses preceptivos afetaria a confiança dos jurisdicionados na regularidade do processo, em clara ofensa ao princípio da segurança jurídica. Quanto ao particular, recobro o ensinamento de Jorge Miranda, citado por Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 404), quando afirma que “de putatividade parece ser a situação, pois a emissão de uma lei, ainda que inconstitucional, pode determinar expectativas razoáveis e, na base delas, comportamentos” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. 6. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003).

⁵⁹ CPC. “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”.

⁶⁰ CPC. “Art. 493 [...] Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

⁶¹ CRFB. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, e aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV⁶²), que transportam para o âmbito da fundamentação adequada a necessidade de efetivo enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo⁶³.

No ponto, recobramos a advertência de Luiz Guilherme Marinoni sobre ser inviável procurar atribuir alguma estabilidade ao Direito, de modo a produzir a contenção da litigiosidade das partes, “quando os juízes e tribunais ordinários não se veem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.
⁶² CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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”.

⁶³ Como teremos a oportunidade de demonstrar na sequência, o STF já se manifestou no sentido de que esses princípios constitucionais (devido processo legal, contraditório e ampla defesa) conformam o dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, impondo aos julgadores o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no curso do processo. A propósito, cf., a título de exemplo, os julgamentos (i) do Recurso Extraordinário nº 163.301, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no qual o Excelso Pretório afirmou peremptoriamente que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa implicam o direito do jurisdicionado à consideração das razões deduzidas em juízo (STF, RE 163.301, DJ 28-11-1997); e do Mandado de Segurança nº 25.787, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando o Tribunal Constitucional vinculou o atendimento a essas garantias não apenas aos direitos de ter informação sobre os atos produzidos no processo e de manifestação sobre seu conteúdo, como, também, à imposição a que tais argumentos sejam devidamente enfrentados pela autoridade julgadora (STF, MS 25.787, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007). No ponto, Daniel Mitidiero leciona que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de enviar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37). Por esse motivo, a tarefa dos julgadores não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando também (e principalmente) a imposição a que eles, na motivação de suas decisões, efetivamente enfrentem as razões apresentadas. Disso resulta a extensão e a profundidade da motivação construída pelo julgador para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório.

decidir o que bem quiserem”⁶⁴. Disso resulta a sua observação, noutra trabalho, quanto a não se dever “confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa”, pois “o procedimento pode ser legítimo à luz dos direitos fundamentais processuais e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância das normas constitucionais”⁶⁵. Assim considerado, o contraditório legitimaria o procedimento como meio, mas não garantiria “o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais”, o que conduz a compreensão de que, nos casos concretos, “a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão”⁶⁶.

A propósito, Daniel Mitidiero leciona que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial”⁶⁷. Por esse motivo, a tarefa dos julgadores não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando também (e principalmente) a imposição a que eles, na motivação de suas decisões, efetivamente enfrentem as razões por elas apresentadas. Disso resulta que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo julgador para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 218. Afinal, como destaca o professor paranaense na sequência de sua fala: “[...] a estabilidade das decisões [...] pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica, cit., p. 218).

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 230.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade, cit., p. 231.

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37.

Quanto ao particular, Gerson Lira acentua, citando Calamandrei⁶⁸, que a motivação é meio de prestação de contas das razões de fato e de direito que levaram o julgador a uma determinada conclusão, constituindo-se, portanto, como “trâmite indispensável para introduzir o leitor dentro do pensamento do juiz, para dar-lhe a possibilidade de controlar se, na estrada de seus raciocínios, ocorreu algum desvio do caminho certo, ou seja, se chegou a uma conclusão diversa daquela mais justa”⁶⁹. E apresenta, adiante, os níveis de deficiência que são comumente depreendidos na fundamentação das decisões judiciais, referindo, ao ensejo, à *falta de motivação*, à *motivação contraditória e perplexa*, que se verifica quando a conclusão do julgador está em flagrante divergência com a exposição da contenda pelas partes, à *motivação per relationem*, que ocorre quando a fundamentação da decisão se limita à adoção das razões apresentadas por uma das partes, ou de elementos estranhos ao processo⁷⁰, e à *motivação insuficiente*, qualificada pela circunstância

⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia. Opere Giuridiche*, v. 1. Napoli: Morano, 1965, p. 665; *apud* LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264.

⁶⁹ LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 264. É igualmente exemplar, no que toca à delimitação do espectro da incidência do dever de motivação das decisões judiciais, assim como de sua profundidade, a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, exposta nos termos seguintes: “O princípio compreende não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes consequências jurídicas, como os nexos de implicação e coerências entre esses enunciados, com vistas a possibilitar o controle do pronunciamento judicial pelas partes e pela sociedade. Ainda aqui, o problema não deve ser visualizado através do prisma exclusivamente técnico. Devendo ser exercitado pelos jurisdicionados *in genere*, tal controle constitui inestimável fator de coerção social e da solidez das instituições, apresentando-se, assim, como garantia política inerente ao próprio Estado de Direito. Cuida-se, ao fim e ao cabo, de balizar o poder do órgão judicial, bem capaz de se tornar exacerbado, principalmente em termos de apreciação dos fatos da causa, em vista do princípio do livre convencimento, largamente adotado nos sistemas processuais do século XX” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 3ª ed. São Paulo Saraiva, 2009. p. 106).

⁷⁰ Conforme Lira: “A motivação da sentença, que se reporta simplesmente às razões de outra sentença que decidiu caso idêntico, deixa sem resposta as argumentações invocadas pelas partes. O mesmo ocorre se o Tribunal, no acórdão, referir-se às razões da sentença,

de a decisão omitir ponto fundamental da demanda, deixando, assim, de examinar satisfatoriamente as questões suscitadas⁷¹. Todas essas decisões mencionadas por Lira mostram-se ofensivas à determinação colhida do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, que estabelece, taxativamente, que os julgamentos proferidos pelos órgãos judiciais devem ser públicos e que devem ser fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade⁷².

Isso não impediu, todavia, que o STJ tenha se posicionado, na vigência do CPC-1973, no sentido de que cumpre ao julgador “apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide”, pois “não está obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso”⁷³; e de que, portanto, estaria autorizado a incorrer na motivação insuficiente denunciada por Lira⁷⁴.

Esse posicionamento, entretanto, conquanto se demonstre consolidado naquela Corte Superior de Justiça⁷⁵, e muito embora

mantendo-a por ‘seus fundamentos’” (LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 276).

⁷¹ LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 275-276.

⁷² Confira-se a redação literal do dispositivo: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁷³ Cf. STJ, EDRESP nº 507.730/PR, Primeira Seção, DJ DATA: 12/02/2007, p. 00229, Relator Ministro José Delgado.

⁷⁴ Cf. LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito, cit., p. 275-276.

⁷⁵ Nesse mesmo sentido posicionou-se o STJ por ocasião da prolação deste outro julgamento: “PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC-1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. *O não-acatamento das argumentações deduzidas no recurso não implica cerceamento de defesa, visto que ao julgador cumpre apreciar o tema de acordo com o que reputar atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento* (art. 131 do CPC), utilizando-se de fatos, jurisprudência, aspectos

venha influenciando decisões proferidas por juízes e tribunais em todo o território nacional, foi afastado pelo STF em acórdãos proferidos ainda na vigência do regime processual pretérito. Basta ver, a título exemplificativo, que o Tribunal Constitucional, por ocasião do julgamento Recurso Extraordinário nº 163.301, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou peremptoriamente que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa implicam o direito do jurisdicionado à consideração das razões deduzidas em juízo⁷⁶.

A propósito, Henry Gonçalves Lummertz afirma, com pesar, que a aquela Corte Constitucional “só muito timidamente [...] identifica o contraditório com a possibilidade efetiva de as partes influírem no desenvolvimento e no resultado do processo”, dispondo, adiante, que é excepcional no contexto da jurisprudência do Tribunal Constitucional o entendimento firmado por ocasião do julgamento desse Recurso

pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Inexiste violação do artigo 535 do CPC, quando o magistrado decide todas as questões postas na apelação, mesmo que contrárias à sua pretensão. Agravo regimental desprovido” (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 494902. Processo: 200300186501 UF: RJ Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data da decisão: 15/09/2005 Documento: STJ000247885. Fonte DJ DATA:17/10/2005 PG:00328. Relator(a) JOSÉ ARNALDO DA FONSECA) (destaques pessoais).

⁷⁶ Eis a Ementa do julgado: “I. Tribunal de Contas: aposentadoria de servidores de sua secretaria: anulação admissível - antes da submissão do ato ao julgamento de legalidade do próprio Tribunal (CF, art. 71, III) -, conforme a Súmula 473, que é corolário do princípio constitucional da legalidade da administração (CF, art. 37), violado, no caso, a pretexto de salvaguarda de direitos adquiridos, obviamente inoponíveis à desconstituição, pela administração mesma, de seus atos ilegais. II. Tribunal de Contas: registro da concessão inicial de aposentadoria (CF, art. 71, III): natureza administrativa da decisão, susceptível de revisão pelo próprio Tribunal - como subjacente à Súmula 6 -, garantidos o contraditório e a ampla defesa do interessado. III. Contraditório, ampla defesa e devido processo legal (CF, art. 5º, LV e LIV): violação, nas peculiaridades do caso, por acórdão que confunde e trata promiscuamente mandados de segurança distintos, julgando questões diferentes como se fossem uma só, de modo a negar à entidade pública as garantias constitucionais de defesa, que implicam o direito à consideração das razões deduzidas em juízo, compreendido na ‘pretensão à tutela jurídica’” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: RE - RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Processo: 163301 UF: AM - AMAZONAS. Fonte DJ 28-11-1997 PP-62230 EMENT VOL-01893-03 PP-00575. Relator(a) SEPÚLVEDA PERTENCE) (destaques pessoais).

Extraordinário nº 163.301⁷⁷. Porém, não estamos de acordo com essa conclusão; e fundamos essa nossa opinião na constatação de que, muito embora existam julgados do Excelso Pretório que adotaram a tese segundo a qual o Poder Judiciário estaria dispensado de apreciar as razões deduzidas pelas partes no processo⁷⁸, foram proferidas no âmbito daquela Suprema Corte outras decisões que ratificam o posicionamento que prevaleceu quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 163.301.

Quanto ao particular, referimos, exemplificativamente, aos julgamentos dos Agravos Regimentais em Agravo de Instrumento nº 469.525, 477.815, 504.553, 472.659 e 439.037, todos relatados pelo Ministro Joaquim Barbosa e proferidos sob a égide do CPC-1973, em que o STF reputou atendida a garantia do contraditório por ocasião da formação dos acórdãos então recorridos dada a circunstância de haverem sido apreciadas, nos processos a eles correspondentes, “as questões que lhe foram postas”⁷⁹. Demais disso, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 73.949, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa e igualmente prolatado mediante incidência do regime processual anterior, o Tribunal decidiu pela ilegitimidade de “acórdão que exauriu, de modo satisfatório, o exame do pedido articulado no recurso de apelação, referente à autoria e à materialidade do delito, mas que não apreciou as demais questões suscitadas no apelo”⁸⁰. Tal não bastasse, em

⁷⁷ LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 83.

