



III CONGRESSO
DE PROCESSO CIVIL
INTERNACIONAL

A JURISDIÇÃO E A COOPERAÇÃO
JURÍDICA INTERNACIONAL E OS
MÉTODOS ADEQUADOS DE
TRATAMENTO DE CONFLITOS
NA AMÉRICA LATINA



III Congresso de Processo Civil Internacional

A jurisdição e a cooperação jurídica internacional e os métodos adequados de tratamento de conflitos na América Latina



Programa de Pós-Graduação em Direito Processual

FICHA TÉCNICA

CORPO DOCENTE DO PPGDIR

Adriana Pereira Campos	Hermes Zaneti Junior
Augusto Passamani Bufulin	Julio Cesar Pompeu
Brunela Vieira de Vincenzi	Manoel Alves Rabelo
Carlos Antonio Garriga Acosta	Marcellus Polastri Lima
Claudio Penedo Madureira	Marcelo Abelha Rodrigues
Fabício Bertini Pasquot Polido	Ricardo Gueiros Bernardes Dias
Flavio Cheim Jorge	Rodrigo Reis Mazzei
Francisco Vieira Lima Neto	Sandro Jose da Silva
Fredie Souza Didier Júnior	Tárek Moyses Moussallem
Geovany Cardoso Jeveaux	Tiago Figueiredo Gonçalves
Gilberto Fachetti Silvestre	Valesca Raizer Borges Moschen

ORGANIZAÇÃO

Valesca Raizer Borges Moschen

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

João Carlos Furlani

REVISÃO DO TEXTO E NORMAS

Os autores

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

III Congresso de Processo Civil Internacional (2018, Vitória, ES).
Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional: A Jurisdição e a cooperação jurídica internacional e os métodos adequados de tratamento de conflitos na América Latina

Organizadora: Valesca Raizer Borges Moschen.
Vitória, 2018.

452 p. : il.

ISSN: 2595-492X

1. Processo civil. 2. Direito Internacional. 3. Direito Privado. 4. Moschen, Valesca Raizer Borges.

CDU: 340

SUMÁRIO

Apresentação	7
Valesca Raizer Borges Moschen	
Um breve estudo sobre a sentença <i>citra petita</i> e os seus meios de impugnação	9
André Silva Martinelli, Emmanuel Domingues e André Luiz Figueiredo Rosa	
A atuação extrajudicial da Defensoria Pública na efetivação do direito à saúde no plano individual: a troca de ofícios como solução autocompositiva entre o assistido e a Fazenda Pública	27
Angelita da Costa Aguiar	
A judicialização da saúde e a quebra de patentes farmacêuticas: um diálogo entre a efetivação da garantia à saúde e o instituto da propriedade intelectual	35
Anselmo Luiz Bacelar Junior e Maria Júlia Ferreira Mansur	
Princípio da Fundamentação das decisões judiciais como consectário do Estado Democrático de Direito à luz das mudanças do Novo Código de Processo Civil	48
Beatriz Oliveira Krause e Lucas de Carvalho Lyra Ribeiro	
A técnica de julgamento de recursos repetitivos: uma tentativa de alcance da equidade no caso concreto e da duração razoável do processo	59
Beatriz Salvador de Magalhães, Helena Emerick Abaurre e Victória de Oliveira Nunes	
A jurisdição voluntária na justiça do trabalho e a quitação geral: aspectos da reforma trabalhista	73
Eduardo Vidal Xavier	
A tensão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade no Estado Democrático de Direito	82
Fabrício Santos Neves, Filipe Fialho Alves e Geórgia Thâmisa Malta Cardoso Luxinger	
Recurso de Agravo: origem e evolução	97
Fernando Ribeiro da Silva Carvalho	
Notas sobre o <i>habeas corpus</i> coletivo: uma análise a partir do HC 143641/SP e do microsistema do Processo Coletivo	108
Francisco Vieira Lima Neto e Thaís Milani Del Pupo	
Democracia e Direito Processual: o papel do NCPC no exercício da cidadania	123
Helio Antunes Carlos, Jéssica Mendes de Lima e Thays Conceição Cabidelli da Silva	

Autocomposição em processos envolvendo a Fazenda Pública	139
Iago Abdalla Fantin e Fabiane Sena Freitas	
Definición de cortes constitucionales	150
José Ángel Cornielles Hernández	
Idealismo e processo: a influência de Kant nas bases do positivismo jurídico ...	172
Lara Ferreira Lorenzoni e Tatiane Priori Galimberti	
O que deseja “o Código”? Notas sobre a complexidade de realização do imaginário de sujeitos do campo do direito na transição de paradigmas normativos implementados pelo Estado	186
Leonardo Barros Souza	
As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transacional à justiça	195
Livia Heringer Pervidor Bernardes e Yandria Gaudio Carneiro	
A eficácia das decisões judiciais proferidas nas ações coletivas para concretização de políticas públicas: análise da Ação Civil Pública 0150735-64-2008-8.26002	207
Livia Mayer Totola Britto, Lorena Rodrigues Lacerda e Tatiana Mascarenhas Karninke	
A crise do congestionamento do Poder Judiciário e a ingerência dos conflitos de massa no prejuízo do acesso à justiça. Seriam as técnicas coletivas de repercussão individual instrumentos necessários para desestimular a litigância habitual?	222
Livia Mayer Totola Britto, Lorena Rodrigues Lacerda e Tatiana Mascarenhas Karninke	
Da desjudicialização da multiparentalidade e convivência no sistema da parentalidade socioafetiva e biológica. Do Provimento nº 63, do Conselho Nacional de Justiça, viabilizado por precedentes STF: Tese nº 622, RE 898.060	236
Livia Mayer Totola Britto, Lorena Rodrigues Lacerda e Tatiana Mascarenhas Karninke	
Convenção de Haia sobre Prestação de Alimentos no Exterior de 2007: implicações no Brasil	251
Livia Vilas Bôas Carr	
Processo civil internacional: utopia ou meio de desenvolvimento dos povos e de erradicação da miséria?	258
Luciano Raggi de Oliveira	
A efetividade da mediação e da conciliação enquanto métodos adequados de resolução de conflitos: uma análise do CEJUSC da Comarca de Manhuaçu/MG	270
Luísa de Castro Graize Garcia e Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira	

O direito humano de acesso à justiça para os refugiados e os obstáculos enfrentados para sua efetivação	286
Manuela Coutinho Costa, Priscila Ferreira Menezes e Brunela Vieira de Vincenzi	
As impropriedades do Art. 16 da Lei n. 7.347/85 (LACP) e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça: uma análise da jurisprudência atinente ao tema	297
Nádia Ceccon Libardi	
A utilização dos negócios processuais como técnica de eficiência e redução de custos nos contratos empresariais	314
Paulo Sandoval Tavares, Artur Almenara Merlo Emmerich Oliveira e Gabriela Azeredo Gusella	
Adiantamento da tutela, evidência do direito e precedentes: uma proposta à coerência processual	329
Pedro Machado Tavares e Pedro Lube Sperandio	
A harmonização do Direito Processual Civil Internacional a partir de uma perspectiva teórica liberal das relações internacionais	343
Priscila Zuchi Guio	
O Instituto Processual da Reclamação Constitucional e o sistema de edição de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho	355
Renan Sena Silva	
Breve ensaio sobre o tratamento adequado de conflitos no direito sucessório	369
Renan Sena Silva	
A representação por preposto das ME's e EPP's no polo ativo da relação processual no âmbito do microsistema dos Juizados Especiais e a necessidade de um tratamento isonômico	384
Ricardo Gueiros Bernardes Dias e Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira	
Primazia do julgamento de mérito: breves apontamentos sobre sua influência no juízo de admissibilidade das demandas no Código de Processo Civil de 2015	396
Sara Barbosa Miranda e Walmea Elyze Carvalho Pepe de Moraes	
O microsistema dos Juizados Especiais Cíveis: uma análise do tempo de tramitação dos processos como obstáculo ao acesso à justiça	408
Tauã Lima Verdán Rangel e Vitor Pimentel Oliveira	

A prova do feriado local para fins de demonstração da tempestividade dos recursos cíveis segundo a jurisprudência do STJ: uma análise do entendimento firmado por sua Corte Especial no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 957.821/MS	420
Tiago Figueiredo Gonçalves, Emmanuel Domingues e André Silva Martinelli	
Princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal	429
Walméa Elyze Carvalho e Sara Barbosa Miranda	
<i>Forum necessitatis</i>: uma proposta de efetivação do acesso à justiça	441
Yandria Gaudio Carneiro	

Apresentação

Valesca Raizer Borges Moschen

Te propongo construir
un nuevo canal
sin esclusas
ni excusas que comunique por fin
tu mirada
atlántica
con mi natural
pacífico.

Mario Benedetti, *Canal interoceánico*.

As ondas renovatórias do acesso à justiça, no contexto de uma sociedade globalizada,¹ emergem, na sua dimensão transnacional,² como um direito fundamental à pessoa em sua propagação no espaço.³ Assim, a efetividade do acesso “para todos ao sistema legal, aos seus direitos, liberdades e benefícios”, com garantias processuais equitativas, transcende às variações dos sistemas processuais que se sujeitam as partes nos litígios transnacionais (CAPPELLETTI, 1981, p. 24).

A emergência dos temas de jurisdição e de cooperação jurídica internacional como instrumentos de concretização da justiça para casos com elementos de estraneidade são, hoje, objetos fundamentais do direito internacional privado.

Nesse sentido, no âmbito do movimento da harmonização do direito internacional privado, a luta pela efetividade da prestação jurisdicional ganha especial relevo. Consequentemente, a necessidade de cooperação entre os sistemas judiciários nacionais passa a ser realidade na prática judicial contemporânea.

Ao buscar o aprimoramento dos estudos e práticas relacionadas a um efetivo e adequado acesso à justiça a nível transacional, o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo e o Grupo de Estudos “Labirinto da Codificação do Direito Internacional Privado” realizaram, nos dias 24 e 25 de setembro de 2018, o III Congresso

¹ Termo consagrado pelos professores Mario Cappelletti e Bryant Garth, que indica a necessidade de um debate contínuo sobre o desenvolvimento da análise do princípio de acesso à justiça e de sua relação com o “tipo” de justiça que se deve resultar do mesmo (CAPPELLETTI, 1981, p. 5-15).

² Essa dimensão transnacional do acesso à justiça já havia sido levantada pelos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, mesmo que de referência regional, quando afirmaram que as futuras áreas para pesquisa e reforma estariam vinculadas ao desenvolvimento transnacionais dos direitos na Europa e dos litígios transacionais (CAPPELLETTI, 1981, p. 24).

³ A profa. Inês Lopes, em Congresso sobre o tema da Codificação do Processo Civil Internacional, realizado em Vitória, na Universidade Federal do Espírito Santo, entre os dias 20 e 22 de setembro de 2017, levantou a hipótese acerca da quarta onda renovatória, incorporando o acesso transacional à justiça como um elemento contemporâneo do desenvolvimento da concepção social de justiça.

de Processo Civil Internacional, cujo tema central versou sobre "A jurisdição e a cooperação jurídica internacional e os métodos adequados de tratamento de conflitos", com especial enfoque nos sistemas jurídicos latino-americanos.

O evento contou com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES), da Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES) e da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Espírito Santo (OAB-ESA). Recebeu palestrantes nacionais e estrangeiros, em particular, da região latino-americana. Foi responsável pela promoção de calorosos debates nos Grupos de Trabalhos, cujos resultados seguem agora publicados.