⁷⁸ A propósito, cf., a título de exemplo: STF, AI nº 712.670, rel. Min. Joaquim Barbosa.

⁷⁹ Cf. AI-AgR's nº 469.525/RS (DJ 02-12-2005 PP-00027 EMENT VOL-02216-03 PP-00560); 477815/RS (DJ 28-04-2006 PP-00032 EMENT VOL-02230-06 PP-01147); 504.553/RS (DJ 28-04-2006 PP-00034 EMENT VOL-02230-07 PP-01258); 472.659/GO (DJ 26-05-2006 PP-00029 EMENT VOL-02234-06 PP-01124); 439037/SP (DJ 22-09-2006 PP-00048 EMENT VOL-02248-04 PP-00732), todos relatados pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa.

⁸⁰ Eis a Ementa do julgamento: “HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO: RECEPÇÃO CULPOSA. RÉU PRIMÁRIO. DECISÃO “CITRA PETITA”. 1. A primariedade, por si só, não faz por prevalecer a regra contida no § 3º do art. 180 do Código Penal, que prevê a hipótese da não aplicação da pena para receptação culposa, nem gera o direito subjetivo a

Julgamento ainda mais recente, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes e que também teve lugar antes da edição do CPC, o Excelso Pretório, em suas razões de decidir, vinculou o atendimento a essa garantia não apenas aos direitos de ter informação sobre os atos produzidos no processo e de manifestação sobre seu conteúdo, como, também, à imposição a que tais argumentos sejam devidamente enfrentados pela autoridade julgadora⁸¹.

Por esse motivo, e porque, dada a clara feição constitucional da questão afeta à definição dos contornos (e dos limites) do instituto do contraditório, compete ao STF, com precedência sobre o STJ, fechar

aplicação da pena em seu grau mínimo. 2. Configura-se “*citra petita*”, por isso devendo ser complementado, o julgamento que deixou de apreciar todas as teses aduzidas no recurso de apelação interposto em relação à totalidade da sentença. 3. *Tem-se como incompleto o acórdão que exauriu, de modo satisfatório, o exame do pedido articulado no recurso de apelação*, referente à autoria e à materialidade do delito, *mas que não apreciou as demais questões suscitadas no apelo*: redução da pena-base para o mínimo legal, conversão da pena em multa e concessão do “*sursis*”. 4. “*Habeas Corpus*” indeferido, nos termos em que formulado; de ofício, concedido o “*habeas corpus*” para que o Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro prossiga no julgamento da apelação do paciente, examinando as questões que foram objeto de sua apelação e não dirimidas no acórdão” (STF HC nº 73949/RJ; DJ 01-06-2001, p. 00076; Relator Ministro Maurício Corrêa) (destaques pessoais).

⁸¹ *Ipses literis*: “Mandado de Segurança. 2. Decisão do Presidente da República que, em processo administrativo, indeferiu recurso hierárquico e, por consequência, manteve decisão que declarou a caducidade da concessão outorgada à Transbrasil S.A Linhas Aéreas para a prestação de serviço de transporte aéreo. 3. Alegada violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como a dispositivos da Lei nº 9.784/99, pois a impetrante não teria sido comunicada da instauração do processo administrativo ou de qualquer ato nele praticado, não lhe tendo sido concedida oportunidade de proferir defesa de forma adequada. 4. Os documentos juntados aos autos pela própria impetrante, porém, demonstram cabalmente que lhe foram asseguradas todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, como os direitos de informação sobre os atos produzidos no processo, de manifestação sobre seu conteúdo e de ter seus argumentos devidamente considerados pela autoridade administrativa. 5. Mandado de Segurança indeferido” (STF - Supremo Tribunal Federal. Classe: MS - MANDADO DE SEGURANÇA. Processo: 25787 UF: DF - DISTRITO FEDERAL. Fonte DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00032 EMENT VOL-02289-02 PP-00198 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 217-254. Relator(a) GILMAR MENDES) (destaques pessoais). Esse julgado é também referenciado por Mitidiero com o propósito de explicitar os contornos do princípio do contraditório (Cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 86-87).

questão sobre o tema⁸², parece haver sido superado, ainda na vigência do CPC-1973, o entendimento segundo o qual os juízes não precisam enfrentar as razões deduzidas pelas partes no processo, porque lhes seria viável decidir com base no seu livre convencimento.

Porém, para afastá-lo, nesse regime processual antecedente, o jurisdicionado muito provavelmente precisaria procurar conduzir o feito ao Tribunal Constitucional, sob a alegação, fundada na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição da República⁸³, de que a decisão impugnada ofende a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LIV e LV⁸⁴. De toda sorte, *as alterações legislativas promovidas pelo CPC, conquanto não modifiquem*, sob a ótica jurídica, *o quadro normativo atinente à motivação das decisões judiciais* (visto que, pelas razões dantes expostas, o Poder Judiciário sempre esteve obrigado, por aplicação direta da Constituição, a enfrentar as razões deduzidas pelas partes

⁸² Disso resulta a impropriedade de que se afirme, sem uma reflexão mais profunda, a inconstitucionalidade dos precitados dispositivos processuais, que procuram conferir aplicabilidade à Constituição; mais especificamente (i) à regra jurídica consignada no inciso IX do seu artigo 93, que determina que todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, e (ii) aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV), que transportam para o âmbito da fundamentação adequada a necessidade de efetivo e integral enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo (a propósito, cf. STF, RE 163.301, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e STF, MS 25.787, Rel. Min. Gilmar Mendes). Posto isso, a inconstitucionalidade desses dispositivos apenas poderia ser aventada se fosse possível afirmar que o nominado princípio do livre convencimento (extraído pelo STJ do artigo 131 do CPC-1973) tem *status* constitucional e que, ademais, deve prevalecer, nos casos concretos, na ponderação entre os princípios e os valores constitucionais envolvidos, sobre as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

⁸³ CRFB. “Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição*” (destaques pessoais).

⁸⁴ CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*; 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” (destaques pessoais).

no processo), *permitem resolver um problema de ordem prática, consistente na resistência dos julgadores em enfrentar as razões deduzidas pelas partes no curso do processo*, que o STF extraiu, nos julgados anteriormente referidos, da extensão da garantia do contraditório e da sua interferência na fundamentação das decisões jurídicas.

É que o posicionamento pretoriano que se formou no sentido da desnecessidade do enfrentamento das razões das partes tem por fundamento o princípio do livre convencimento do juiz, extraído pelo STJ do artigo 131 do CPC-1973, que prescrevia, na vigência do regime processual pretérito, que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes”, devendo “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Disposições semelhantes são encontradas no artigo 371 do CPC; que estabelece que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”; mas teve o cuidado de suprimir as expressões “livremente” e “ainda que não alegados pelas partes”, que seriam incompatíveis com a previsão de seu artigo 10 e do parágrafo único de seu artigo 493, dos quais sobressai que o juiz não pode decidir, respectivamente, sobre fundamentos e fatos sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar.

Por esse motivo, e porque a lei processual assenta, ainda, que não se considera fundamentada a decisão que não enfrenta as razões deduzidas pelas partes no processo (art. 489, p. 1º, IV), a assertiva “indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (colhida da parte final do artigo 371 do CPC) não pode ser lida (como se fazia na vigência do CPC-1973) como norma autorizativa da prolação de decisões fundadas no livre convencimento do julgador⁸⁵; mas evoca,

⁸⁵ Nesse mesmo sentido ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 363.

numa interpretação sistemática do Direito⁸⁶, a necessidade de que esse convencimento seja fundado no efetivo e integral enfrentamento das razões deduzidas pelas partes no processo, seja daquelas veiculadas na petição inicial (*tese*) e na contestação (*antítese*), seja daquelas que precisarão ser deduzidas quando o magistrado repute necessário considerar na decisão fatos e fundamentos sob as quais as partes não tenham se manifestado no processo; hipótese em que lhe cumprirá, por taxativa imposição legal, ouvi-las sobre esses pontos específicos e enfrentar, no julgamento, também as razões adicionais que virão aos autos nesse contexto.

A DOCTRINA DO FORMALISMO-VALORATIVO COMO ANTÍDOTO AO PROBLEMA DA (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO PARA FORMULAR ESCOLHAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS E PARA PROFERIR DECISÕES SOBRE QUESTÕES NÃO CONTROVERTIDAS NO PROCESSO

A resolução do problema passa pela compreensão, já manifestada pela literatura jurídica⁸⁷, de que, diversamente do que ocorre com a efetivação das decisões proferidas em processos não estruturais (que em geral é feita de forma impositiva), a efetivação das decisões estruturais deve se dar de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”⁸⁸. Esse conceito é fruto da evolução do processo civil

⁸⁶ Sobre a interpretação sistemática do Direito, recobramos, com Carlos Maximiliano, tratar-se da comparação do “dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, com vistas a que “por umas” se conheça “o espírito das outras” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 164).

⁸⁷ Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes, cit., p. 57.

⁸⁸ VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural, cit., p. 151.

brasileiro, expressado em suas fases metodológicas⁸⁹, que culmina com a sua materialização, no texto do CPC, como processo civil do Formalismo-Valorativo.

O Formalismo-Valorativo como fase atual do desenvolvimento do processo civil brasileiro

Em conhecida, admirável e reproduzida lição, Cândido Rangel Dinamarco divide a história do processo em três fases metodológicas distintas, a fase sincrética, a fase autonomista e a fase instrumentalista⁹⁰. Daniel Mitidiero sugeriu divisão similar, também propondo, num primeiro momento⁹¹, a partição da evolução do processo em três fases, que seriam o praxismo (correspondente à pré-história processual), o processualismo (correspondente à

Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa” para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo, cit., p. 41-42). Para o autor, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo, cit., p. 35).

⁸⁹ Cf. MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 272, p. 85-125, 2017.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 22.

⁹¹ Mitidiero retificou esse seu posicionamento no seu “Colaboração no Processo Civil” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009), quando observou que o Formalismo-Valorativo encerra uma quarta fase metodológica do processo, que sucedeu o Instrumentalismo; posicionamento que foi mantido na segunda edição desse trabalho (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011). Depois disso, quando da publicação da terceira edição da mesma obra, Mitidiero passou a designar a quarta fase metodológica do processo como *Processo Civil no Estado Constitucional* (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., 3ª ed., p. 48-50). Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Cláudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 27-34, *passim*; e MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit., p. 21-25, *passim*.

modernidade processual) e o Formalismo-Valorativo (correspondente à contemporaneidade processual)⁹².

É consenso entre os doutrinadores que predominava na primeira fase a noção de que o processo era simples meio de exercício de direitos e de que a ação seria apenas um dos aspectos do direito subjetivo material violado, o qual, uma vez lesado, adquiriria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida⁹³. Assim, nesse contexto, a ação corresponderia, na precisa alegoria construída por Marcelo Abelha Rodrigues, ao “direito material em pé de guerra”⁹⁴. Mitidiero identifica essa fase com a “caracterização do direito processual civil como direito adjetivo, como algo que só ostentava existência se ligado ao direito substantivo”⁹⁵.

A fase seguinte, dita autonomista, inaugura-se pela compreensão do processo como ramo autônomo do Direito (daí a sua designação, por Mitidiero, como processualismo). Sobre a transição da primeira para a segunda fase metodológica do processo, recobre-se, com José Roberto dos Santos Bedaque, que em meados do século XIX, sobretudo a partir da polêmica entre Windsheid e Muther⁹⁶, “passaram os juristas

⁹² MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17-21.

⁹³ Ao ensejo, cf., por todos: CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: RT, 2007. p. 48.

⁹⁴ Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2000. p. 178.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 17.

⁹⁶ Quanto ao particular, cf. a seguinte passagem da obra de José Roberto dos Santos Bedaque: “Em 1856 travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernard Windscheid, catedrático em Greifswald, e Theodor Muther, professor em Königsberg, a respeito da *actio* romana. [...] Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa, todavia, a noção do direito romano, pois o *Corpus Juris* previa inúmeras *actiones*, que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. [...] Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* dada pelo magistrado que exercia jurisdição. [...] Segundo Muther, o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele o direito subjetivo é pressuposto

a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado”, nascendo, assim, “o conceito moderno de ação”⁹⁷.

O processualismo⁹⁸ trouxe grande colaboração ao direito processual, ao reconhecer a autonomia conceitual da ação, do processo e do próprio direito processual, que, portanto, passou a ser visto como ramo autônomo seara jurídica⁹⁹. Mas, a excessiva preocupação em dissociar o processo de elementos externos e identificá-lo como um instrumento puramente técnico, mostrou-se insatisfatória.

Em reação aos exageros desse período, alguns juristas passaram a reconhecer variados escopos à jurisdição e ao processo (social, jurídico e político)¹⁰⁰, caracterizando a denominada fase *instrumentalista*, que procura, segundo Dinamarco, “definir os objetivos com os quais o Estado exerce a jurisdição, como premissa necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes”¹⁰¹, deixando para trás o *conceitualismo* e *abstração excessivos* e preocupando-se com o *endereço teleológico* e a *conotação deontológica*¹⁰² do processo¹⁰³.

da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao *ius civile*, lhe era equivalente. Conclui haver coincidência entre a *actio romana* e a ação moderna” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25).

⁹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, cit., p. 25.

⁹⁸ Cf. MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. *Gênese. Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 33, p. 484-510. 2004.

⁹⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001. p. 729.

¹⁰⁰ No ponto, cf., por todos DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125-145 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 181 e ss.

¹⁰¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 256.

¹⁰² DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 23.

¹⁰³ No pormenor, cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. *Revista de Direitos Difusos*, Ano XI, v. 53, p. 13-32, março de 2011. p. 18-19.

O que se verificou, nesse contexto, foi que a postura autonomista, que soava absolutamente natural e perfeitamente justificável num momento em que se pretendia construir cientificamente métodos objetivos para a resolução dos conflitos individuais, materializou-se num sistema falho na sua missão de produzir justiça¹⁰⁴. A premissa que orienta o declínio do processualismo é a inauguração da preocupação dos intérpretes (aplicadores do Direito) com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o ideal de justiça. Nessa conjuntura, o processo passou a ser analisado sob um ponto de vista externo (e não mais sob a ótica introspectiva que marcou a fase autonomista) e examinado em seus resultados práticos¹⁰⁵. Esses são, em apertada síntese, os elementos que singularizam a terceira fase metodológica do processo¹⁰⁶, que Dinamarco convencionou chamar fase instrumentalista.

Após a retomada da relação direito e processo pelo instrumentalismo a doutrina passou a procurar desenhar uma nova fase que estaria ligada especialmente à Constituição e às influências da teoria do direito, em especial dos direitos fundamentais, ao processo civil. O termo cunhado para expressar essas novas ideias foi “formalismo-valorativo”.¹⁰⁷

É ilustrativo das fases metodológicas do processo o seguinte esquema construído por Hélio Antunes Carlos¹⁰⁸:

¹⁰⁴ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 49.

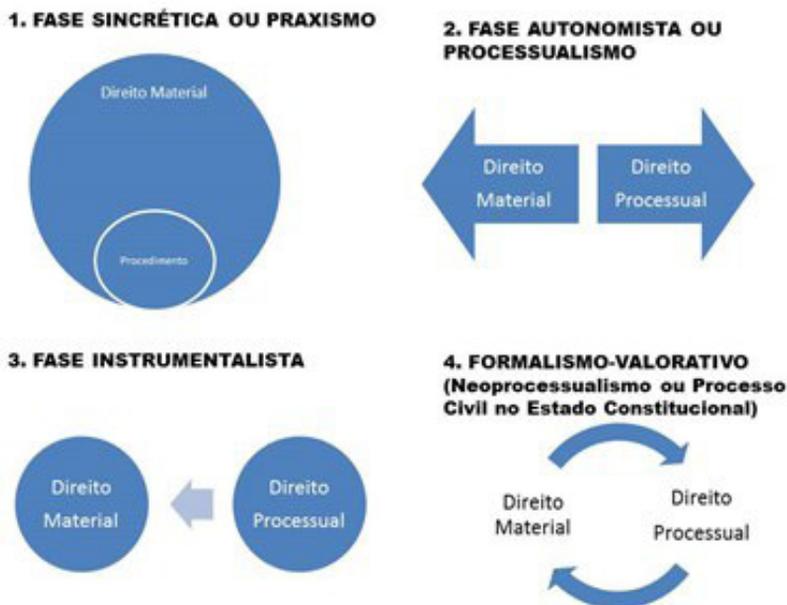
¹⁰⁵ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 49.

¹⁰⁶ Cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 24.

¹⁰⁷ Sobre o assunto, ler também MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil*, cit.

¹⁰⁸ CARLOS, Hélio Antunes. *O autoregramento da vontade*. Trabalho de Conclusão da Disciplina Constitucionalização do Processo. Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDIR), Mestrado Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr, 2017-2.

Figura 1 - Fases metodológicas do processo



Posto isso, é importante deixar claro que o Instrumentalismo e o Formalismo-Valorativo são proposições teóricas concebidas, no contexto da superação do “formalismo interpretativo” ou “formalismo metodológico” característico da fase autonomista do Direito Processual Civil Brasileiro, com o propósito de possibilitar a realização da justiça no processo, mas procuram atingir essa finalidade por meio da aplicação de técnicas claramente distintas, exatamente porque partem, uma e outra doutrina jurídica, de compreensões igualmente dessemelhantes sobre qual seria o verdadeiro papel da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito. Atento a essa peculiaridade da conformação das teorias, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, partindo das provocações de Daniel Mitidiero, designou o Formalismo-Valorativo, como um momento autônomo, posteriormente

reconhecido como uma quarta fase metodológica, que viria a substituir o Instrumentalismo¹⁰⁹.

¹⁰⁹ A expressão Formalismo-Valorativo foi cunhada por Alvaro de Oliveira em aula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2004 (cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 44-Nota de rodapé). Nas palavras de Daniel Mitidiero: “[...] como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista o exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao Formalismo-Valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 47). Sobre o assunto, ver também: MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 24-25. Essa denominação (*Formalismo-Valorativo*) foi substituída, por Mitidiero, na terceira edição do seu *Colaboração no processo civil* (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., 3ª ed.), pela qualificação “*Processo Civil no Estado Constitucional*. Porém, desde a segunda edição da mesma obra (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, cit., 2ª ed.), Mitidiero já havia designado (primeiramente o *Formalismo-Valorativo* e depois o *Processo Civil no Estado Constitucional*), como quarta fase metodológica do processo. Deve estar claro, contudo, que Mitidiero não repudiou, nesse seu posicionamento mais recente, a construção teórica subjacente à doutrina do Formalismo-Valorativo. Sua intenção, na verdade, foi coligar o momento atual do desenvolvimento do processo a designação que, sob certa ótica, teria melhor assimilação no plano da Ciência. Basta ver que Mitidiero expressou, na sequência de sua fala, “que existem várias expressões que visam delinear essa quarta fase metodológica”, reportando-se, a propósito, ao *Neoprocessualismo*, denominação empregada por Fredie Didier Júnior (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016) e por Eduardo Cambi (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009, p. 115), e também ao *Formalismo-Valorativo*, (qualificação cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, cit.) e utilizada em outros trabalhos de Mitidiero e nas edições anteriores do seu “*Colaboração no Processo Civil*” (cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, 3ª ed., cit., p. 48). Mitidiero expõe que essas são boas expressões, mas expressa que considera problemática a sua utilização com marco representativo do momento atual do desenvolvimento histórico do Processo Civil Brasileiro (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, 3ª ed., cit., p. 48). No nosso sentir sem razão, por outro lado, as críticas da doutrina que procuram legitimar a manutenção do Instrumentalismo atualizado, para deixar de reconhecer a importante passagem da fase Instrumentalista ao Formalismo-Valorativo. Um exemplo de críticas deste gênero, mais retóricas do que efetivas no enfrentamento da questão, pode ser lido no laborioso trabalho de arqueologia de Bruno Silveira Oliveira (OLIVEIRA, Bruno Silveira. *A Instrumentalidade do Processo e o Formalismo-Valorativo (A Roupa Nova do Imperador na Ciência Processual Civil Brasileira)*. *Revista de Processo*, vol. 293, p. 19-47, jul., 2019). Em síntese o autor propõe que: a) quanto a declaração da vontade do direito, o autor esclarece que a linguagem utilizada por Dinamarco para afirmar que a atividade jurisdicional

A *premissa* adotada pelo Instrumentalismo é a de que, para compatibilizar os escopos jurídico, social e político do processo e, por conseguinte, para realizar a justiça, *cumprir aos juízes conformar o processo às exigências do direito material* encartado nos textos legais, com vistas à sua efetiva realização. Essa perspectiva metodológica reflete uma mudança de enfoque na avaliação dos objetivos do processo, proporcionada pelo deslocamento da jurisdição para a posição central antes ocupada pela