Estes anais buscam, portanto, a formalização, consolidação e divulgação de pesquisas desenvolvidas na área do Processo Civil Internacional, apresentando um produto da cooperação acadêmica, nacional e internacional, que permite ao leitor compreender e pensar essa importante temática do Direito.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro (Ed.). *Access to Justice and the Welfare State*. Forenze: Badia Fiesola, 1981.

Um breve estudo sobre a sentença *citra petita* e os seus meios de impugnação

André Silva Martinelli¹

Emmanuel Domingues²

André Luiz Figueiredo Rosa³

Resumo: Este trabalho objetiva investigar o tratamento dado pela doutrina e jurisprudência sobre a impugnação da sentença que se omitiu no julgamento de um pedido, o que caracteriza o julgamento *citra petita*. Procura-se responder alguns dos questionamentos surgidos na vigência no CPC/73 e abordar o tema na perspectiva do CPC/2015.

Palavras-chave: Direito processual civil; Sentença *citra petita*; Meios de impugnação.

Introdução

A sentença deve analisar os pedidos dentro dos limites em que foram feitos, não podendo dar um provimento diferente ou que seja além ou aquém do postulado. Neste último caso, tem-se a sentença *citra ou infra petita*.

Embora existam várias causas para se caracterizar uma sentença como *citra* ou *infra petita* (omissão quanto a um pedido, a uma causa de pedir ou em relação a uma parte), o objeto deste estudo é limitado à sentença que deixa de julgar um dos pedidos formulados na inicial. Ou seja, o juiz não expõe fundamentação nem decide no dispositivo da sentença a respeito do bem da vida requerido pelo autor.

É pacífico que, em tais situações, o juízo *a quo* deveria suprir a sua omissão quando provocado por meio dos embargos declaratórios. Todavia, nem sempre isso acontece.

Muitas vezes, o órgão de origem é instado a suprir a omissão, mas julga os embargos improcedentes por entender que o embargante pretendia a reforma do julgado. Pode ocorrer

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. andre.s.martinelli@hotmail.com .

² Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Potiguar - UnP (2008) e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2014). Assessor de Nível Superior para Assuntos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. mano029@gmail.com.

³ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2015) e em Direito Processual Moderno pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2013). Auditor Fiscal da Receita Estadual do Espírito Santo. andluig2016@gmail.com.

também de os embargos de declaração simplesmente não serem interpostos, preferindo a parte apelar imediatamente para o tribunal. Há ocasiões, ainda, em que a apelação interposta não trata do pedido que não foi julgado, uma vez que o apelante limita-se a recorrer dos demais capítulos da sentença. Ou pode-se pensar num caso hipotético, mas bem recorrente, em que decorre o prazo recursal sem que qualquer recurso tenha sido interposto.

Diante dessas diversas situações, pretende-se analisar o posicionamento do Estado-Juiz diante da impugnação da sentença *citra petita*. Objetiva-se expor algumas questões que surgiram na vigência do CPC/73 e, ao mesmo tempo, abordar as modificações introduzidas pelo CPC/2015 sobre o tema.

O princípio da congruência e a sentença *citra petita*

O princípio da congruência, também chamado de princípio da correlação ou da adstrição ou da vinculação do juiz ao pedido, significa que a sentença, o acórdão ou qualquer ato judicial que preste a tutela jurisdicional deve ficar limitado ao que a parte, qualitativa e quantitativamente, postulou ao juízo (BUENO, 2009, p. 501).

Esse princípio, apesar de estar consubstanciado nos artigos 141 e 492 do CPC/2015, correspondentes, respectivamente, aos artigos 128 e 460, do CPC/73, possui fundamento constitucional. Ao mesmo tempo em que o Estado-juiz detém o poder-dever de decidir os conflitos a ele submetidos, também possui a obrigação de apreciar a demanda de forma completa,⁴ em cumprimento ao mandamento disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Ainda, deve-se ter em mente que a jurisdição é inerte e só é retirada desse estado quando provocada pela parte por meio da propositura da petição inicial. Logo, é natural que ela atue nos estreitos limites em que exigida. Do contrário, a decisão sobre algo que não foi postulado afrontará não só o princípio da inércia, como também os princípios do contraditório e da ampla defesa, já que, em regra⁵, se estará decidindo sobre algo que não foi oportunizado à parte se pronunciar e, muito menos, de se defender (MACHADO, 2015, p. 230-231).

A desobediência ao princípio da congruência resulta na sentença *extra, ultra* e *citra petita*.⁶ A sentença *extra petita* é aquela que concede algo diverso do pedido pelo autor.

⁴ O Poder Judiciário não tem a obrigação de decidir apenas sobre todos os pedidos. A decisão, além de se pronunciar sobre todas as pretensões formuladas, também deve apresentar fundamentação hígida, ou seja, necessita ser clara, completa e não contraditória, sob pena de afronta aos incisos IX e X do art. 93 e inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, conforme lição de Mazzei (2017, p. 239).

⁵ Diz-se "em regra", pois se pode imaginar a situação em que a tutela foi concedida de forma diversa da postulada, mas o ato processual tenha atingido a sua finalidade. É o que ocorre quando se constata que houve efetivo debate sobre uma pretensão não requerida, inclusive tendo ela sido submetida ao contraditório e o demandante oferecido réplica sobre objeto diverso do pedido. Cf. Machado (2015, p. 230-231).

⁶ A regra, portanto, é que a decisão seja balizada pelo pedido feito pelo requerente. Contudo, há situações em que o juízo deverá decidir mesmo sem que haja pedido expresso da parte, como nos casos de prestações

Esse “algo” pode estar relacionado à natureza do provimento ou ao objeto do pedido. Já a sentença *ultra petita* é a decisão que provê além do requerido na inicial.

Por sua vez, a sentença *citra* ou *infra petita*⁷ é aquela que “deixa de analisar (i) pedido formulado, (ii) fundamento de fato ou de direito trazidos pela parte ou (iii) pedido formulado por ou em face de um determinado sujeito do processo” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 320).

É inegável que, num contexto de causas cada vez mais complexas, produção massiva de decisões e cobrança por eficiência e celeridade, quanto maior o número de pedidos numa demanda, maior é a probabilidade de se ter uma sentença *citra petita*. Por óbvio, se a parte formulou apenas um pedido, dificilmente ele não será julgado. Entretanto, se houver cumulação de pedidos, seja ela simples, sucessiva, eventual ou alternativa, aumentam as chances de um julgamento daquela natureza ocorrer (NEVES, 2017, p. 849).

A sentença *citra* ou *infra petita*, portanto, é contaminada por um defeito, cuja natureza jurídica será abordada no próximo item.

A natureza jurídica do vício da sentença *citra petita*⁸

Estabeleceu-se no capítulo anterior que um tipo de julgamento *citra* ou *infra petita* ocorre quando ele é omissivo em relação ao exame de um pedido. O que se pretende fixar neste tópico é se essa omissão caracteriza a sentença como um ato jurídico processual inexistente ou inválido.

O tema das nulidades processuais é tormentoso e há pouco consenso doutrinário sobre a melhor classificação da matéria. Bufulin, Bonomo Júnior e Santos (2016, p. 19) relatam que a classificação acolhida, em geral, pela doutrina foi aquela feita por Galeno Lacerda, que dividiu os vícios processuais em cinco categorias: inexistência jurídica, nulidade absoluta, nulidade relativa, anulabilidade e irregularidade.⁹ Esses defeitos processuais possuem uma gradação de intensidade, variando da maior (inexistência) a menor (irregularidade).

periódicas, inclusão de correção monetária e juros de mora e condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, conforme assevera Bueno (2013, p. 348).

⁷ Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 90) faz a distinção entre os termos *citra petita* e *infra petita*, destacando que “decidir *citra petita* é decidir aquém do pedido, i. é, de modo incompleto. Não é o mesmo que decidir *infra petita*, o que significa decidir sobre todo o objeto do processo, mas conceder ao autor menos do que o postulado (procedência parcial). Nisso, obviamente, não há vício algum”. Em consulta ao Dicionário Jurídico, porém, verifica-se que essas locuções latinas possuem o mesmo significado (DINIZ, 1998, p. 589 e 840). Parece ser essa a conclusão que também chegou a doutrina amplamente majoritária, assim como a jurisprudência, que não diferenciam um vocábulo do outro, motivo pelo qual eles são aqui utilizados como sinônimos.

⁸ Como será exposto, há autores que consideram a sentença *citra petita* inexistente. Para estes, seria uma atecnia falar-se em “vício” sobre ato inexistente, já que o que não existe não pode estar contaminado por um vício ou um defeito. Com base em lição de Wambier e Medina (2003, p. 218), adota-se, porém, uma premissa diversa, admitindo-se que a inexistência jurídica é, sob certo aspecto, um vício processual.

⁹ Registre-se o entendimento de Heitor Vitor Mendonça Sica (acesso em 09 nov. 2018), para quem a irregularidade não foi uma categoria de vício processual reconhecida por Galeno Lacerda, mas sim por

Especificamente em relação à sentença *citra petita*, a doutrina diverge se o ato jurídico processual é inexistente ou absolutamente nulo.

Gomes (2013, p. 99) assevera que uma sentença, espécie de ato jurídico processual, para existir juridicamente, necessita que: “a) [seja] proferida por uma pessoa investida de jurisdição; b) publicada; c) contenha um dispositivo; d) assinada e e) finde a fase (cognitiva ou executiva) do procedimento de primeira instância”.

Já o ato jurídico processual absolutamente nulo situa-se no plano da validade e diz respeito à violação da forma prevista em norma cogente, a qual tem como objeto a preservação de interesses de ordem pública, conforme anotam Bufulin, Bonomo Júnior e Santos (2016, p. 19). No exemplo dado por Wambier e Medina (2003, p. 212), seria o caso da sentença que foi proferida antes de finalizar a produção probatória, quando a causa ainda não estava pronta para julgamento.

A importância dessa distinção reside, principalmente, nas suas consequências jurídicas: a sentença inexistente não transita em julgado e não está sujeita ao prazo decadencial da ação rescisória, enquanto a sentença nula deve ser desconstituída pela ação rescisória no prazo de dois anos (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 212), após o qual se considera o vício como saneado.

Barbosa Moreira (1980, p. 247), em parecer confeccionado com base no CPC/39, mas cujo estudo é até hoje atual, concluiu que a sentença que se omite sobre um item do pedido não possui conclusão ou dispositivo em relação àquela parte do *decisum*. Portanto, particularmente na parte omissa, que não julgou um pedido, a sentença *citra petita* seria um ato inexistente.¹⁰

Com entendimento diverso, Arruda Alvim (1979, p. 236 e 240), à época, apresentou um parecer contrário ao de Barbosa Moreira, por meio do qual sustentou que são distintas as situações em que o autor deixa de formular um pedido daquelas em que ele expõe a sua pretensão processual, mas esta não é apreciada. Neste último caso, seria imprescindível a utilização da ação rescisória para se rescindir a sentença *citra petita*, uma vez que a sentença teria transitado em julgado com infringência à lei.¹¹

adeptos de sua doutrina, como Frederico Marques e Moniz de Aragão.