é declaratória da vontade do direito é metafórica, não estando Dinamarco inconsciente à respeito das mudanças teóricas ocorridas no campo do processo a partir da teoria da interpretação e do dever geral de cooperação, que indicariam no Formalismo-Valorativo uma nova fase metodológica na qual ocorre uma diversa divisão de tarefas entre juiz e partes (processo cooperativo e contraditório também para o juiz, *e.g.*, vedação da decisão surpresa, art. 10, CPC) e uma atividade jurisdicional que vai além da mera declaração, reconstruindo o ordenamento jurídico; b) quanto à legalidade vs. constitucionalidade (juridicidade), Bruno Silveira Oliveira opõe passagens nas quais Dinamarco claramente se mostra sensível ao paradigma constitucional e à ineliminável relação existente entre o direito e a vida, que faz com que para fazer justiça o juiz tenha de superar a lei; c) quanto ao alcance do “devido processo”, agora constitucional, o autor repete a transcrição de trechos de Dinamarco e agrega as lições de Liebman, as quais levam ao processo a matriz constitucional, especialmente como garantia de liberdade; d) quanto a atualidade da teoria da norma jurídica, afirma que promove novamente, nas suas próprias palavras, um “trabalho de adaptação dos dizeres e das lições de Dinamarco, acerca da colisão de princípios”; e) quanto a centralidade da jurisdição na teoria do processo Bruno Silveira Oliveira reforça o entendimento de Dinamarco argumentando que a centralidade é apenas do ponto de vista científico e não normativo, a existência de uma assimetria normativa entre o Estado-juiz e as partes, exemplificando com a característica do impulso oficial essa assimetria, afirmando que os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, já eram reconhecidos antes por Barbosa Moreira e Dinamarco, não existindo razão para incensá-los. As críticas, no nosso juízo, ou são uma tentativa de atualização do discurso às novas temáticas debatidas pela teoria do direito, na teoria da interpretação, na teoria dos direitos fundamentais e do processo constitucional, ou são uma tentativa de dizer que o que fora dito era mais válido que o que se diz agora. Em especial, quanto à centralidade da jurisdição em oposição à centralidade do processo (procedimento em contraditório), se nota apego ao paradigma que não corresponde à realidade atual do Estado Democrático Constitucional, visto que a própria jurisdição hoje está sendo amplamente revisitada. O importante é ressaltar que na espiral científica do conhecimento críticas são muito bem-vindas e que a marcha e contramarcha da história se encarregarão de dizer quem tem ou não mais razão, do ponto de vista teórico é relevantíssimo saber que estamos em um novo paradigma, do ponto de vista prático ambos paradigmas já começaram a convergir pela própria adaptação do discurso ocorrida em Dinamarco nas sucessivas edições e publicações do grande *maestro* paulista. Como já dissemos e expomos neste texto, o Formalismo-Valorativo realça exatamente todos esses pontos criticados e só por isso já demonstra seu valor.

ação na Teoria do Processo, que permitiu ampliar o campo de visão do fenômeno processual, fazendo renascer o interesse pelo estudo da tutela jurisdicional, instituto de suma importância na fase sincrética, mas que havia sido deixado de lado durante o período autonomista¹¹⁰.

¹¹⁰ Quanto a isso, Bedaque acentua que “o estudo da tutela jurisdicional revela o fim da fase autonomista do direito processual” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*, cit., p. 164). Ao ensejo, cf., ainda: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 25-28, *passim*. Todavia, não temos a intenção, e tampouco a pretensão (dadas as limitações de tempo e espaço a que estamos submetidos), de minudenciar, neste trabalho, as observações feitas por Cândido Rangel Dinamarco quando sintetizou, entre nós, as premissas teóricas e técnicas de atuação que singularizam o Instrumentalismo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit.), que procuramos descrever, em suas linhas gerais, como forma de obter, na comparação entre as teorias, uma mais concreta descrição do Formalismo-Valorativo. Deve estar claro, então, que não fazemos, propriamente, uma crítica do Instrumentalismo; até porque, é importante frisar, o Formalismo-Valorativo toma como ponto de partida a inestimável contribuição dos instrumentalistas, liderados por Dinamarco, para a superação da fase autonomista. A propósito, não é demais lembrar que a obra “Do Formalismo no Processo Civil” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, cit.), em que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lança as bases do Formalismo-Valorativo, foi escrita, inicialmente, como sua tese de doutoramento, e que Alvaro de Oliveira foi orientado por Dinamarco no curso de doutorado. Desde logo adiantamos, com o propósito de realçar a existência de espaço para a convergência entre as teorias, que duas das notas fundamentais que destacamos, nos tópicos que seguem, para distinguir o Instrumentalismo do Formalismo-Valorativo, consistentes na compreensão de que o direito positivo é reconstruído pelos interpretes no campo da sua aplicação e de que a noção de contraditório pressupõe o efetivo enfrentamento das razões apresentadas pelas partes no curso do processo, foram elencadas em recente trabalho de Bedaque (que também foi orientando de Dinamarco) como elementos compatíveis com o Instrumentalismo (cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 6-7 e p. 23). Posicionamento semelhante parece sobressair de obra publicada no ano de 2007 por Samuel Meira Brasil Júnior, orientando de Bedaque e que, como ele, é discípulo de Dinamarco (cf. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 71-72). A realização dessa nova pesquisa passa, por um lado, por uma revisitação das premissas teóricas e técnicas de atuação do Instrumentalismo, com especial atenção a trabalhos mais recentes publicados por instrumentalistas, sobretudo daqueles que procuram coligá-las a opções político-normativas consagradas no Código CPC. Seria relevante para essa pesquisa revistar as obras de Alvaro de Oliveira. Esse saudoso professor gaúcho traduziu obras do italiano (Mauro Cappelletti e Nicola Picardi) e do alemão, contexto que se destaca o livro de Alois Troller (1906-1987), *Von den Grundlagen des zivilprozessuellen Formalismus* (1942). Alvaro de Oliveira narra, na introdução à tradução brasileira (TROLLER, Alois. *Dos Fundamentos do Formalismo Processual Civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 2009), como, por volta de 1991, iniciou-se a concepção do seu livro-tese

Por sua vez, o Formalismo-Valorativo, construção teórica concebida no seio da escola processual gaúcha sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tem por objetivo, “analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aflitivo problema que assola o direito processual”¹¹¹. Essa doutrina jurídica ultrapassa a visão do processo como técnica e diz “respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades”, mas voltando a atenção também aos poderes e deveres dos sujeitos processuais, bem como à “ordenação do procedimento e organização do processo”¹¹². Ela encerra movimento cultural que procura

(“Do Formalismo no Processo Civil”). O livro de Troller, jurista suíço, foi “encontrado” por Alvaro de Oliveira na Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRGS, e tornou-se importante para a concepção do Formalismo-Valorativo por ser temático e por tratar dos problemas da divisão de trabalho entre o juiz e as partes, enfrentando os brocardos *Da mihi un factum, dabo tibi ius* e *ne eat iudex ultra petita partium* (sobre o tema, cf., ainda: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e Causa de Pedir. O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). Uma última observação: foi fundamental para a nossa tomada de posição a provocação de Bedaque, quando indagou, em referência ao Formalismo-Valorativo, que “se tal concepção põe em destaque o aspecto finalista do processo”, e “se essa é sua característica fundamental, porque não considerar o processo um instrumento?” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, cit., p. 31). A essa sua provocação devolvemos, como forma de instaurar o debate entre instrumentalistas e formalistas-valorativos, que se o processo, nessa visão finalista, é instrumento destinado à realização dos direitos e da justiça, devemos redarguir com as seguintes perguntas: Porque não conferir ao processo a posição central atribuída pelos instrumentalistas à jurisdição? Processo é poder ou controle do poder? Haveria espaço para uma perfeita compatibilização entre o Instrumentalismo e o Formalismo-Valorativo, de modo a que instrumentalistas e formalistas-valorativos possam se alinhar, independentemente do nome que se atribua à fase atual do desenvolvimento do processo, sob as mesmas premissas teóricas e técnicas de atuação? Ao estabelecer uma bandeira forte em relação ao contraditório também para o juiz e insistir na cooperação como método para a comunidade de trabalho formada com o processo o formalismo-valorativo procura deslocar o centro do debate do poder estatal para o procedimento em contraditório e por consequência do juiz para o processo.

¹¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes [Org]. *Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2*. Cachoeiro de Itapemirim: Heliograf, 2008. p. 13. Sobre o assunto, cf., ainda: MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 32.

¹¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, cit.

impregnar o processo com os valores constitucionais, introduzidos, no texto da Constituição, sob a forma de princípios¹¹³, e com isso confere caráter axiológico à atividade cognitiva desenvolvida pelos interpretes/aplicadores, realçando a busca pelo justo, o compromisso com a justiça substancial e a visão de que o processo tem dimensão problemática e é instrumento ético, sem deixar de ter estrutura técnica. Enfim, a proposta do Formalismo-Valorativo é analisar o processo a partir de perspectivas constitucionais, e, em consequência disso, entender sua configuração como um direito fundamental¹¹⁴ e a democracia constitucional como uma democracia de direitos.

Trata-se, pois, de adequar a instrumentalidade às premissas do processo constitucional, e de reconhecer que a abertura prevista pela instrumentalidade para a efetivação do processo precisa ser completada e melhorada por uma nova visão, que congregue “o constitucionalismo e a abertura para a perspectiva metajurídica do

¹¹³ Sobre o relacionamento entre princípios e valores, Humberto Ávila leciona que os princípios jurídicos introduzem os valores no campo da aplicação do Direito, dispondo, a propósito, que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 95). Semelhante assertiva também pode ser encontrada em Alexy (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 140-141) e Hermes Zaneti Júnior (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 309-311). Nada obstante, como bem observa Flávio Quinaud Pedron, os princípios, em Alexy, podem ser equiparados aos valores - embora não sejam valores, já que, como normas, apontam para o que se considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor (PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*, cit., p. 71), do que discordam Dworkin e Habermas (PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*, cit., p. 77-nota).

¹¹⁴ A propósito, cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 78 e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1-15.

processo civil”¹¹⁵, mas que não encerre postura metajurídica, porque o Formalismo-Valorativo reconhece a função normativa e juridicizante da Constituição, contextualizado justamente na sua normatividade, superioridade e centralidade para o ordenamento jurídico¹¹⁶.

Síntese da distinção teórica entre o Instrumentalismo e o Formalismo-Valorativo

O breve quadro comparativo¹¹⁷ que segue apresenta algumas das distinções e aproximações que se pode depreender do debate que se instala entre Instrumentalismo e o Formalismo-Valorativo:

Quadro 1 - Distinções e aproximações no debate entre Instrumentalismo e o Formalismo-Valorativo

INSTRUMENTALISMO	FORMALISMO-VALORATIVO
Modelo adequado ao Estado de Direito tradicional.	Modelo adequado ao Estado Democrático Constitucional (e ao novo conceito de legalidade, direito e jurisdição que lhe são correlatos) ¹¹⁸ .

*continua.

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, cit., p 279.

¹¹⁶ Cf. BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 44 (ponto de vista metodológico-formal do neoconstitucionalismo). No particular, cf., também: ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil, cit., p. 19-20.

¹¹⁷ Expressado, originariamente, no artigo “O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil” (ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil, cit., p. 20-22), agora revisto e ampliado.

¹¹⁸ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte*: legge, diritto,giustizia. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992 e MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*, vol. 1, São Paulo: RT, 2006. p. 09.

<p>No Instrumentalismo o processo civil está em pé de igualdade com a Constituição. Insiste-se nos valores da doutrina clássica e na preservação de uma esfera de autonomia teórica em relação ao direito constitucional¹¹⁹. Busca-se realizar no processo escopos metajurídicos (social e político), considerados externos, mesmo que relevantes. Ocorre a <i>relativização</i> do binômio direito material e processo, que na chamada fase autonomista era imprescindível para compreender o processo.</p>	<p>Prevalece a constitucionalização do processo (unidade narrativa da constituição em todo ordenamento jurídico). Não existe qualquer óbice formal ou teórico a releitura das normas processuais a partir do texto constitucional. A constituição é o fundamento formal e material de validade de todas as normas processuais (art. 1º, CPC). Primazia do julgamento de mérito, boa-fé processual objetiva, cooperação, fundamentação analítica e hermeneuticamente adequada e contraditório como valor-fonte do processo são desdobramentos da constitucionalização do processo e estão amplamente normatizadas no CPC (e.g., arts. 4º, 5º, 489, p. 1º., CPC).</p>
<p>As normas jurídicas do processo figuram como garantias liberais ou sociais, submetidas ao conteúdo jurídico do direito material.</p>	<p>As normas jurídicas do processo apresentam características próprias da teoria dos direitos fundamentais. Constituem, elas mesmas, direitos fundamentais.</p>

*continua.