¹⁰ Ora, o que ao propósito se diz da *sentença* também se deve dizer de cada uma das partes ou capítulos que porventura hajam de integrá-la. Se o todo é inexistente quando nenhum dos itens que compunham o *thema decidendum* foi objeto de pronunciamento na conclusão, por igualdade de razão será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo. Em outras palavras: a inexistência da sentença pode ser *total* ou *parcial*, mas em ambos os casos rege-se pelas mesmas normas”. (MOREIRA, 1980, p. 247, ênfase no original). Em suporte à conclusão de Moreira, também entendem como ato inexistente o capítulo da sentença que deixou de julgar um pedido: Teresa Arruda Alvim (2017, p. 392), Talamini (2005, p. 313), Medina (2017, p. 308), Didier Júnior, Braga e Oliveira (2012, p. 321-322), Neves (2017, p. 841 e 851), Gonçalves (2002, p. 565), Siqueira (2013, p. 518), Klippel (2008, p. 232-233), dentre outros.

¹¹ “Se se alega, no segundo processo, que a solicitação referente à correção monetária já foi objeto de solicitação anterior, e, onde foi expressamente contestada, com o que ficou evidenciada a sua natureza de uma *questão de direito*, que disse respeito à própria natureza da indenização, i. é, saber se era de dívida de valor, ou não; se, na decisão anterior, não teria havido manifestação a respeito, segue-se, *ipso facto*, que teria havido frontal e indisputável infração à literalidade dos arts. 4.º e 113, do CPC de 1939, e, por via de

Seguindo esse raciocínio, pode-se concluir que haveria nulidade absoluta na sentença que teria decidido aquém do pedido, pois teria infringido norma cogente (princípio da congruência) que objetiva a proteção de interesse público.

Se a doutrina diverge sobre o tipo de vício que atinge a sentença *citra petita*, discutindo até mesmo se nela há realmente algum defeito, a jurisprudência massiva do STJ, tanto antes quanto depois do CPC/2015, não hesita em classificá-la como absolutamente nula por infringir preceito de ordem pública relacionado ao princípio da congruência.¹²

Com respeito às posições divergentes, sustenta-se que a sentença que se omite no julgamento de um pedido é parcialmente inexistente. Para se chegar a essa conclusão, basta entender que a sentença é formada por capítulos e que um deles não foi apreciado. Sobre ele, não houve fundamentação, muito menos dispositivo.

Considerando que é praticamente pacífico que sentença sem dispositivo é sentença inexistente,¹³ conclui-se que a falta de dispositivo sobre o pedido não analisado torna, naquela específica parte, a sentença inexistente. Tecnicamente, entende-se que esta é a natureza do vício da sentença *citra* ou *infra petita*.

De qualquer forma, seja entendendo-se pela inexistência parcial da sentença *infra petita*, seja pela sua nulidade absoluta, certo é que ela pode ser integrada ou corrigida. Todo vício processual pode ser sanado, desde que ele atinja a sua finalidade e não exista prejuízo, independentemente do seu nível de gravidade (BEDAQUE, 2010, p. 452). Trata-se de aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo (BEDAQUE, 2011, p. 133).

O saneamento do defeito processual, ou mesmo a integração do ato inexistente, já era uma tendência no CPC/73, que se consolidou com a entrada em vigor do CPC/2015 (WAMBIER, 2016, p. 170).¹⁴ Não se pode olvidar que o CPC/2015 possui como uma de suas normas fundamentais a primazia da solução do mérito, o que significa que o que interessa para o processo é a decisão sobre o direito material, é a resolução do conflito de interesses em detrimento das formalidades processuais (LEMOS, 2016, p. 748-749).

consequência, tais infrações ensejariam o caminho da ação rescisória, com fulcro no art. 798, I, c, do mesmo diploma legal, que era o vigente à época da prolação da resp. sentença". E continua: "O que o texto então autorizava (art. 157, Código de 1939) e autoriza hoje (Código de 1973, art. 294) é que, o "pedido" *que se deixou de formular – isto é, que não foi feito* – possa, em processo distinto, ser feito. Não se trata, à evidência, do quadro existente nos dois processos objeto da consulta" (ARRUDA ALVIM, 1979, p. 236 e 240, com ênfase no original). Expressam entendimento semelhante, no sentido de que a sentença *citra petita* contém vício de nulidade absoluta: Streck e Delfino (2016, p. 716), Conceição (2017, p. 696) e Pinho (2017, p. 245).

¹² Exemplificativamente, cf.: STJ. REsp 1447514/PR. Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Brasília/DF, Data do Julgamento 05/10/2017, DJe 16/10/2017; STJ. AgRg no AREsp 633.238/AL. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília/DF, julgado em 20.10.2015, DJe 23.10.2015; STJ. REsp 1205340/PE. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Brasília/DF, Data do Julgamento 16.12.2010, DJe 08.02.2011; STJ. AgRg no REsp 437877/DF. Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Brasília/DF, Data do Julgamento 04.11.2008, DJe 09.03.2009; STJ. REsp 500175/MA. Ministro Relator Paulo Medina, Sexta Turma, Brasília/DF, Julgado em 06.04.2004, DJ 03.05.2004.

¹³ Nesse sentido, cf. levantamento doutrinário feito por Bufulin, Bonomo Júnior e Santos (2016, p. 25-26).

¹⁴ Sob tal entendimento, ainda antes da vigência do CPC/2015, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou o enunciado 278, que diz: "O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos". Este enunciado está ainda mais atual com o CPC/2015.

Logo, se todo ato defeituoso é, em tese, sanável, pertinente a crítica de Antônio do Passo Cabral (2015, p. 506) sobre a classificação tradicional de invalidades processuais, pelo fundamento de haver incoerência na relação entre o tipo de defeito do ato e a intensidade da invalidade, pois o único esquema útil sobre as invalidades no CPC/2015 é aquele que divide os defeitos em sanáveis e insanáveis.

No caso da sentença *citra petita*, a inexistência ou a nulidade absoluta pode ser sanada, pois o ordenamento jurídico estabelece meios adequados para a integração ou correção do pronunciamento judicial, sendo os embargos de declaração a via mais rápida para suprir omissão da sentença.

Os embargos de declaração e a preclusão

O CPC/2015 prevê a possibilidade de se interpor embargos declaratórios no caso de omissão, assim como o CPC/73 também o fazia. Diante de uma sentença omissa, basta a parte interpor o referido recurso, para ter o pronunciamento judicial integrado. Entretanto, isso nem sempre acontece, porque às vezes a parte prefere apelar diretamente ao órgão *ad quem*.

Durante a vigência do CPC/73, alguns tribunais, verificando que a sentença era omissa em relação a um pedido e que o recorrente não havia interposto previamente os embargos de declaração antes de apelar, decidiam que havia preclusão sobre o direito da parte em ter o seu pedido apreciado no mérito.¹⁵

A questão continua pertinente, pois apesar de haver comando expresso no código atual a respeito do julgamento imediato em apelação de pedido não apreciado pela sentença (art. 1.013, §3º, III), construiu-se o raciocínio, sob o código anterior, que a omissão é um vício que necessariamente deve ser suprido pelos embargos de declaração.

Logo, mesmo sob a vigência do CPC/2015, poder-se-ia argumentar que o julgamento autorizado pelo art. 1.013, §3º, III dependeria da interposição de embargos de declaração contra a sentença na instância originária.

Portanto, indaga-se: a ausência de interposição de embargos declaratórios faz precluir o direito da parte de renovar o pedido não apreciado para o tribunal?

A resposta afirmativa a esta pergunta é tentadora. Afinal, se o CPC/2015 prevê as hipóteses de cabimento de recursos, pressupõe-se que o comportamento omissivo da parte na interposição do recurso adequado acarrete a preclusão de seu direito. É assim quando se deixar de apelar contra a sentença ou de agravar de instrumento das decisões descritas no rol do art. 1.015 do CPC ou de interpor o recurso excepcional contra acórdão de tribunal.

¹⁵ STJ, AgRg no REsp 1055323/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010. Não se trata de decisão isolada, como se vê nos seguintes acórdãos de Tribunais de Justiça: TJSP, Processo n. 1.095.546-9, Relator(a): José Luiz Germano, 19ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27/09/2005; TJRJ, REEX: 0042313-25.2012.8.19.0042, Relator: Desembargador. Gilberto Dutra Moreira, Nona Câmara Cível, Data de Julgamento: 13/11/2013, Data de Publicação: 27/01/2014.

Sendo assim, se os embargos de declaração são um tipo de recurso, a sua não-interposição deveria provocar a preclusão temporal do direito do recorrente de devolver a matéria ao órgão *ad quem* (ARRUDA ALVIM, 1979, p. 259).

A resposta àquela pergunta, porém, é negativa. Os embargos de declaração são um recurso peculiar, cujo escopo é o de sanear determinados vícios formais contidos no ato judicial. Trata-se de recurso de fundamentação vinculada, pois por meio dele a parte deve arguir apenas omissão, obscuridade, contradição e erro material (MAZZEI, 2017, p. 241).

No tocante à omissão na sentença, pode-se dizer que a parte tem uma faculdade, e não um dever, de interpor os embargos de declaração.¹⁶ Fica claro que a sua natureza saneadora funciona como um “atalho” para se obter a tutela jurisdicional de forma mais célere e eficiente, porquanto o embargante não precisará se submeter às exigências formais exigidas para a interposição do recurso de apelação e nem aguardará a longa tramitação desse recurso para ver sanada a omissão contida na sentença. Percebe-se, assim, que, por meio dos embargos de declaração, prestigia-se a duração razoável do processo,¹⁷ o que não torna a interposição deste recurso um pressuposto de admissibilidade de futura apelação sobre o pedido não apreciado em sentença.

Na mesma linha de entendimento, Didier Jr. (2008, p. 716) assinala que a ausência dos embargos de declaração gera efeitos preclusivos apenas para o ato que se deixou de praticar, qual seja, a interposição dos próprios aclaratórios. Por consequência, mesmo sem a interposição dos embargos, a devolução da matéria por meio da apelação permite que o tribunal dela conheça e a julgue no mérito, caso presentes os requisitos para tanto. Ademais, pontua que não se pode falar em preclusão ou coisa julgada no caso de pedido não examinado, pois a sentença, quanto a este capítulo, é inexistente. Logo, não há preclusão ou coisa julgada sobre ato inexistente.

Realmente, de acordo com as premissas já lançadas, a sentença *citra petita* é inexistente na parte que não julgou um pedido. Se a inexistência é considerada como um vício que pode ser alegado até mesmo depois do trânsito em julgado e após o prazo da ação rescisória, não faz sentido entender-se pela incidência da preclusão porque a parte não interpôs o recurso de embargos declaratórios.

¹⁶ Compartilhando da mesma opinião, Sérgio Shimura (2008, p. 858) assevera: “Não se pode argumentar que o autor deveria opor embargos declaratórios, uma vez que, na omissão, a parte tem mera faculdade de recorrer, ficando liberada para repetir a mesma ação (não julgada). Em rigor, a omissão encerra inexistência de julgamento”.

¹⁷ Nas palavras de Mazzei (2013, p. 460): “Os embargos de declaração emergem como ferramenta bastante útil na efetivação da duração razoável do processo, uma vez que possuem perfil que permite obter resposta judicial sem desperdício de tempo e esforço, mediante um procedimento simplificado que gera respostas quase que imediatas. Além de curtos prazos para oposição e julgamento, a postulação é limitada horizontalmente pelas hipóteses de seu cabimento e não há necessidade de maiores formalidades, como preparo, formação de instrumento, sorteio de relator, remessa de autos, etc. Soma-se a isso a atuação do efeito devolutivo regressivo, permitindo ao próprio órgão prolator sanar os vícios do ato impugnado, proferindo não uma nova decisão, mas uma decisão que integrará aquela primeira. Todas essas características são sinais inquestionáveis de que em tal instrumento processual é possível se obter resultado de qualidade em ligeiro espaço de tempo”. No mesmo sentido, agora escrevendo sob o código atual, Mazzei (2017, p. 240).

Em suma: tanto diante do CPC/2015, quanto do CPC/73, resta evidente, que, diante da omissão na sentença, surge para a parte duas vias para a correção daquele ato judicial: a interposição dos embargos de declaração ou a apelação, sendo que a ausência do primeiro recurso não acarreta a inadmissibilidade do segundo.

O recurso de apelação e o efeito devolutivo

Não interpostos embargos declaratórios em face da sentença *citra petita* ou interpostos, mas não sanada a omissão, o único meio de a parte ter o seu pedido analisado no mérito, utilizando-se das vias ordinárias, antes do trânsito em julgado, é através da apelação.

O principal efeito da apelação (na verdade, de todo o sistema recursal) é o devolutivo.¹⁸ O objetivo de quem interpõe a apelação não é só de impedir o trânsito em julgado da sentença, mas de transferir a matéria impugnada ao juízo *ad quem*.

O efeito devolutivo deve ser analisado em dois planos: quanto à sua extensão e quanto à sua profundidade. Analisar a extensão do efeito devolutivo é saber quais são as matérias cognoscíveis pelo órgão revisor, enquanto a profundidade se mede pelas questões e fundamentos que podem ser conhecidos (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 431).

Para a finalidade deste estudo, mais interessante é a abordagem da extensão do efeito devolutivo, pois quando se fala em pedido não julgado na sentença, pensa-se em recurso para devolver a análise daquele objeto ao órgão *ad quem*.¹⁹

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Jr. (2010, p. 893) entendem que o efeito devolutivo é uma decorrência direta do princípio dispositivo nos recursos. Por isso, fora as questões de ordem pública, somente será objeto de admissibilidade e julgamento pelo tribunal a matéria expressamente impugnada pela apelação (CHEIM JORGE, 2017, p. 346 e 369).

Aplica-se a antiga máxima romana *tantum devolutum quantum appellatum* que "consiste em levar ao órgão *ad quem* o conhecimento do que foi objeto de impugnação" (CÂMARA, 2005, p. 77). Assim, devolve-se para a análise do tribunal apenas a matéria expressamente impugnada pelo recorrente (com exceção das matérias cognoscíveis de ofício, como as de ordem pública ou as relacionadas à correta prestação jurisdicional). Essa é a regra do caput do art. 1.013, do CPC/2015, e que também era prevista no caput do art. 515, do CPC/73.

No entanto, desde que preenchidos certos requisitos, é possível que o tribunal conheça de matéria mais ampla do que a decidida em sentença em razão de expressa previsão legal contida no art. 1.013, §3º, do CPC/2015, cuja redação foi aperfeiçoada em relação ao seu correspondente no CPC/73.

¹⁸ Sobre a celeuma doutrinária a respeito da existência do efeito devolutivo se o reexame for feito pelo mesmo órgão prolator da decisão, confira Carvalho (2013, p. 124).

¹⁹ O exame do mérito do pedido não apreciado na sentença é devolvido pela extensão do efeito devolutivo, e não pela sua profundidade, conforme pontua Bedaque (2003, p. 449).

Uma das hipóteses de julgamento imediato pelo tribunal é justamente quando a parte recorre contra a sentença *citra ou infra petita*.

O julgamento imediato pelo tribunal de pedido omitido pela sentença

O art. 1.013, §3º, III do CPC/2015 determina que, se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve julgar o pedido omissivo pela sentença. Melhor dizendo, no caso de recurso em face de sentença *citra ou infra petita*, o tribunal julgará originariamente o pedido, integrando a sentença omissiva.

Pode-se dizer que a previsão de julgamento imediato pelo tribunal do pedido não examinado na sentença é uma regra nova, mas a sua inspiração tem origem no art. 515, §3º do CPC/73.²⁰ Com efeito, parte da doutrina defendia que era possível dar interpretação extensiva ou ampliativa ao art. 515, §3º do CPC/73, nos casos de sentença *citra ou infra petita*, desde que a causa estivesse madura para julgamento.²¹ A jurisprudência majoritária do STJ, porém, não era simpática a esse entendimento.²²

Portanto, é seguro dizer que o art. 1.013, §3º, III do CPC/2015, ao impor ao tribunal o julgamento do pedido não apreciado pela sentença, consolida entendimento que já era difundido na doutrina, mas nem tanto pela jurisprudência do STJ durante a vigência do CPC/73.

Remanescerá, porém, a polêmica relacionada à supressão do duplo grau de jurisdição, pois o art. 1.013, §3º, III do CPC/2015 determina que o tribunal julgue o mérito do pedido omitido pela sentença, caso não seja necessária a produção de outras provas. Melhor dizendo, há permissão explícita de se proferir julgamento originário sobre um pedido e se suprimir uma instância.

A tendência parece indicar no caminho da constitucionalidade da norma. O entendimento majoritário firmado na vigência do CPC/73 era, e continua sendo, que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional,²³ mas sim uma diretriz traçada para o legislador

²⁰ O art. 515, §3º, por sua vez, encontrava previsão similar no CPC português, cujas hipóteses de enfrentamento do mérito em segunda instância eram bem mais abrangentes que as do CPC/73, consoante relatado por Arruda Alvim (2003, p. 449).

²¹ Nesse sentido, são citados de forma exemplificativa: Oliveira (2002, p. 259); Cheim Jorge, Didier Jr, Rodrigues (2003, p. 145-146); Bedaque (2003, p. 450-451). Em sentido contrário, dizia Moreira (2005, p. 446): "A sentença proferida *citra petita* padece de *error in procedendo*. Se não suprida a falha mediante embargos de declaração, o caso é de anulação pelo tribunal, com devolução ao órgão *a quo*, para novo pronunciamento. De modo nenhum se pode entender que o art. 515, §1º, autorize o órgão *ad quem*, no julgamento da apelação, a "completar" a sentença de primeiro grau, acrescentando-lhe novo(s) capítulo(s)".

²² Confira: STJ. REsp 756.844-SC. Ministro Relator José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, Data do Julgamento 15.09.2005, DJ 17.10.2005; STJ, REsp 686.961/RJ, Ministra Relatora Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 16/05/2006, p. 205; STJ, REsp 915.805/SC, Ministra Relatora Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 1º/7/2009. Contra, AgRg no REsp 1085925/RS, Ministro Relator Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 19/02/2009, DJe 12/03/2009.

²³ É o que defende: Notariano Júnior (2004, p. 193), Oliveira (2008, p. 374), Mendes, Coelho, Branco (2010, p. 592-593); Nery Júnior (2013, p. 295), Wambier et al. (2016, p. 1609-1610), Assis (2015, p. 88-89). Contra, por entender que o duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental: Covas (2000, p. 600), Melo (2005,

ordinário (CHEIM JORGE, 2017, p. 262), não sendo obrigatória a dupla revisão para toda e qualquer demanda (MARINONI; ARENHART, 2013, p. 496).

Por tais razões, e com apoio da jurisprudência, que aplicava, e ainda aplica nas instâncias ordinárias, a teoria da causa madura pacificamente, concluiu-se que o art. 515, §3º do CPC/73 não estava maculado de inconstitucionalidade (DINAMARCO, 2003, p. 151; BEDAQUE, 2003, p. 449-450).

Até para aqueles que aduzem que o legislador ordinário não poderia restringir o duplo exame *a priori* — sob pena de se ferir o princípio da isonomia —, não seria o caso de inconstitucionalidade do art. 515, §3º do CPC/73, porque o duplo grau de jurisdição pode ceder lugar quando em confronto com outros princípios privilegiados pelo legislador diante de situações concretas aplicáveis a todo e qualquer litigante (SIQUEIRA, 2013, p. 497-498 e 501).

Quando se fala em aplicação da teoria da causa madura, está claro que os princípios privilegiados pelo legislador em detrimento do duplo grau de jurisdição são os da celeridade, da efetividade e da duração razoável do processo.

No passado, discutiu-se, ainda, sobre a necessidade de pedido do apelante para a aplicação do art. 515, §3º do CPC/73. O CPC/2015 silenciou sobre essa questão no art. 1.013, §3º, razão pela qual ainda é relevante a abordagem do tema.

É inegável que a reforma processual que criou o art. 515, §3º do CPC/73 teve a intenção de conferir celeridade e efetividade ao julgamento, o mesmo se mantendo quanto ao art. 1.013, §3º do CPC/2015. Ao conferir ao tribunal a possibilidade de adentrar no mérito nos casos de reforma de sentenças processuais (e nos demais casos previstos nos incisos do art. 1.013, §3º do CPC/2015), o legislador impôs ao juízo *ad quem* um poder-dever, caso constate a presença dos requisitos previstos em lei.

Logo, para que o tribunal julgue desde logo o mérito, é suficiente que: haja recurso sobre o capítulo da sentença não apreciado e o processo não dependa de produção de mais nenhuma prova, ou seja, esteja “maduro” para julgamento. A parte não precisa postular que se adentre ao mérito, pois esta é uma verificação a ser feita pelo próprio tribunal.

Melhor dizendo, o tribunal não fica vinculado ao pedido da parte que em apelação tenha requerido a anulação da sentença e a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau, já que, presentes os requisitos legais, ele pode desde já avançar ao mérito do pedido.²⁴

p. 677), Gonçalves (2008, p. 28-31, *passim*).

²⁴ É válido registrar que, em relação à impugnação da sentença *citra petita* na vigência do CPC/73, entende-se que a conclusão deveria ser parcialmente diversa. Isso porque a redação do art. 515, §3º não previa expressamente a possibilidade de o tribunal julgar o pedido não apreciado na sentença *citra petita* e a jurisprudência majoritária do STJ caminhava no sentido de que o tribunal deveria invalidar a sentença e devolver os autos ao órgão de origem para novo julgamento. Por isso, era prudente que se o tribunal quisesse aplicar o entendimento majoritário da doutrina – ou seja, dando interpretação extensiva ao art. 515, §3º do CPC/73 –, o órgão *ad quem* deveria intimar as partes sobre o procedimento que pretendia levar à frente, a fim de evitar surpresas, antes de se proceder ao julgamento. Com a entrada em vigor do CPC/2015, é desnecessária essa precaução porque a redação do art. 1.013, §3º é clara ao dizer que o tribunal deverá julgar o mérito do pedido não apreciado na sentença, se o processo não depender de produção de mais nenhuma prova. Não há mais divergência na interpretação desse texto legal, motivo pelo qual as partes

Em suma, havendo sentença *citra petita*, podem ocorrer as seguintes situações: a) o apelante nada dizer sobre a parte omissa e recorrer de outros capítulos da sentença; b) o apelante pedir a complementação do julgado, com a devolução dos autos ao juízo de origem para julgamento; c) o apelante postular que o tribunal adentre no mérito do pedido não apreciado.

Na primeira hipótese (letra a), deve o tribunal, de ofício, reconhecer a inexistência parcial da sentença — ou, se porventura entender que se trata de nulidade absoluta, invalidar a parte da sentença omissa —, e determinar a complementação do julgado pelo juízo de primeiro grau, desde que antes intime as partes sobre a omissão da sentença e a possibilidade de se declarar a sua inexistência parcial ou decretar a sua invalidade.