¹¹⁹ Como constatado por Daniel Mitidiero nesta passagem doutrinária: “No plano das relações entre processo e Constituição, ressalta-se a existência do “direito processual constitucional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do processo, cit., p. 24), que constitui a “condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo” (GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, cit., p. 79). Essa colocação metodológica revela ao processualista “dois sentidos vetoriais” em que se podem sentir as relações entre processo e Constituição: de um lado, na via Constituição-processo, “tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do processo, cit., p. 25); de outro, na perspectiva processo-Constituição, “a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do processo, cit., p. 25)” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, Tese de doutorado. Ano de Obtenção: 2007. Disponível na internet: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>; acesso em 14/04/2017. p. 24). Trata-se de uma visão supervalorizada do processo e subvalorizada da Constituição. Essa lógica, como se verá, foi totalmente superada pelo direito positivo brasileiro com o art. 1º do CPC/2015.

<p>O fim do processo é a “vontade concreta do direito” e a realização do direito material (univocidade e finalidade do direito)¹²⁰.</p>	<p>O fim do processo, do ponto de vista filosófico, é a Justiça, compreendida como pretensão de correção. O fim do processo, do ponto de vista teórico e dogmático no ordenamento brasileiro, é a tutela das pessoas e dos direitos, adequada, efetiva e tempestiva, mediante o processo justo para a resolução dos conflitos. Os meios do processo são o contraditório (<i>audiatur et altera pars</i>).</p>
<p>O Instrumentalismo é assimétrico. O papel mais relevante na relação processual é relegado ao Estado-juiz (topo da pirâmide processual).</p>	<p>O Formalismo-Valorativo é cooperativo, determinando também ao juiz deveres como o contraditório (direito de influência e dever de debates). “O formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do Autor, do Juiz e do Réu”¹²¹. A máxima da cooperação foi codificada como um dever geral de cooperação (art. 6º, CPC).</p>

*continua.

¹²⁰ Nas palavras de Dinamarco: “[...] o clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado-de-direito repele a institucionalização de sentenças contra legem, ainda que ‘a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos’” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, cit., p. 242). A mesma solução aplica-se ao juiz em relação ao direito processual: “[...] a manutenção do clima de segurança exige também o respeito à legalidade no trato do processo pelo juiz” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, cit., p. 244).

¹²¹ MITIDIERO, Daniel Francisco, *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, cit.; fundado nas ideias originárias em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 61-62).

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, cit., p. 48.

¹²³ Conforme Alvaro de Oliveira: “[...] deve-se atentar em que o direito material constitui a matéria-prima com que irá trabalhar o juiz, mas sob uma luz necessariamente diversa.

<p>O Instrumentalismo entende a jurisdição como centro do processo. Atividade de “mera <i>revelação</i> do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza”¹²². Função meramente declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador.</p>	<p>Entende o processo como centro, polo metodológico, ressaltando a função participativa do procedimento em contraditório e as consequências profundas da alteração do direito e da jurisdição no modelo do Estado Democrático Constitucional, principalmente no que diz respeito ao giro linguístico, consistente na “Revolução Hermenêutica” do séc. XX¹²³. A reconstrução do ordenamento jurídico pela interpretação operativa resulta em precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926, 927, 489, p. 1º, V e VI, CPC).</p>
<p>O processo se apresenta como fenômeno marcadamente formal, muito embora tivessem escopos “externos” de cunho material.</p>	<p>O processo a partir de sua substancialização e a forma não é oca ou vazia, mas preenchida pela ideologia constitucional, afetada pelos valores constitucionais.</p>
<p>Prepondera a visão do processo para a efetividade, reconhecendo a necessidade de outorgarmos espaço para o “processo civil do autor”. Surgem as tutelas antecipatórias e de evidência visando diminuir o “dano marginal” do tempo no processo.</p>	<p>Reconhece a importância do equilíbrio da distribuição do tempo do processo entre as partes, mas avança no sentido de ponderar a adequação do procedimento sempre através de um juízo equilibrado entre <i>efetividade</i> e <i>segurança jurídica</i>, como elementos não-antagônicos e não-suprimíveis do fenômeno processual¹²⁴.</p>

O resultado desse trabalho, que é a tutela jurisdicional, refletida na eficácia da sentença, já não apresenta o direito material em estado puro, mas transformado, em outro nível qualitativo. O provimento jurisdicional, embora certamente se apoie no direito material, apresenta outra força, outra eficácia, e com aquele não se confunde, porque, além de constituir resultado de trabalho de reconstrução e até de criação por parte do órgão judicial, exhibe o selo da autoridade estatal, proferida a decisão com as garantias do devido processo legal” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50-51).

¹²⁴ Para Alvaro de Oliveira, “[...] o estágio atual de desenvolvimento cultural da humanidade determina a necessidade de se colocar à disposição dos sujeitos de direito um processo justo – em que fiquem assegurados, pelo menos, os direitos fundamentais que lhe são próprios (juiz imparcial, contraditório, motivação das decisões, direito à prova, duração razoável etc.) – e que seja efetivo e eficaz. Essas duas vertentes apontam a dois valores essenciais, presentes em qualquer ambiente processual, o da segurança e o da efetividade, prestantes a satisfazer as finalidades próprias do processo, orientando inclusive o juiz na aplicação das regras e das normas de princípio” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2008. p. 124-125).

Num esforço de síntese, podemos dizer que o Formalismo-Valorativo dissocia-se do Instrumentalismo¹²⁵ por se designar como *formalismo*, quando coloca o processo (e não a jurisdição) ao centro da Teoria do Processo¹²⁶, processo é ordem e ordem é forma como técnica adequada a induzir a proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores e dos juízes; e por pretender ser *valorativo*, quando assume que a atividade cognitiva e executiva desenvolvida no ambiente processual se destina à reconstrução¹²⁷ do direito positivo pelos intérpretes/aplicadores (inclusive mediante a consideração de elementos axiológicos) e por isso identifica o processo como ambiente de “criação” (no sentido de interpretação operativa ou rearranjo e não no sentido de mera originalidade ou fenômeno de poder, portanto, “reconstrução”) do Direito,¹²⁸ a partir do direito, e como

¹²⁵ No ponto, é importante ressaltar que os autores empregaram, em trabalhos anteriores, estratégias distintas para distinguir o Instrumentalismo do Formalismo-Valorativo. Zaneti, em artigo publicado conjuntamente com Camilla de Magalhães Gomes (ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. *O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil*, cit.), apresenta oito notas distintivas; Madureira, por sua vez, numa releitura desse texto de Zaneti e Gomes, procura congrega esses pontos de dissonância em três caracteres diferenciadores, que serão minudenciados na sequência.

¹²⁶ Que assimila a proposições de Zaneti e Gomes (i) quanto a ser colaborativo o processo civil do Formalismo-Valorativo, inclusive para efeito de impor ao juiz o dever de debater com as partes (enquanto o Instrumentalismo é assimétrico, porque relega ao juiz o papel mais importante na relação processual), (ii) quanto a reconhecer esse modelo de processo a importância do equilíbrio entre as partes (enquanto o Instrumentalismo se apresenta como processo civil do autor) e (iii) quanto a opor-se à opção teórica do Instrumentalismo por colocar a jurisdição ao centro da Teoria do Processo (contexto em que o juiz exerceria “atividade de mera revelação do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza”), porque confere essa posição central ao processo, ressaltando, a par dessa escolha metodológica, “a função participativa do procedimento em contraditório e as consequências profundas da alteração do Direito e da jurisdição no modelo do Estado Democrático Constitucional” (ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. *O processo coletivo e o Formalismo-Valorativo como nova fase metodológica do processo civil*, cit., p. 21-22).

¹²⁷ ZANETI JR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*, cit., p. 148 e ss.; ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*, cit., p. 37.

¹²⁸ Que vai ao encontro das afirmações de Zaneti e Gomes (i) quanto a constituir-se o Formalismo-Valorativo o modelo mais adequado ao Estado Democrático Constitucional (enquanto o Instrumentalismo se associa ao Estado de Direito tradicional), (v) quanto prevalecer no Formalismo-Valorativo a constitucionalização do processo (enquanto no

direito fundamental do cidadão¹²⁹. O *valor* aqui referido diz respeito às *normas constitucionais*, aos direitos fundamentais compreendidos como “normas objetivas supremas do ordenamento jurídico”¹³⁰, como substrato deontológico dos direitos fundamentais e da compreensão do processo como direito fundamental, ou seja, *ver na forma* (e na ordem) *sua capacidade emancipatória e sua vinculação aos valores constitucionais como garantia de liberdade e de igualdade*¹³¹.

A qualificação do processo como direito fundamental do cidadão

O Formalismo-Valorativo qualifica o processo como um direito do cidadão e da sociedade, individual e coletivo, o que faz incidir sobre as normas que o disciplinam o regime jurídico dos direitos fundamentais. Disso resulta a observação de seus adeptos quanto a existir um direito fundamental dos jurisdicionados ao processo justo¹³². Semelhante aspiração teórica é compartilhada pelos instrumentalistas, que também se propõem a induzir a realização da justiça no processo. Todavia, o

Instrumentalismo o processo está em pé de igualdade com a Constituição), (iii) quanto a nele apresentarem as normas processuais características próprias da teoria dos direitos fundamentais (enquanto no Instrumentalismo as normas processuais figuram como garantias liberais ou sociais) e (vi) quanto a marcar-se o processo do Formalismo-Valorativo por seu preenchimento pela ideologia constitucional e pela sua afetação pelos valores constitucionais (enquanto no Instrumentalismo o processo se apresenta como instrumento marcadamente formal) (ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. *O processo coletivo e o Formalismo-Valorativo como nova fase metodológica do processo civil*, cit., p. 20-21).

¹²⁹ Que abarca a observação de Zaneti e Gomes no sentido de que (iv) o Formalismo-Valorativo identifica como finalidade do processo a realização da justiça, compreendida como pretensão de correção em conformidade com a Constituição (enquanto no Instrumentalismo a finalidade do processo é a realização de um direito material pré-existente) (ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. *O processo coletivo e o Formalismo-Valorativo como nova fase metodológica do processo civil*, cit., p. 21).

¹³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 83-84.

¹³¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro Contemporâneo*. In: MITIDIERO, Daniel Mitidiero; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (orgs.). *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 199-225, esp. p. 201.