Tanto a inexistência quanto a invalidade podem ser declaradas/decretadas de ofício, devido à gravidade do vício que contamina a sentença, o que não afasta o dever de cooperação do julgador em alertar as partes sobre o procedimento que pretende seguir em relação à parte não impugnada da sentença.²⁵

Sobre este aspecto, mister se faz ressaltar que a partir do momento em que o autor faz um pedido para o Estado-Juiz, este passa a ter o dever de emitir algum pronunciamento judicial, seja de mérito, seja de admissibilidade (BUENO, 2009, p. 104).

É inadmissível que o órgão *ad quem* constate a existência de um pedido não apreciado na sentença e adote a postura de silêncio, sob a justificativa de que se a parte interessada não recorreu do capítulo de sentença que não julgou um pedido, então não houve prejuízo a justificar a declaração de inexistência ou de invalidade. Ora, como se pode concluir que não houve prejuízo se o Estado-Juiz não emitiu qualquer tipo de pronunciamento sobre o pedido do autor? Ademais, por se tratar de um vício que envolve norma cogente, a matéria é devolvida ao tribunal pelo efeito translativo do recurso, sem que possa falar em preclusão e, muito menos, em desistência tácita.²⁶

No caso de sentença *citra petita*, é imperativo que, provocado pela apelação de outros capítulos da sentença, o tribunal, verificando a omissão e a falta de recurso sobre determinada parte da decisão, declare a inexistência parcial da sentença (ou, de acordo com o outro entendimento da doutrina, decrete a invalidade parcial), depois de intimadas as partes. Caso contrário, o Poder Judiciário não estará cumprindo a garantia de inafastabilidade e incidindo no *non liquet*.

sabem, de antemão, que se quiserem apenas a anulação da sentença, devem desde já, em recurso ou em contrarrazões, aduzir seus fundamentos quanto à necessidade de complementação probatória pelo juízo a quo, antes que seja proferida uma nova decisão sobre o mérito.

²⁵ Sobre a necessidade de se ouvir as partes antes de se decidir sobre matéria cognoscível de ofício, dispõe o art. 10 do CPC/2015: "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".

²⁶ Discorda-se, respeitosamente, assim, do posicionamento de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, que afirma que se a parte não insiste na devolução ao tribunal do pedido não apreciado, o caso não é de decretação de invalidade da sentença, seja porque há preclusão (como ela particularmente defende), seja porque ocorre a desistência tácita do pedido, consoante ementas transcritas em acórdão em que atuou como relatora citadas em seu artigo (2008, p. 645-646).

O que parece ser uma afronta à marcha do processo e à economia processual, na verdade, trata-se de precaução válida, que tem por escopo, justamente, evitar propositura de novas ações autônomas impugnando a sentença *citra petita*.

A intimação prévia das partes é essencial, porquanto atende o princípio da colaboração, permitindo que ambas as partes tenham consciência de que o tribunal irá ou declarar a inexistência do ato ou decretar a sua invalidade, e poderá resultar no pedido de desistência do autor sobre o pedido não apreciado, se realmente não possuir mais interesse no julgamento de seu mérito.

Na situação descrita na letra b (o apelante pede a decretação de invalidade da sentença *citra petita*, com a devolução dos autos ao juízo de origem para julgamento), a partir da entrada em vigor do CPC/2015, há norma expressa que dispõe que o tribunal deve julgar o pedido omissivo, caso o processo já esteja em condições de imediato julgamento. Assim, se o apelante ou o apelado ou ambos discordam da maturidade da causa, deverão apresentar seus fundamentos sobre a necessidade de baixa dos autos em caso de provimento da apelação já em razões ou em contrarrazões de recurso, os quais não serão vinculantes, mas devem ser necessariamente enfrentados pelo órgão *ad quem*.

Por último, no tocante à letra c (o apelante postula que o tribunal adentre no mérito do pedido não apreciado), também não há necessidade de intimação prévia das partes, ainda que o recorrido discorde do julgamento imediato pelo tribunal, porquanto ele terá condições de sustentar a sua alegação em contrarrazões de apelação.

A sentença *citra petita* e o decurso do prazo recursal

Há situações em que ou as partes não interpõem qualquer recurso, ou a apelação é interposta com intuito de se reformar ou anular outros capítulos que não aquele omissivo e o tribunal não atua de ofício para determinar o saneamento da decisão de origem. Seja qual for a situação concreta, constata-se que decorreu o prazo recursal sem que a sentença *infra petita* fosse integrada.

Assim, surge a indagação sobre qual a postura da parte prejudicada em face da sentença *citra petita* contra a qual não cabem mais recursos. É proveitoso observar, desde logo, que a resposta independe do sistema processual, se sob a égide do CPC/73 ou do CPC/2015.

Segundo as premissas fixadas neste estudo, a sentença *citra petita* é inexistente na parte em que deixa de julgar um pedido. Sobre o capítulo da sentença omissiva, não há fundamentação, não há dispositivo, não há decisão. Logo, não há coisa julgada formal, muito menos material sobre aquele pronunciamento do juiz, que, na prática, não ocorreu.

Logo, o instrumento adequado para tornar inexistente o ato é a ação declaratória de inexistência.²⁷

²⁷ A conclusão de Gonçalves (2002, p. 562) sobre a inexistência da sentença baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional estende-se à sentença *citra petita*: "Se inexistiu sentença não houve trânsito em

Embora seja tecnicamente equivocado o ajuizamento da ação rescisória com base em violação manifesta da norma jurídica (violação à literal disposição de lei, no CPC/73), conforme entende o STJ,²⁸ defende-se que, pelo princípio da fungibilidade dos meios impugnativos²⁹ e considerando a divergência doutrinária a respeito do tipo de invalidade que contamina a sentença *citra petita*, é sustentável a utilização daquela ação autônoma desconstitutiva.

Seguindo uma linha de raciocínio diversa da que considera como cabível a ação rescisória ou a ação declaratória de inexistência, Barbosa Moreira (1980, p. 251) e Dinamarco (2008, p. 90) afirmam que não há óbice para o autor repropor a demanda, visando ao julgamento do pedido não analisado pela sentença.³⁰

Tem-se ainda presente uma outra possibilidade, que envolve um caminho menos trabalhoso: uma simples petição dirigida ao juízo competente para que profira a sentença sobre o pedido não julgado. Se não houve decisão do Estado-juiz sobre o pedido feito pelo autor, é suficiente que se dirija uma petição para o juízo que prolatou a sentença para que ele profira uma nova decisão, mas desta vez apenas sobre o pedido não apreciado (GOMES. 2013, p. 117). Essa seria a saída mais simples e mais econômica, diante da omissão estatal.

juulgado de nada, não se fez coisa julgada sobre nada, e não há por que, então, falar de ação rescisória. E se não há coisa julgada, e menos ainda sentença, não há que falar no cabimento de rescisória, pois esta medida visa impugnar sentença de mérito transitada em julgado, o que não existe aqui". Apesar de seu estudo ter como objeto o enunciado 453 da súmula do STJ, Silveiras (2012) também concluiu que "a sentença infra petita não é atingida pela coisa julgada (material e formal), ao menos no que tange a parte em que se omitiu, justamente porque a pretensão não foi decidida".

²⁸ STJ, AR 687/SE, Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28/03/2008, DJe 29/05/2008; STJ, AgRg no REsp 413.786/RS, Ministro Relator Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 24.10.2005.

²⁹ Sobre a fungibilidade de meios autônomos de impugnação, cf.: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2005; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Fungibilidade das ações de impugnação. In: DANTAS, Bruno et al (Coord.). *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017. Especificamente quanto à fungibilidade entre a ação rescisória e a ação declaratória de inexistência, RABELLO, Gizelly Gussye Amaral; SONEGHETI, Victor. *A fungibilidade das ações: Querela Nullitatis e Ação Rescisória*. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. XIX Congresso Nacional do CONPEDI - Florianópolis, 2010. Fazendo crítica ao entendimento majoritário do STJ e do TST de não aplicar o princípio da fungibilidade entre a ação declaratória de inexistência e a ação rescisória nos casos que envolvem condenação do réu revel que não foi citado ou foi irregularmente citado, cf. MARTINELLI, André Silva; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A ação declaratória de inexistência jurídica da sentença nos casos de revelia proveniente ou da ausência de citação ou da existência de vício engendrador de nulidade: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: LexMagister, 2018, v. 85 (jul./ago.).

³⁰ Foi essa a conclusão acolhida pelo STF no julgamento do RE 91.521, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 26.06.1980. Esse entendimento também resultou no enunciado 7 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "O pedido, quando omitido em decisão judicial transitada em julgado, pode ser objeto de ação autônoma".

Conclusão

Esse breve estudo resulta nas seguintes conclusões ora apresentadas:

- a) A sentença *citra petita* é aquela que profere um julgamento aquém do postulado;
- b) A sentença *citra petita* é parcialmente inexistente, pois a ela falta fundamentação e dispositivo sobre um dos pedidos formulados na inicial;
- c) Os embargos de declaração são o recurso imediato à disposição das partes para que seja complementada a sentença. A falta de sua interposição, porém, não provoca a perda do poder de apelar ao tribunal a respeito da questão omitida;
- d) O art. 1.013, §3º, III do CPC/2015 determina que, se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve julgar o pedido omissivo pela sentença, sendo este um caso de autorização legislativa de supressão de instância;
- e) No caso de sentença *citra petita*, é imperativo que, provocado pela apelação de outros capítulos da sentença, o tribunal, verificando a omissão e a falta de recurso sobre determinada parte da decisão, declare a inexistência parcial da sentença, depois de intimadas as partes.
- f) Se o apelante interpor recurso contra o capítulo omissivo da sentença, o tribunal está autorizado a adentrar o julgamento do mérito, independentemente de pedido nesse sentido, devendo as partes em razões ou em contrarrazões exporem os fundamentos pelos quais entendem que a causa não está pronta para ser julgado pelo órgão *ad quem*;
- g) O decurso do prazo recursal sem que as partes tenham impugnado a sentença *citra petita* faz com que surja para elas o interesse no ajuizamento da ação declaratória de inexistência da sentença, particularmente do capítulo omissivo da decisão. Doutrinariamente, também é aceito o ajuizamento da ação rescisória em razão do princípio da fungibilidade, a repositura da demanda diante do mesmo juízo repetindo o pedido que não foi apreciado ou a apresentação de simples petição para que o juízo julgue o pedido omitido pela sentença.

Referências

- ARRUDA ALVIM. Sentença “*citra petita*” – necessidade de ação rescisória. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, n. 14-15.
- ARRUDA ALVIM. Mutações verificadas com a Lei 10.352/2001. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 7.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. Nulidades do processo e da sentença. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Nulidades. In: ____; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2005.
- ____; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ____. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ____. Efetividade do processo e técnica processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.
- ____. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, Tomo 1.
- BUFULIN, Augusto Passamani, BONOMO JÚNIOR, Aylton; SANTOS, Katharine Maia dos. Breve análise do vício processual de inexistência jurídica em face do Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 68, p. 19.
- CABRAL, Antônio do Passo. Invalidades processuais. In: ____; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 506.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. 2.
- CHEIM JORGE, Flávio. Teoria geral dos recursos cíveis. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ____; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. A Nova Reforma Processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério et al. (Coord.). Código de processo civil anotado. 2. ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.
- CARVALHO, Carla Fernanda Rangel. Efeito devolutivo da apelação e capítulos da sentença. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 217.
- COVAS, Silvano. O duplo grau de jurisdição. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JÚNIOR, NELSON; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DELFINO, Lúcio; STRECK, Lenio Luiz. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). Comentários ao código de processo civil. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

- DIDIER JR. Fredie. Decisão omissa e dispensabilidade da oposição dos embargos de declaração. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais - estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação de Tutela. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Capítulos de sentença. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GOMES, Danilo Heber. Ato processual (in)existente. Curitiba: Juruá, 2013.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ação declaratória de inexistência de "sentença" baseada em "lei" posteriormente declarada inconstitucional. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. O princípio da atendibilidade do ius superveniens. Tese de Doutorado apresentada a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob orientação da Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. São Paulo: 2008.
- KLIPPEL, Rodrigo Ávila Guedes. A coisa julgada e sua impugnação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LEMOS, Vinicius Silva. O princípio da primazia de mérito na fase recursal de acordo com o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). Novo CPC doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 2.
- MARTINELLI, André Silva; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A ação declaratória de inexistência jurídica da sentença nos casos de revelia proveniente ou da ausência de citação ou da existência de vício engendrador de nulidade: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 85, jul./ago. 2018.
- MAZZEI, Rodrigo. Os embargos de declaração e a possibilidade de efeito suspensivo provocado. In: CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz et al. (Coord.). Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismo de uniformização da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo. Os embargos de declaração e o 'princípio' da duração razoável do processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de et al. (Coord.). Recursos e a duração razoável do processo. 1. ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.