¹³² Cf. ZANETI JÚNIOR Hermes. *Processo Constitucional*, cit., p. 44.

cumprimento dessa expectativa, sob a tecnologia instrumentalista, restringe-se ao campo da flexibilização do formalismo processual em favor da realização de um direito material pré-existente (ou da *aplicação justa do direito positivo*, também chamada *aplicação da vontade concreta do direito*), não abarcando, assim, considerações sobre a justa aplicação do Direito (ou sobre a *aplicação de um Direito justo*)¹³³.

Aliás, o Instrumentalismo, precisamente porque tenciona realizar a justiça sob viés exclusivamente procedimental, encontra dificuldades para concretizar esse objetivo, visto que, na medida em que se dedica a tornar efetivo o direito positivo, apenas pode pretender produzir sentenças justas quando forem justos os textos legais aplicados¹³⁴.

¹³³ Bedaque se recente dessa observação crítica, dispondo, a propósito, que conquanto Mitidiero tenha razão em “afirmar que a norma aparece apenas no momento da sua interpretação”, essa é uma conclusão óbvia, jamais questionada pelos dualistas, visto que sem interpretação não há como estabelecer o sentido da lei” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?, cit., p. 23, nota de rodapé). Na sequência, o ilustre professor paulista, por quem nutrimos admiração e respeito, explicita nos termos seguintes o seu posicionamento sobre o tema: “A compreensão da vontade da lei depende de análises morfológica e sintática, cujo resultado é influenciado decisivamente pela axiologia. Assim, à luz do dualismo, o juiz declara sim o direito. Ao fazê-lo, ele confere à norma o significado a seu ver correto. Sua conclusão pode não coincidir, e frequentemente não coincide, com a de outro juiz. Isso ocorre exatamente porque cada um levou em consideração sua escala de valores para determinar o sentido do texto legal, ou seja, a norma jurídica. Em outras palavras, o processo de declaração do direito acrescenta sim algo de novo, pois antes da interpretação nada existia. Ao declarar o que a lei quer dizer, o juiz vale-se do processo interpretativo e cria fenômeno até então inexistente: o significado da lei. Essa divergência, salvo engano, acaba sendo meramente terminológica. Aliás, a afirmação feita por mim e criticada por Mitidiero, segundo a qual a atividade jurisdicional visa à declaração da vontade concreta do enunciado normativo de direito material, deve ser compreendida no contexto em que se encontra: destacou-se que a declaração da vontade da lei implica, mediante a interpretação feita pelo juiz, adequação do texto à realidade social e às necessidades do momento (BEDAQUE. Direito e processo, cit., p. 74). Não se nega à sentença judicial, portanto, natureza criadora. Entende-se apenas que ela se limita a, mediante declaração do significado do texto legal, reconhecer o direito já existente. As divergências muitas vezes decorrem da má compreensão dos fundamentos de determinada posição doutrinária, causada pela ausência de clareza do expositor ou pela falta de atenção do leitor” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?, cit., p. 23, nota de rodapé).

¹³⁴ Ao ensejo, não é demais recobrar que a efetividade do direito positivo e a realização da justiça não necessariamente andam juntas, como se viu (para citar um exemplo bastante

Afinal, como sabemos hoje, a Constituição é o fundamento formal e material de validade de todas as leis; destarte, ao focar na centralidade da Constituição, o Formalismo-Valorativo se afasta da aplicação do direito ilegítimo, daquele direito que, embora vigente, não é válido ou é lacunoso¹³⁵.

A qualificação do processo como ambiente de “criação” (reconstrução) do Direito

A segunda nota distintiva entre as teorias reside na circunstância de o Formalismo-Valorativo encarar o processo como ambiente de “criação” (*rectius*: reconstrução) do Direito, assumindo, assim, acepção de justiça potencialmente distinta daquela adotada pela Teoria da Instrumentalidade do Processo. A expressão *criação* vai aqui grafada entre aspas, porque, em rigor, os intérpretes, quando aplicam o Direito, partem dos textos normativos, procurando adaptá-los às especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda e, por vezes, temperando-os com os valores juridicizados pelo legislador e pelo constituinte nas normas jurídicas¹³⁶. Opera-se, pois, mais propriamente, um processo de reconstrução do direito positivo, sob a mediação dos fatos e dos direitos fundamentais (usualmente reproduzidos sob a forma de regras, princípios jurídicos e postulados normativo-aplicativos), com vistas à efetiva realização dos direitos e da justiça¹³⁷.

contudente) no regime jurídico nazista (cuja incidência propiciou, entre outras barbaridades, a perseguição ao povo judeu e o ideal de purificação da raça ariana), que era muito efetivo, mas nada justo. Destarte, somente se fossem justas todas as leis editadas pelo Parlamento e, ainda assim, se justa fosse a sua aplicação a todas as contendas que emergem das relações sociais e culturais que compõem o mundo da vida (o que é desmentido pela experiência cotidiana) é que se poderia cogitar da realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista. Sobre o assunto, ler também: (MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, cit., p. 77-79, *passim*) e (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 33-34).

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007. p. 15, 35, 119, 526 e 912 (Tomo I).

¹³⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 95.

¹³⁷ Sobre o assunto, cf. MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. *Derecho y Cambio Social*, n. 40, abr.-2015. Disponível

A metodologia empregada pelos formalistas-valorativos nesta nova fase processual é ilustrada pela *Teoria Circular dos Planos*¹³⁸, segundo a qual, na observação de Mitidiero, “o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar”¹³⁹.

em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/RECASENS_SICHES_E_A_APLICACAO_DO_DIREITO.pdf>. Acesso em 24.09.2015. Bedaque parece aderir a essa proposição; conforme se depreende da seguinte passagem doutrinária: “Conveniente e necessário explicar o que os dualistas entendem por ‘declarar o direito’. Sustentar a natureza declaratória da atividade jurisdicional não significa dizer que o significado da norma abstrata é antecedente à intervenção judicial e único. Não. Para declarar o direito, o juiz confere à lei o sentido que, a seu ver, é condizente com o interesse social. Ao interpretá-la, ele extrai a vontade da lei. Esse processo, evidentemente, sofre influência dos valores considerados pelo juiz na determinação do conteúdo da norma. Exatamente em razão da axiologia, não há como estabelecer um significado único para o dispositivo legal. Isso não significa, todavia, que o direito não exista antes da interpretação feita pelo julgador. A subsunção de determinada situação da vida a uma norma jurídica é suficiente ao nascimento do direito. É possível que os integrantes dessa situação diverjam sobre qual o interesse efetivamente tutelado pela norma. Verificada a controvérsia sobre a efetiva subsunção do fato ao direito objetivo, competirá ao juiz, mediante interpretação do respectivo enunciado normativo, declarar a quem pertence o direito subjetivo. Mediante a hermenêutica, declara-se o direito preexistente” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?, cit., p. 23). Referências semelhantes podem ser encontradas na obra de Samuel Meira Brasil Júnior, para quem a “crença na correção moral das normas jurídicas enunciadas reflete a pretensão de correção, e é um elemento necessário ao conceito do direito, que estabelece a correção, e é um elemento necessário ao conceito do direito, que estabelece a conexão entre a moral e o direito”, contexto em que “se a norma jurídica não formula ou não satisfaz à *pretensão de correção*, por existir uma contradição performativa entre a norma enunciada e a correção moral (justiça) da prescrição, então a norma será juridicamente deficiente (inválida)”, pelo que “será possível reconhecer a deficiência (invalidade) da norma, para construir outra mais justa (moralmente correta), que satisfaça a pretensão de correção do Estado” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*, cit., p. 71-72). Haveria, no ponto, uma aproximação entre o Instrumentalismo e o Formalismo-Valorativo?

¹³⁸ Inicialmente designada como Teoria da Relação Circular (cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direito material e direito processual: relações e perspectivas. Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional, 2004. p. 245-278, esp. p. 248) e em trabalhos subsequentes passou a ser denominada Teoria Circular dos Planos (cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). *Polêmica sobre a Ação – A Tutela Jurisdicional na Perspectiva das Relações entre Direito e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 165-196; e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2ª ed. (2005). São Paulo: Atlas, 2014. p. 189.

¹³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 70.

O que se dá é que o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa do direito material positivado, de maneira que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular, segundo a qual o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele¹⁴⁰. Disso resulta, “que o direito processual é essencial ao direito material, assim como esse é igualmente fundamental àquele”¹⁴¹. Afinal, “sem o direito material, o processo civil simplesmente não teria função alguma”, enquanto que “sem o direito processual, o direito material não conseguiria superar eventuais crises na sua realização”¹⁴².

Eis, então, o cerne da cizânia entre as teorias: se o Instrumentalismo apregoa a flexibilização do direito processual como técnica adequada à realização no processo de um direito material pré-existente e, partir dele, do ideal de justiça; para o Formalismo-Valorativo mesmo o direito material deve ser flexibilizado, no sentido da sua justa aplicação (ou aplicação conforme à Constituição), visto que a efetiva conformação do direito material aplicável aos casos concretos apenas sobressai da sua incidência casuística, sob a mediação dos direitos fundamentais, mormente no ambiente processual¹⁴³. A mesma lógica serve também para a reconstrução das próprias normas de processo, que precisam ser adequadas também elas à Constituição. Uma tríplice adequação: subjetiva, objetiva e teleológica¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 204-205.

¹⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 71.

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, cit., p. 71. Sobre o assunto, consulte-se, ainda: AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. *Revista de processo e constituição*, n. 2, maio/2005. Porto Alegre: UFRGS, 2005. p. 83-100.

¹⁴³ Quanto a esse particular, cf. MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, cit., p. 79-87, *passim*, e, MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 35-50, *passim*.

¹⁴⁴ Cf. LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo, *Revista*

A atribuição ao processo como elemento central teoria do direito processual

Por fim, o Formalismo-Valorativo, em franca divergência com o Instrumentalismo (que atribui à jurisdição uma posição central na Teoria do Processo), coloca o processo ao centro da Teoria.

Em defesa da posição instrumentalista, Dinamarco sugere que o processo não pode ser designado como elemento central porque ele, “em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indisfarçável *marca de formalismo*”¹⁴⁵. Daí que, para o professor paulista, “colocar como polo principal do sistema esse instituto assim *marcadamente formal e potencialmente instrumental* conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega a utilidade desta”¹⁴⁶.

Essa afirmação de Dinamarco quanto a ser impróprio colocar ao centro da Teoria esse “instituto assim marcadamente formal” claramente desconsidera a distinção entre *forma*, *formalidade* e *formalismo*, que para o Formalismo-Valorativo tem fundamental importância teórica e prática para a realização, no curso do processo, da proteção das pessoas, dos direitos e da justiça, com a resolução do conflito. Com efeito, na lição de Alvaro de Oliveira, o *Formalismo-Valorativo* (ou *forma* em sentido amplo, doravante chamado apenas *formalismo*) não deve ser confundido com a forma do ato processual individualmente considerado, já que “diz respeito à totalidade formal do processo”, porque compreende não só a forma, ou as formalidades, abarcando, sobretudo, “a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação

do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre, p. 163-170; e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 99-100.

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 79.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 79.

de sua atividade, a *ordenação do procedimento e a organização do processo*, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”¹⁴⁷.