- MEDINA, José Miguel Garcia. Curso de Direito processual civil moderno. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MELO, Ricardo Procópio Bandeira de. Princípio do duplo grau de jurisdição: garantia constitucional, extensão e algumas notas sobre o §3º do art. 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NERY JR., Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 5. ed. São Paulo: Método, 2017, v. único.
- NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. O duplo grau e o §3.º do art. 515 do CPC, introduzido pela Lei 10.352/2001. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, n. 114.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. O duplo grau de jurisdição: princípio constitucional? Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, n. 162.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Efeito devolutivo de apelação em face do novo §3º do art. 515 do CPC. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 6.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: processo de conhecimento, procedimentos especiais, processo de execução, processo nos tribunais e disposições finais e transitórias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SHIMURA, Sérgio. Embargos de declaração. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais - estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil. Disponível em: <https://www.academia.edu/17569503/2004_-_Compara%C3%A7%C3%A3o_entre_o_sistema_de_invalidades_do_direito_civil_e_do_direito_processual_civil>. Acesso em 09 nov 2018.
- SILVARES, Vitor Soares. A sentença citra petita e coisa e julgada. In: XX Conpedi, 2012, Vitória-ES. A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano, 2012.
- SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicação da "teoria da causa madura" no sistema recursal do Novo Código de Processo Civil. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de et al. (Coord.). Recursos e a duração razoável do processo. 1. ed. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário), Lei 10.444/2002, Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 271-272.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Nulidade da sentença e os princípios processuais: a sentença infra petita e a nova sentença prolatada, ao ensejo dos embargos de declaração, no caso de manifesto equívoco no julgamento anterior. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais - estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A atuação extrajudicial da Defensoria Pública na efetivação do direito à saúde no plano individual: a troca de ofícios como solução autocompositiva entre o assistido e a Fazenda Pública

Angelita da Costa Aguiar¹

Resumo: O objetivo geral do presente artigo é investigar a atuação extrajudicial da Defensoria Pública nas demandas relacionadas à efetivação do direito à saúde pública, expondo a metodologia utilizada na Defensoria Pública Estadual na cidade de Teixeira de Freitas-BA, para demonstrar que existe na ciência jurídica, a previsão e apoio à difusão de soluções extraprocessuais que se revelem adequadas à particularidade de cada conflito. Por fim propõe-se um convênio formal entre as instituições envolvidas na pesquisa para a institucionalização de tais práticas.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Direito à Saúde; Soluções adequadas de conflitos; Autocomposição; Solução extrajudicial.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo a utilização de soluções extrajudiciais e autocompositivas para a efetivação do direito à saúde pública, nas demandas patrocinadas pela Defensoria Pública da cidade de Teixeira de Freitas.

A relevância do tema escolhido dá-se em razão da importância social da efetivação do direito à saúde pelo poder público, considerando que tal efetivação, que em tese, deveria ocorrer de maneira imediata, muitas vezes é negado a população. No momento em que ocorre a negação, os indivíduos socorrem-se através da assistência jurídica oferecida pela Defensoria Pública.

A situação fática que será analisada é esta: as soluções extrajudiciais utilizadas pela Defensoria Pública quando a instituição é procurada pelos os assistidos para solucionar conflito relativo à negação do direito à saúde pública.

¹ Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Fundação Getúlio Vargas (FGV Management).

Descrição das formas de atuação da Defensoria Pública na defesa da efetivação do direito à saúde pública com ênfase no método extrajudicial

A Defensoria Pública Estadual pode atuar de várias formas para obter o direito dos assistidos por ela patrocinados, não só judicialmente.

O Defensor Público pode atuar de forma judicial (pleiteando os direitos através de algum tipo de ação judicial) e pode atuar também de forma extrajudicial, resolvendo as demandas dos assistidos através de conciliações, mediações e demais formas alternativas de solução de conflitos.

A lei (BRASIL, 1994) que regula a carreira de Defensor(a), já explana tais possibilidades, conforme interpretação do artigo 4, inciso II, que diz:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e *demais técnicas de composição* e administração de conflitos (grifo do autor).

Existem também por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, resoluções que encorajam e incentivam o uso de soluções extrajudiciais para a resolução de conflitos, tem-se como exemplo a Resolução 125 (BRASIL, 2010) do ano de 2010.

Estas soluções extrajudiciais não são padronizadas e podem ser adaptadas pelo operador do direito à depender das partes envolvidas, da demanda ali que se faz presente e dos aspectos socioculturais do local em que ocorre a problemática, entre outros fatores.

A resolução 125 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) (BRASIL, 2010), expõe o seguinte texto, já sem seu artigo 1º: “Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.”

Portanto, nota-se que, em cada litígio existem determinadas peculiaridades que devem ser levadas em consideração no momento em que se opta por uma ou outra opção de solução extrajudicial.

Nos conflitos relacionados especificamente com o tema saúde, tem-se as seguintes resoluções: Resolução 107/2010 e Resolução 238/2016.

A metodologia de trabalho utilizada pelo Defensor

Existem diversas formas de solução de conflitos, uma destas formas ou maneiras de solucionar conflitos sem o uso do poder judiciário, é justamente o envio de ofícios extrajudiciais, relatando o problema apresentado pelo assistido para a autoridade competente e assim, em cooperação com esta autoridade, solucionar a demanda apresentada.

Após o envio do ofício para a autoridade competente, podem ocorrer inúmeras situações, entretanto as mais comuns são as seguintes: a resposta do ofício ser positiva e a resolução da demanda envolvida já ser solucionada; a resposta do ofício ter conteúdo negativo com relação ao pedido apresentado pelo assistido; nenhuma resposta da autoridade que recebeu o ofício extrajudicial enviado pelo Defensor Público.

Quando a resposta é positiva e o pedido é efetivado, não há judicialização do pleito. Já nas outras hipóteses mencionadas, a atitude do defensor, na grande maioria das vezes, é entrar com a ação judicial cabível no caso concreto para que seja efetivado o pedido do assistido.

Soluções extrajudiciais para obter a efetivação do direito à saúde

As soluções extrajudiciais ou soluções adequadas de resolução de conflitos são soluções que visam modelar a postura das partes para que tenham como objetivo final a elucidação do problema apresentado, sem que haja a intervenção do Estado-juiz.

As soluções alternativas de conflitos mais comumente utilizadas são a mediação e a conciliação, são inclusive as soluções citadas no corpo de um dos artigos do Código de Processo Civil que disciplina a matéria. Na verdade, o uso de soluções alternativas de conflitos é incentivado pelo Código de Processo Civil, (BRASIL, 2015) em seu artigo 3º, parágrafo 3º:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3º *A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial* (grifo nosso).

Contudo, estas soluções de conflitos não são as únicas existentes. Pode-se usar e até criar outras ferramentas úteis para chegar à este objetivo – o de resolução de conflitos sem o uso do Poder Judiciário.

Uma ferramenta utilizada com bastante frequência pelo Defensor responsável pela 2ª Defensoria Pública Estadual de Teixeira de Freitas, é o envio de ofícios extrajudiciais, solicitando cooperação para a resolução do problema.

Nos ofícios extrajudiciais enviados (aqui convém mencionar que estou relatando sobre os ofícios relacionados à presente pesquisa), o defensor expõe a problemática do assistido (como por exemplo a falta de determinado remédio, a negativação de realização de consulta médica) no corpo do ofício e envia à autoridade competente requisitando informações sobre a problemática apresentada e solicitando a elucidação do problema exposto.

Em algumas situações, essa atitude do Defensor Público é eficaz e o problema/lide do assistido resolve-se assim, sem necessidade alguma de propor ação judicial para efetivar o seu direito à saúde.

O Conselho de Justiça Federal (CJF), órgão que faz parte da sistemática judicial brasileira, que segundo seu próprio sítio na internet é : “o órgão central das atividades sistêmicas da Justiça Federal, cabendo-lhe a supervisão administrativa e orçamentária, com poderes correccionais, cujas decisões possuem caráter vinculante” , aprovou oitenta e sete enunciados na 1ª Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”, ocorrida em 2016.

Dentre eles está o s enunciado de número 48, que tem a seguinte redação: “É recomendável que, na judicialização da saúde, previamente à propositura de ação versando sobre a concretização do direito à saúde - fornecimento de medicamentos e/ou internações hospitalares -, promova-se uma etapa de composição extrajudicial mediante interlocução com os órgãos estatais de saúde.”

De acordo com Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 7), estes também podem ser chamados de métodos consensuais de solução de conflitos:

Os métodos consensuais, de que são exemplos a conciliação e a mediação, deverão ser estimulados por todos os profissionais do Direito que atuam no processo, inclusive durante seu curso (art. 3º, § 3º). É que as soluções consensuais são, muitas vezes, mais adequadas do que a imposição jurisdicional de uma decisão, ainda que esta seja construída democraticamente através de um procedimento em contraditório, com efetiva participação dos interessados. É fundamental que se busquem soluções adequadas, constitucionalmente legítimas, para os conflitos, soluções estas que muitas vezes deverão ser consensuais.

Entretanto, existe uma porcentagem dos casos patrocinados pela Defensoria Pública onde há negativa ou omissão da autoridade à qual foi remetido o ofício e, então diante desta postura, para conseguir a efetividade do direito pleiteada pelo assistido, é necessária a utilização de instrumentos processuais existentes, postulando judicialmente estes direitos.

A demonstração da necessidade de procurar soluções não-judiciais, através da exposição de pesquisadores da ciência jurídica no plano nacional e internacional

A ciência jurídica assim como as demais ciências busca soluções para os problemas à ela apresentados. Um dos principais problemas da atualidade na ciência jurídica é a demora do processo judicial. Uma demora que afeta diretamente o direito constitucional de acesso à justiça. Diante desta situação, a busca por soluções não judiciais é um dos caminhos sugeridos pelos processualistas nacionais.

Esta percepção é confirmada na fala dos juristas e autores Fredie Didie Jr. e Hermes Zanetti Jr. (2016, p. 36), que sustentam o seguinte pensamento:

O processo civil está passando por uma radical transformação. A justiça estatal clássica, adjudicada pelo juiz, não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. [...] Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser a *ultima ratio*,

extrema ratio. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição.