O *formalismo* visa, então, assegurar a consecução das finalidades do processo e a ordem como garantia, com destaque para a proteção do jurisdicionado contra a prolação das decisões judiciais arbitrárias (e, por isso mesmo, potencialmente injustas) que podem resultar da inclinação teórica (ínsita à identificação da jurisdição como elemento central da Teoria) quanto a competir aos juízes solucionar os litígios sob a ótica introspectiva da sua percepção pessoal sobre os casos julgados, portanto num contexto em que eles (juízes) não estariam obrigados (como decorrência da atribuição ao processo de uma posição central na Teoria) a considerar e efetivamente enfrentar as razões apresentadas pelos litigantes¹⁴⁸.

Disso resulta a afirmação, pelos adeptos do Formalismo-Valorativo, de que um modelo ideal de processo seria aquele do processo cooperativo, no qual o magistrado é *paritário no diálogo e na*

¹⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, cit., p. 14.

¹⁴⁸ A propósito, Mitidiero acentua que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37). Assim, o contraditório é mais do que uma simples norma de igualdade formal, pois assume “papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um ‘ato de três pessoas’, como um autêntico ambiente democrático e cooperativo” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37-38). Conforme Mitidiero essa acepção renovada do contraditório é resultado da consolidação da “dimensão ativa do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 37). E induz a compreensão de que a tarefa dos juízes, quanto ao particular, não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando, também (e principalmente), a imposição a que, na motivação de suas decisões, efetivamente considerem e enfrentem as razões apresentadas. Seguindo no raciocínio, tem-se que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo magistrado para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório. No CPC estas noções foram plenamente acatadas, como se pode ler dos dispositivos sobre contraditório e cooperação (arts. 6º, 7º, 9º e 10º, CPC) e sobre a fundamentação analítica e hermenêutica adequada (art. 489, CPC).

decisão, assumindo, assim, uma postura democrática frente ao litígio, o que pressupõe a consideração e o efetivo enfrentamento das razões apresentadas pelas partes em suas manifestações processuais e reconhecer que cabe ao juiz a função de julgar, como sua função típica e não como um atributo que angularize a relação processual¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Este debate está no centro da noção de *processo cooperativo*, como terceira espécie entre processo *inquisitivo* ou *adversarial*. Neste sentido há convergência entre todos os autores do Formalismo-Valorativo e os autores mais contemporâneos de direito processual: o processo cooperativo (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 198, p. 213-225, 2011), colaborativo (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil, passim*) ou participativo (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008) é *uma espécie adequada ao processo civil no Estado Democrático Constitucional*. Na doutrina, Mitidiero defende que o juiz seria *assimétrico apenas na decisão*, o que significa dizer que o magistrado, após considerar e enfrentar as razões apresentadas por uma e outra parte, deverá apresentar uma solução para o litígio (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, 3ª ed., cit., p. 64-65). Aqui entendemos que a função do juiz não torna assimétrico o processo, até mesmo porque o próprio juiz está sujeito a controles intersubjetivo *endo* e *extraprocessuais*. Uma leitura explica bem do que estamos tratando neste debate: “O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia [...] No entanto, não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem *com* o juiz; trata-se de *função* que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder; que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: *a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder*” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Art. 6º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016, p. 18/19, *g.n.*). Muito embora, tanto Fredie Didier Júnior, quanto Daniel Mitidiero, ressalvem que em um processo autoritário e inquisitório *também* a condução do processo é assimétrica, *devemos firmar aqui o que já foi afirmado no texto*: a atividade judicial é tendencialmente cognitiva, no sentido que aplica o ordenamento jurídico, está vinculada à lei, aos precedentes e a cultura e tradição jurídica do local, poderá haver ato de vontade, de poder, mas é exceção. Mesmo nestes casos, exceção submetida à controle intersubjetivo. O juiz não é, portanto, solipsista – concepção filosófica segundo a qual além de nós somente existem as nossas experiências – no momento de decidir, e, a decisão, não é, portanto, assimétrica – mas é sua *função*, *dever-poder*, *decidir*. Bedaque não vê oposição entre essa proposição do Formalismo-Valorativo e as premissas e técnicas de atuação do Instrumentalismo. Em suas próprias palavras: “A ideia, hoje sustentada por boa parcela da doutrina, a respeito da importância da cooperação entre os sujeitos do processo, está presente na visão instrumentalista. Para o idealizador da perspectiva teleológica, instrumentalista, a efetividade do processo depende

A concepção de um processo dialético (ou dialógico) como elemento indutor da legitimação democrática das decisões judiciais que comportam escolhas político-administrativas e disposição sobre questões não controvertidas no processo

A atividade judicial é *tendencialmente cognitiva*, no sentido que aplica o ordenamento jurídico, está vinculada à lei, aos precedentes e a cultura e tradição jurídica do local¹⁵⁰. O processo se revela um ambiente dialógico que além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, fomenta as condições necessárias a que as partes reconheçam a justeza da decisão prolatada, o que o converte, sob a mediação do formalismo que lhe é característico, em um verdadeiro instrumento da justiça¹⁵¹.

Disposições legais relativas à matéria

Esses caracteres do estão presentes no modelo de processo concebido pelo CPC¹⁵²; que embora não rejeite e até estimule a flexibilização do direito processual como técnica para obter a efetivação do direito material deduzido em juízo e para induzir a

fundamentalmente da garantia de participação de todos, inclusive do juiz, com observância do contraditório” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, cit., p. 6). Disso resulta a sua advertência no sentido de que é equivocada a afirmação da “suposta despreocupação do instrumentalismo com os destinatários da tutela jurisdicional”, que não são “colocados em situação de meros expectadores da atividade judicial”; enfim, no Instrumentalismo, “jamais se defendeu a ideia de efetividade sem considerar a participação dos sujeitos parciais do processo na formação do convencimento do juiz” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?*, cit., p. 7).

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia. Teoria del Diritto*, cit., p. 881; ZANETI JÚNIOR, Hermes, *O Valor Vinculante dos Precedentes*, cit., *passim*. Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil*, cit.

¹⁵¹ Ao ensejo, cf. MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*, cit., p. 87-91, *passim*; e (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 50-54, *passim*.

¹⁵² Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiros*, cit., p. 58-63, *passim*.

realização da justiça no processo (essa que é uma proposta tanto do Instrumentalismo quanto do Formalismo-Valorativo), não parece colocar a jurisdição ao centro da Teoria do Processo (como propõem os instrumentalistas brasileiros¹⁵³).

Tal se infere, primariamente, da veiculação no novo código de opção político-legislativa por impor aos órgãos jurisdicionais que sigam, quando da fundamentação de suas decisões, os precedentes invocados pelas partes (art. 489, p. 1º, VI¹⁵⁴), que garantam unidade a sua jurisprudência com o propósito de mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926¹⁵⁵), inclusive por meio da edição de súmulas (art. 926, p. 1º¹⁵⁶), e que observem as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas/recursos repetitivos, as súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e as orientações do plenário ou do órgão especial a que estiverem vinculados (art. 927¹⁵⁷)¹⁵⁸. Essas alterações normativas

¹⁵³ A propósito, cf., por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 81.

¹⁵⁴ CPC. “Art. 489 [...] § 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] 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” (destaques pessoais).

¹⁵⁵ CPC. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (destaques pessoais).

¹⁵⁶ CPC. “Art. 926 [...] § 1º - Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” (destaques pessoais).

¹⁵⁷ 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” (destaques pessoais).

¹⁵⁸ Essas disposições legislativas complementam escolhas normativas feitas pelo legislador ainda na vigência do CPC-1973, quando previu, como forma de conferir maior celeridade à resolução das contendas, a possibilidade de julgamento dos processos por seus Relatores nos Tribunais (art. 932, IV e V e art. 1.011, I do CPC/2015 e art. 557 e p. 1º-A do CPC/1973),

revelam, conforme Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, a opção do legislador brasileiro pela aplicação entre nós da teoria dos precedentes¹⁵⁹. Vê-se, pois, que a realização do Direito não mais observa a fórmula geral segundo a qual compete aos juízes aplicar no processo um direito material preexistente, pressupondo, em rigor, a adoção de metódica tópico-problemática¹⁶⁰, num contexto em que não apenas a lei, mas também a dogmática e os precedentes compõem os catálogos tópicos empregados pelos intérpretes/aplicadores para a construção das normas concretas que solucionarão os litígios¹⁶¹.

Legitimação democrática das decisões

Disso decorre 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, de modo a que o processo se apresente como ambiente dialógico, que, além de prevenir o arbítrio estatal no campo

a sentença de improcedência liminar (art. 332, CPC/2015 e art. 285-A, CPC/1973) e a sistemática de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.035, p. 5º e 8º, art. 1.036 e p. 1º, art. 1.039 e p. único, art. 1.040, I e art. 1.041 e p. 1º e 2º, CPC/2015 e arts. 543-A, 543-B e 543-C, CPC/1973), todas ancoradas na premissa segundo a qual o Direito deve ser aplicado com base em precedentes firmados pelos Tribunais, a diferença substancial é que além da forma o CPC atual previu também aspectos materiais para os precedentes, aspectos normativos.

¹⁵⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 348.

¹⁶⁰ Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, cit.; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 88; e VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

¹⁶¹ Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*, cit., p. 88.

da aplicação do Direito, fomenta as condições necessárias a que as partes reconheçam a justeza da decisão prolatada; como postulado pelo Formalismo-Valorativo¹⁶². Esse processo dialógico projetado pelos formalistas-valorativos parece haver sido adotado pelo legislador do CPC¹⁶³; que estabelece, entre outras coisas, que considera *desprovido de regular fundamentação* o ato decisório (seja ele uma decisão, uma sentença ou um acórdão) que *não enfrentar as razões deduzidas pelas partes* no processo (art. 489, p. 1º, IV¹⁶⁴) e aquelas ainda não deduzidas, relativas a fundamentos e fatos (e.g., art. 10¹⁶⁵ e art. 493, p. único¹⁶⁶) sobre as quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar (veda-se, assim, a decisão surpresa), ou que *deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente por elas invocado* e que seja aplicável ao caso (ausência de distinção) e não tenha sido superado (art. 489, p. 1º, VI¹⁶⁷); e que prescreve, ainda, que o desatendimento a essas imposições normativas suscita a caracterização de omissão do julgador, a autorizar a oportuna oposição de embargos declaratórios (art. 1.022, p. único, II¹⁶⁸).

¹⁶² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3ª ed., cit., p. 64-65.

¹⁶³ A propósito, cf. MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*, cit.

¹⁶⁴ CPC. “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” (destaques pessoais).

¹⁶⁵ CPC. “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” (destaques pessoais).

¹⁶⁶ CPC. “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir” (destaques pessoais).

¹⁶⁷ CPC. “Art. 489 [...] § 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] 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” (destaques pessoais).