Existe de fato uma exaustão deste modelo. Convém mencionar ainda o pensamento da professora Ada Pellegrini Grinover (2018, p. 61/62), uma das processualistas mais tradicionais do país já, que expõe na obra “Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo”, o seguinte pensamento:

Mesmo com essa moderna vocação a oferecer tutela jurisdicionais diferenciadas, a Justiça Estatal não é o único caminho pelo qual se procura oferecer solução aos conflitos. Avança no mundo todo, inclusive no Brasil, a ideia de que outros métodos adequados de solução de conflitos, não estatais, podem ser utilizados para pacificar com justiça e com maior eficiência. Tais são os chamados meios alternativos de solução de conflitos (*alternative dispute resolution* ou, em outra denominação, *meios alternativos de solução de conflitos*), nos quais se busca uma *autocomposição*, isto é, uma solução do conflito por ato das próprias partes (conciliação ou mediação).

A proposta de buscar mais de um caminho para solucionar os conflitos sociais que desembocavam no Poder Judiciário, teve origem nos Estados Unidos, é oriunda de um pensador chamado Frank Sander, professor da Faculdade de Harvard, conforme cita o ilustre professor Claudio Madureira (2017, p. 86), quando expõe sobre o nascimento desta ideia e da possibilidade da diversidade do acesso à justiça, através de soluções judiciais e não judiciais:

O código concebeu, então, diversas alternativas (ou múltiplas portas) para o acesso à justiça, ou, mais especificamente, para que os contendores obtenham, mediante procedimento institucionalizado, a realização dos direitos e da justiça, instituindo assim, o que em doutrina de convenção chamar *Tribunal Multiportas*. Ao ensejo, Vinícius José Corrêa Gonçalves leciona que “a ideia dos *Multi-door Courthouses* surgiu no ano de 1976 em Washington, numa conferência denominada *Pound Conference*, que foi patrocinada pela *American Bar Association (ABA)* [...] um modelo de organização judiciária multifacetária, que privilegia a adequação do conflito ao melhor método para sua resolução.

A citação acima mencionada é a demonstração concreta de que existe no plano nacional e no plano internacional a possibilidade de solução não judicial de um conflito e que deve-se incentivar a difusão da utilização destes meios adequados de solução de conflitos.

Nos Estados Unidos da América, quando utiliza-se os meios adequados de solução de conflitos, o termo genérico utilizado é ADR, que significa, como já mencionado, *Alternative Dispute Resolution*, e é amplamente utilizado naquele país conforme menciona o artigo do autor Wesley Carlos Ribeiro (2017, p. 66/67), no texto denominado “A Mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde”:

O termo ADR, de *Alternative Dispute Resolution*, é normalmente usado em alguns países como os Estados Unidos da América (EUA) para designar uma variedade de mecanismos de resolução de conflitos. Naquele país, a utilização de métodos de resolução de conflitos fora dos tribunais não é novidade. [...] A ADR ingressou como um movimento nos EUA na década de 1970 como forma de

resolver as disputas sociais envolvendo direito civis e uma alternativa ao sistema legal superlotado.

O uso de soluções não judiciais aparentemente não é algo raro na comunidade internacional, pois de acordo com o Livro Verde (2009), elaborado pela Comissão das Comunidades Europeias, esta é uma das opções para um melhor acesso à justiça, contudo, deve-se deixar claro que o presente texto é sobre a utilização de soluções adequadas às matérias de ordem civil e comercial, não é exatamente sobre conflitos relacionados à saúde, todavia reforça o pensamento de que o uso de soluções adequadas e autocompositivas de conflitos está ganhando amplitude em diversos países.

O livro verde, encontrada virtualmente, expõe o seguinte texto na página 7, no item 5, inserido no item 1.2 Para um melhor acesso à justiça:

Uma das razões do desenvolvimento dos ADR é de ordem prática e conjuntural: os ADR dão uma resposta às dificuldades de acesso à justiça com quem se depara um número elevado de países. Estas dificuldades explicam-se pelo aumento dos litígios apresentados aos tribunais, pela crescente morosidade dos processos e pelo aumento dos custos desses processos. A quantidade, a complexidade e a tecnicidade dos textos legislativos contribuem além disso para tornar mais difícil o acesso à justiça.

Uma das formas de incentivar o uso de soluções adequadas de conflitos, preferencialmente de soluções autocompositivas e não judiciais, é expondo os resultados positivos de instituições que utilizaram esta ferramenta.

Exposição dos dados obtidos pela pesquisa realizada e a proposta de convênio interinstitucional baseado em uma experiência da Defensoria Pública do Rio Grande do Norte

O mecanismo de trabalho utilizado pelo Defensor Público nas demandas relacionadas à saúde, usando como ferramenta inicial a troca de ofícios administrativos, resultou no seguintes números: no ano de 2016, obteve-se a solução administrativa e extrajudicial para um percentual de 30,35 % dos pedidos relativos à não efetivação do direito à saúde.

No ano de 2017, este número aumentou para 35,81 % dos casos verificados. A pesquisa foi de cunho científico e desenvolvida para a obtenção do título de especialista pela autora, portanto obedeceu a todos os requisitos pré estabelecidos para uma pesquisa de campo.

A proposta para que esta solução extrajudicial, administrativa e autocompositiva, seja formalizada e até ampliada é através da assinatura de um convênio interinstitucional entre órgãos públicos envolvidos.

Ou seja, criar um convênio entre a Defensoria Pública Estadual da Bahia, inicialmente como uma experiência, na comarca de Teixeira de Freitas e a Secretaria Municipal de Saúde, procurando estabelecer a obrigatoriedade do uso de ofícios administrativos de forma prévia

a qualquer tipo de ação judicial, colaborando para que o litígio seja resolvido através desta troca de ofício, aumentando ainda mais o uso da presente solução adequada de conflito.

O exemplo que foi utilizado para essa sugestão está explanado no Manual de Mediação para a Defensoria Pública, (ROSENBLATT e OLIVEIRA, 2014, p. 56) quando relata a experiência positiva da Defensoria Pública no Rio Grande do Norte, que segundo o Manual:

No Rio Grande do Norte , foi realizado uma parceria da Defensoria Pública, inicialmente apenas a da União e depois com a participação da Defensoria Estadual, com outros órgãos públicos, visando à resolução extrajudicial de conflitos na área de saúde por meio do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativas da Saúde – CIRADS.

Ainda no mesmo Manual, frisa-se que as soluções administrativas acaba por trazer resultados significativos na diminuição das demandas judiciais relacionadas ao tema, concluindo que: “[...] a partir do momento em que os órgãos públicos se unem para discutir o caso concreto, as burocracias necessárias para efetivar o direito à saúde são diminuídas” (ROSENBLATT; OLIVEIRA, 2014, p. 57).

Conclusão

A exposição do crescente incentivo de utilização de soluções extrajudiciais, seja no plano nacional, seja no plano internacional, é um fato perceptível, em decorrência das dificuldades encontradas para o efetivo acesso à justiça. Utilizar este mecanismo para poder efetivar o direito à saúde dos assistidos que procuraram a Defensoria Pública de Teixeira de Freitas para efetivar seus direitos, mostrou-se uma experiência útil e proveitosa e para dar continuidade a utilização desta ferramenta e por consequência exportar essa ideia para outras Defensorias Públicas, foi sugerida a proposta de convênio entre os órgãos públicos, tendo como base o convênio já estabelecido pela Defensoria Pública do Rio Grande do Norte, citada no corpo do artigo.

A conclusão é de que o uso de soluções extrajudiciais e autocompositivas pela Defensoria Pública na defesa dos direitos relacionados à saúde é uma solução de conflitos que deve ser considerada eficaz e portanto deveria ser utilizada com maior frequência no âmbito das Defensorias Públicas, para promover ainda mais o efetivo acesso à justiça para quem procura a instituição.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Decreto n. 125, de 29 de nov. de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, Brasília, DF, nov 2010.

- BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de jan. de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, Brasília, DF, jan 1994.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de mar. De 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, mar 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. ed. 2. São Paulo: Editora Atlas, 2016.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Livro Verde. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2009\)0163_/com_com\(2009\)0163_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2009)0163_/com_com(2009)0163_pt.pdf)>. 2009. Acesso em: 07 de nov. de 2018.
- DIDIE JR, Fredie ; NAVARO, Tricia; ZANETI JR, Hermes. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas. v. 9. Salvador: Editora Juspodvim, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio Sobre a Processualidade: Fundamentos para uma Nova Teoria Geral do Processo. ed. 1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.
- MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: O Processo Civil do Formalismo Valorativo. ed. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- RIBEIRO, W. C. A mediação como meio de resolução de conflitos na área de saúde. R. Dir. sanit., São Paulo v. 18 n. 3, p. 62-76, nov. 2017.-fev. 2018.
- ROSENBLATT, Ana; OLIVEIRA, Igor Lima de. Manual de Mediação da Defensoria Pública. ed. 1. Brasília: Fundação Universidade de Brasília (FUB), 2014.

A judicialização da saúde e a quebra de patentes farmacêuticas: um diálogo entre a efetivação da garantia à saúde e o instituto da propriedade intelectual

Anselmo Luiz Bacelar Junior¹

Maria Júlia Ferreira Mansur²

Resumo: Com o avanço do número de casos de doenças e com a consequente necessidade do uso de longa duração de medicamentos, gerou-se, para o cidadão, elevado custo financeiro com a saúde. Diante disso, o direito à saúde começou a ser massivamente judicializado e o acesso aos medicamentos garantido por ordem judicial. Faz-se importante, portanto, o uso e incentivo de políticas públicas de fomento ao direito à saúde para que ocorresse uma redução desse número de processos ajuizados. Nesse sentido, o Brasil criou a possibilidade de ocorrer a quebra de patentes, também conhecida como licenciamento compulsório, com vistas a diminuir o preço dos fármacos utilizados pelos enfermos. Assim, o presente trabalho tem por escopo analisar e compreender juridicamente os limites do instituto da quebra de patentes frente a outros institutos envolvidos, quais sejam, a propriedade intelectual (e a função social) e o acesso à saúde.

Palavras-chave: Judicialização da saúde; Licenciamento compulsório; Acesso à saúde; Propriedade intelectual; Indústria Farmacêutica.

Introdução

O acesso à saúde é questão substancialmente problemática na sociedade atual. Com o avanço do número de casos de muitas doenças, bem como da mortalidade de tais,³ o uso de fármacos no dia a dia se tornou natural para muitos. Nesse contexto,

¹ Graduando da Universidade Federal do Espírito Santo e membro dos grupos de pesquisa "Desafios do Processo Civil" e "Trabalho, Seguridade Social e Processo: Diálogos e Críticas". E-mail: anselmo.bacelar@gmail.com.

² Graduanda da Universidade Federal do Espírito Santo e membro dos grupos de pesquisa "Direito Civil na Pós-Modernidade Jurídica" e "Trabalho, Seguridade Social e Processo: Diálogos e Críticas". E-mail: <mjfmansur@gmail.com>.

³ *Exempli gratia*: <http://www.iarc.fr/en/media-centre/pr/2018/pdfs/pr263_E.pdf>; <<https://nacoesunidas.org/oms-registra-aumento-de-casos-de-depressao-em-todo-o-mundo-no-brasil-sao-115-milhoes-de-pessoas>>; <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2017/11/numero-de-brasileiros-com-diabetes-cresceu-61-8-em-10-anos>>.

a indústria farmacêutica se prostra de forma destacada ante o cenário de necessidade de uso crônico de medicamentos.⁴

Tal situação gera ao cidadão um custo financeiro elevado que, por vezes, não pode ser absorvido sem abalar a economia doméstica e familiar daqueles que precisam do remédio. Em face disso, questiona-se acerca do constitucional direito à saúde (art. 6º e Lei 8080/90), que se vê em crise quando os medicamentos necessários são patenteados e de alto valor de comercialização.