¹⁶⁸ CPC. “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o

Esse modelo de processo vai de encontro à proposição instrumentalista quanto a figurar a jurisdição ao centro da Teoria do Processo, seja porque se fundamenta na compreensão (assimilada pelo legislador processual) de que o Direito aplicado aos casos concretos não necessariamente corresponde ao direito positivado nos textos legais (na medida em que é resultado de atividade reconstrutiva desenvolvida pelos intérpretes no processo judicial¹⁶⁹ e além da norma-texto-lei cabe ao interprete um papel de encontra a norma aplicável ao caso que poderá resultar na aplicação de uma norma-texto-precedente ou na própria formação de uma nova norma-precedente para o caso-atual extensível aos casos futuros), seja porque, posto isso, as decisões jurídicas proferidas em seu corpo precisam ser legitimadas pela efetiva participação das partes na formação do juízo. E por isso se apresenta, como postulam os formalistas-valorativos, como direito fundamental do cidadão, precisamente porque se qualifica como ambiente de “criação” (*rectius*: reconstrução) do Direito.

Relacionamento necessário entre o Formalismo-Valorativo e a doutrina jurídica subjacente ao processo e às decisões estruturais

Dele resulta, ainda, metódica adequada a que se proceda à flexibilização, nos processos estruturais, a legitimidade democrática

qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º” (destaques pessoais).

¹⁶⁹ Quanto a isso, ou se admite (como premissa teórica) que os juízes aplicam no processo um direito material preexistente, e que por isso suas decisões se encontram aprioristicamente legitimadas pela circunstância dos textos legais aplicados terem sido aprovados pelo Parlamento; ou se postula (como parece ter feito o legislador processual) que o Direito aplicado aos fatos da vida é mais do que isso, porque também deve ter em consideração as peculiaridades dos casos concretos e a própria influência dos valores juridicizados sob a forma de precedentes (cf. MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça*: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça, cit.).

do Poder Judiciário para formular escolhas político-administrativas em substituição ao Poder Executivo (o que suscita a identificação de limites à separação entre os poderes e à própria intervenção do Judiciário no mérito administrativo) e para proferir decisões sobre questões não controvertidas no processo (com impactos sobre a regra de congruência externa das demandas e sobre a própria noção de contraditório), de modo a possibilitar a construção de decisões estruturais capazes de realizar a justiça em casos limites. É que, conquanto seja necessária a configuração de limites à atuação do Poder Judiciário nesses campos, tal não impede que os julgadores, provocados pelos jurisdicionados (inclusive pelos controladores, com destaque para a atuação do Ministério Público), profiram decisões que comportem escolhas político-administrativas e que disponham sobre questões não controvertidas no processo, desde que observe o cuidado de dialogar com o poder público sobre a melhor escolha a ser adotada e de reabrir o contraditório a cada inovação que propor ao ambiente processual. O juiz deve e pode decidir, quando necessário, mas sua postura precípua nesses casos deve ser voltada para resolver de forma efetiva o conflito, como gerente (*case management*) ou facilitador do diálogo entre as partes.

Nessa perspectiva, *se o Poder Judiciário desejar, ou necessitar*, (i) *substituir-se ao Poder Executivo na formulação de escolhas político-administrativas, interferindo*, em maior ou menor medida, *no chamado mérito administrativo* - o que se verifica, em exemplos anteriormente propostos, (i.1) na hipótese de prolação de decisão que, visando à concretização do direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais, estabelece um plano de adequação e acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos de uma determinada localidade (porque o plano da Administração Pública pode ser outro, igualmente eficaz, mas ainda assim diferente daquele proposto na decisão estrutural); (i.2) ou quando é proferida decisão que, com o

propósito de assegurar o direito à saúde e considerando o crescimento do número de casos de microcefalia numa determinada região e da sua possível relação com o *zika* vírus, estabelece impositivamente um plano de combate ao mosquito *aedes aegypti*, prescrevendo uma série de condutas para autoridades municipais (porque os Municípios podem ter outras estratégias para enfrentar o problema, que igualmente podem contribuir para a sua resolução); (i.3) ou, ainda, no caso de decisão que, buscando salvaguardar direitos de minorias, impõe a inclusão, na estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dos povos africanos ou dos povos indígenas (porque o governante, legítimo representante do povo, pode ter depreendido junto à consciência social restrições à implementação dessa medida que o julgador nem sempre tem condições de perceber e, posto isso, haver concebido solução alternativa que também precisa ser considerada) -, *bem como se desejar, ou necessitar, (ii) proferir o que Sérgio Cruz Arenhart*¹⁷⁰ *designou como provimentos em cascata* - consistentes prolação, após a decisão principal, de outras decisões destinadas a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal, entre elas soluções que não foram postuladas no processo, e por isso nele não foram controvertidas (que podem se verificar, em outro exemplo formulado nestes trabalho, no curso de ações coletivas propostas como decorrência do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho, porque é natural que novos problemas surjam conforme o processo se desenvolve, pela via da paulatina revelação de novas consequências dos eventos ocorridos, que têm a potencialidade de transformar o objeto litigioso, exigindo, com isso, novas providências judiciais, algumas das quais não previstas ao tempo da formulação) -, *cumpre-lhe, não apenas oportunizar ao poder público e ao agentes privados manifestar-se sobre a sua proposta de decisão, mas, sobretudo, enfrentar os argumentos*

¹⁷⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, cit., p. 400.

apresentados; como forma de assegurar que a decisão estrutural a ser adotada observe, o tanto quanto possível, elementos técnicos e políticos que (por terem semelhante natureza) podem não estar no radar dos julgadores, mas são indispensáveis a uma tomada de posição adequada à resolução do problema.

O que importa, enfim, é realizar o Direito com justiça para bem solucionar de forma efetiva o conflito (conforme orienta a teoria dos processos e decisões estruturais); muito embora, para tanto, não se possa deixar de lado a segurança jurídica, a ser alcançada, nos processos estruturais, pelo estabelecimento de diálogo processual efetivo (conforme orienta a doutrina do Formalismo-Valorativo) que conduzam à prolação de decisões jurídicas verdadeiramente estruturais.

Nos processos estruturais o dever geral de cooperação toma uma dimensão ainda maior e volta-se precipuamente a identificar de maneira adequada, tempestiva e efetiva, as pessoas e os direitos afetados, solucionando o conflito preferencialmente por medidas estruturantes dialogadas, construídas mediante o consenso, a partir do que no caso concreto apresentou ou não os resultados almejados. A troca de informações, a ética processual das partes e do juiz neste diálogo permanente, são essenciais para o resultado almejado de fazer cessar a situação permanente de ilicitude estrutural identificada.

CONCLUSÃO

Esperamos haver induzido a compreensão de que a flexibilização decisória pela doutrina jurídica subjacente aos processos e decisões estruturais pode ser implementada, em seu corpo, inclusive mediante prolação de decisões estruturais que substituam escolhas político-administrativas formuladas pelo Poder Executivo (o que suscita a identificação de limites à separação entre os poderes e à própria intervenção do Judiciário no mérito administrativo) e que resolvam

questões jurídicas não controvertidas no processo (com impactos sobre a regra de congruência externa das demandas e sobre a própria noção de contraditório), sempre que, observados padrões de dialeticidade, seja permitido, ao mesmo tempo, a realização dos valores *justiça* (como pretensão de correção, para a resolução de casos limites e efetividade no tratamento dos conflitos) e *segurança jurídica* (prevenção de decisão arbitrárias e antidemocráticas).

Estamos convictos de que a abordagem proposta merece a atenção da comunidade jurídica, porque relaciona os processos e decisões estruturais (concebida para a realização da justiça em casos limite) à doutrina do Formalismo-Valorativo (igualmente desenvolvida com o propósito de induzir a realização da justiça, mas com especial atenção à necessidade de que se assegure a necessária segurança aos jurisdicionados, como forma de prevenir a proliferação de decisões arbitrárias e antidemocráticas), contribuindo, assim, para o aperfeiçoamento do modelo proposto, a partir do Direito Norte-Americano, pela excelente literatura jurídica que sobre o tema vem sendo construída no Brasil.

Todavia, não almejamos construir única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que nos ocupamos. Em verdade, 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, e do direito processual em particular.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes [Org]. Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2. Cachoeiro de Itapemirim: Heliograf, 2008.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). Processo e constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2008.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. Revista de processo e constituição, n. 2, maio/2005. Porto Alegre: UFRGS, 2005.
- AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225.
- ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix [coord.]. Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017.

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas”. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. Opere Giuridiche, v. 1. Napoli: Morano, 1965.

- CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARLOS, Hélio Antunes. O autoregramento da vontade. Trabalho de Conclusão da Disciplina Constitucionalização do Processo. Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDIR), Mestrado Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr, 2017-2.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito tributário. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 31 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Art. 6º. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 18ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil português. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista de Processo, v. 198, p. 213-225, 2011.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processo civil, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). Reflexos do novo Código Civil no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2006.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, v. 4. 11ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Notas sobre as decisões estruturantes. Civil Procedure Review, v.8, n.1: 46-64, jan.-apr., 2017.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes [coord.]. Repercussões do Novo CPC – processo coletivo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e Causa de Pedir. O Juiz e a Qualificação Jurídica dos Fatos no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives: an Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia. Teoria del Diritto*. Roma/Bari: Laterza, 2007.
- FISS, Owen. *Two models of adjudication*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 2015, v. 249.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade – Volume II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. In: STEIN, E.; BONI, Luiz A. de (Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 2ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- JOBIM, Marco Felix. *A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes [coord.]. *Repercussões do Novo CPC – processo coletivo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- JOBIM, Marco Felix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LACERDA, Galeno. O Código como Sistema Legal de Adequação do Processo, Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes [coord.]. Repercussões do Novo CPC – processo coletivo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.). Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MADUREIRA, Claudio Penedo. Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. Salvador: Juspodivm, 2013.
- MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do direito a partir da interação entre norma, fato e valor. Derecho y Cambio Social, n. 40, abr.-2015. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista040/RECASENS_

- SICHES_E_A_APLICACAO_DO_DIREITO.pdf>. Acesso em 24.09.2015.
- MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 272, p. 85-125, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*, vol. 1, São Paulo: RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, v. 6. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*, Tese de doutorado. Ano de Obtenção: 2007. Disponível na internet: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>; acesso em 14/04/2017.

- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MITIDIERO, Daniel. Processo civil e Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. Gênesis. Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 33, p. 484-510.
- MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (orgs.). Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira. A Instrumentalidade do Processo e o Formalismo-Valorativo (A Roupas Nova do Imperador na Ciência Processual Civil Brasileira). Revista de Processo, vol. 293, p. 19-47, jul., 2019.
- PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. Revista CEJ, n. 30, jul./set./2005. Brasília: CEJ, 2005.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil, v. 1. São Paulo: RT, 2000.

- TROLLER, Alois. *Dos Fundamentos do Formalismo Processual Civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 2009.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte: legge, diritto,giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual)*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas*. *Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional*, 2004.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro Contemporâneo*. In: MITIDIERO, Daniel Mitidiero; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (orgs.). *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

- ZANETI JÚNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes [Org]. Teoria geral do processo civil constitucionalizado – Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES – v. 2. Cachoeiro de Itapemirim: Heliograf, 2008.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. Revista de Direitos Difusos, Ano XI, v. 53, p. 13-32, março de 2011.