O Estado é colocado em posição prejudicada, tendo o direito à saúde judicializado e o acesso ao medicamento garantido por ordem judicial, ainda que, a princípio, sem orçamento para tanto.⁵ Com o crescimento dos problemas relacionados à saúde surge a necessidade da busca da efetivação da tutela constitucional estatal do direito à saúde algumas perspectivas se tornam problemáticas na realidade da hiperjudicialização da saúde em que se configura o Brasil: com a ausência de especialização adequada as decisões judiciais são pouco fundamentadas, o que acaba por não resolver o problema (decidindo, mas, por vezes, não garantindo o direito), o que intensifica a litigiosidade sem efetiva prestação da tutela adequada e tempestiva ao jurisdicionado (NETO, 2018, p. 17).

Ante tal cenário o uso de políticas públicas de fomento ao direito à saúde sem a clássica judicialização individual se fazem necessários para reduzir esse número de processos (NETO, 2018, p. 17). Nessa toada, o Brasil diferenciou-se dos demais países por utilizar a quebra de patentes (denominadas também por licenças compulsórias) como forma de baratear os fármacos aqui circulantes. Ante tal conjuntura, é pertinente a análise jurídica dos institutos envolvidos, a propriedade intelectual (e a função social) e o direito à saúde, e da política pública de efetivação do artigo 6º da Constituição Federal no momento de cotejo dos ditos institutos.

Assim, propõe-se a analisar essas questões, traçando panoramas da atuação do Estado na efetivação da política de garantia da saúde, buscando estudar estes institutos à luz da Constituição e das perspectivas trazidas pela Lei 8080/90. O estudo será voltado para a compreensão do instituto da quebra de patentes e de seus limites ao coadunar a propriedade intelectual com sua função social e o direito à saúde.

⁴ O vocábulo “medicamentos” traz certa multiplicidade de possibilidades. Para tanto cabe trazer conceituações básicas de antemão: “Medicamentos de Marca: São medicamentos de referência; aquele primeiro a ser lançado no mercado para aquela determinada doença [...]; Medicamentos “de imitação”: são medicamentos que não são novos propriamente ditos, são variações de drogas anteriores já a venda no mercado; Medicamentos Similares: São aqueles que se comparam ao medicamento de marca, mas é comercializado somente após a expiração dos direitos patentários do medicamento de referência [“de marca”] e, por ser igual àquele mas fabricado por laboratório concorrente não é exigido teste de bioequivalência [...]; Medicamentos genéricos: são medicamentos bioequivalentes aos medicamentos de referência; ao contrário dos similares, passam por testes de bioequivalência” (GONTIJO, 2016, p. 3, grifo do original).

⁵ Cabe destacar que ao menos 1.346.931 processos com o tema saúde tramitaram no Judiciário em 2016 <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>>.

O licenciamento compulsório na legislação brasileira

Histórico

Os direitos intelectuais já eram questões protegidas desde a Grécia Ateniense, sendo intensificada tal perspectiva com o ascender da produção artística durante o Renascimento. A teor de proteção da produção intelectual tem-se o primeiro registro histórico em 1236 em Bordeaux, na França, ocasião em que foi concedida a Bonifácio de Sancta e Companhia o privilégio de exploração exclusiva do método denominado “flamengo” de tecelagem e tinturaria de lã por um período de quinze anos (FURTADO, 1996, p. 15-16).

O termo patente *per se* é de origem latina *litterae patentes* e significa cartas abertas (SILVA, 2008, p. 4332). Em 1474, em Veneza, apareceu a primeira lei específica sobre patentes, em que era firmado um compromisso entre Estado e cidadão, garantindo ao cidadão, dentro do território do Estado e durante dez anos, o monopólio de manufatura do invento (SILVA, 2008, p. 4333). Outros países foram adotando esse modelo, aperfeiçoando a aplicação da patente (SILVA, 2008, p. 4333).

Os mecanismos sobre patentes existentes à época eram de cunho nacionais, gerando dificuldades em relação a patentes de produtos estrangeiros (SILVA, 2008, p. 4333). O risco de se copiar as invenções, patenteando um invento em um país que, originalmente, era de outro país, levou tal situação às cortes internacionais, com a Convenção de Paris em 1883, internacionalizando pela primeira vez a demanda patentária (SILVA, 2008, p. 4333-4334). Esta Convenção é tida como uma das bases inspiradoras para a redação original dos arts. 68 e 72 (que cuidam de alguns aspectos da licença compulsória na legislação pátria) (INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS SDE PROPRIEDADE INTELECTUAL - IDS, 2005, p. 134, 147).

O Brasil foi signatário fundador dessa Convenção, em que se buscou estabelecer parâmetros e regras globais para a proteção de patentes e marcas (RODRIGUES; SOLER, 2009, p. 553). Desde então o país buscou manter sua legislação atualizada no que tange a Convenção de Paris e suas revisões, assim como também visou atender os anseios nacionais nessa perspectiva legislativa (RODRIGUES; SOLER, 2009, p. 553).

A Convenção de Paris já foi revista com alterações pelas Convenções: de Roma, de 1885; de Madri, de 1916; de Bruxelas, de 1897; da Washington, de 1911; de Haia, de 1927; de Londres, de 1958; e de Estocolmo, de 1967 (PAES, 1996, p. 15).

Atualmente, em relação ao cenário internacional, a patente está prevista, pela Organização Mundial do Comércio, no Acordo sobre Propriedade Intelectual, nomeado *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* - TRIPS (SILVA, 2008, p. 4334). O referido acordo se desenvolveu para tentar solucionar o problema de alto custo dos medicamentos causados pelas patentes medicamentosas, questão que aflige mormente os países em desenvolvimento. O panorama identificado no TRIPS foi de que o atual sistema de patentes (monopólio de exploração econômica) permite aos detentores fixação abusiva de preços nos medicamentos

protegidos pela propriedade intelectual. A quebra de patentes é uma perspectiva de regulamentação dessa problemática (CORREA, 2007, p. 86).

Cabe destacar também que, em relação à legislação brasileira, o reconhecimento dos direitos dos inventores teve seu início com o Alvará de 28/04/1809, de D. João VI, que dava a estes inventores o privilégio para explorar a invenção por 14 anos (SILVA, 2008, p. 4335; DE CARVALHO, 2009a, p. 21-22; CERQUEIRA, 2010, p. 1-2). Ao longo da história pátria, várias outras normas regularam as patentes, como é o caso do Código Brasileiro de Propriedade Industrial de 1969 que retirou a possibilidade de se criar patentes para alimentos e também para processos e produtos farmacêuticos (SILVA, 2008, p. 4335-4336). Atualmente, a própria Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, XXIX, assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização.

Em 1996, foi promulgada a Lei n. 9.279 (Lei de Propriedade Industrial), sendo específica sobre a matéria em questão, tratando sobre a concessão, de ofício, de licença compulsória em alguns casos específicos (RODRIGUES; SOLER, 2009, p. 553). Essa lei cumpriu tudo que foi acordado no Acordo TRIPS, incorporando os padrões mínimos internacionais na legislação pátria (SILVA, 2008, p. 4338).

Posteriormente, com a Medida Provisória n. 2.006/99 (convertida na Lei n. 10.196/01), a Lei de Propriedade Industrial sofreu algumas alterações, como é o caso da inclusão do artigo 299-C, prevendo a necessidade de prévia anuência da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) para a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos.

Conceito

O licenciamento compulsório é a possibilidade de concessão de licenças na eventual ocorrência de algumas situações específicas, acarretando uma restrição do monopólio, permanecendo, contudo, o direito do titular da patente (SILVA, 2008, p. 4341; REIS; VIEIRA; CHAVES, 2009, p. 23-24). Estas licenças, conforme será explanado, servem para salvaguardar contra possíveis abusos cometidos pelo detentor da patente ou para casos de situações de interesse público.

O artigo 71 da Lei n. 9.279/96 aduz que será concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, nos casos de emergência nacional ou interesse público, em que o titular da patente ou seu licenciamento não atenda a essas necessidades.

Além disso, o artigo 68 da mesma Lei também aponta que a patente pode ser licenciada compulsoriamente nos seguintes casos: quando o titular exercer os direitos decorrentes da patente de forma abusiva ou por meio dela praticar abuso de poder econômico; quando não ocorrer a exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; e quando a comercialização não satisfizer às necessidades de mercado.

Cabe destacar que há uma participação das empresas no processo de licenciamento compulsório. O procedimento adotado prevê uma etapa de negociação com a empresa detentora da patente, que oferece uma redução no valor do medicamento para manutenção da proteção de sua propriedade intelectual. Privilegia-se aqui a patente em caso de satisfeito o interesse social do medicamento. No caso de inexistência de oferta ou oferta inexpressiva em relação ao que se vislumbra com a quebra patentária a perspectiva é o seguimento do processo de licenciamento (PRONER, 2007, p. 12).

O primeiro caso de decretação do licenciamento compulsório foi no em relação ao Efavirenz, da empresa Merck Sharp & Dohme. Este era o medicamento mais custo-efetivo para o tratamento da AIDS à época, utilizado, então, por 40% dos portadores do vírus da AIDS no Brasil (RODRIGUES; SOLER, 2009, p. 555), compreendendo uma média de 75 mil pacientes recebendo gratuitamente o medicamento e gerando ao Estado um custo de 42 milhões de dólares (SILVA, 2008, p. 4342).

Em 04/05/2007, o Presidente da República assinou o decreto 6.108/2007, oficializando tal licenciamento (RODRIGUES; SOLER, 2009, p. 555), tendo como fundamentação o artigo 71 da Lei n. 9279/96, em função do interesse público (WEICHERT, 2008, p. 67). Esse decreto é o desfecho da tentativa de acordo com o produtor do antirretroviral, que mostrou-se irredutível em relação à diminuição do preço do fármaco, oferecendo descontos irrisórios (SILVA, 2008, p. 4342).

Após a assinatura do decreto em pauta, o governo passou a importar o remédio da Índia, sendo produzido pela Aurobindo Pharma Limited, e estimou-se uma economia de 30 milhões de reais apenas no primeiro ano de ocorrência do licenciamento compulsório, em 2007 (SILVA, 2008, p. 4342).

O direito à saúde e a patente medicamentosa: a perspectiva da função social da propriedade na indústria farmacêutica

Na análise do instituto do licenciamento compulsório, dois direitos surgem em voga para estudo: o direito à saúde e o direito à propriedade intelectual da indústria farmacêutica. A opção legislativa (Lei n. 9.279/96), conforme já destrinchado, foi de, em suma, identificação de necessidade social em relação a quebra patentária (“prática de atos de abuso econômico” no caso do art. 68 e “emergência nacional ou interesse público” no caso do art. 71). Desse modo identifica-se, em princípio, uma sobreposição, nessas condições fáticas, do direito à saúde em relação à propriedade intelectual.⁶

⁶ Nessa toada, com dois magnos direitos em colisão, há de se fazer a análise de adequada prevalência no caso concreto, conforme as balizas legais. Nos termos propostos por Alexy: “Se dois princípios colidem [...] um dos princípios terá que ceder. [...] O que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (ALEXY, 2015, p. 93).

De antemão destaca-se que o conceito de patente na propriedade intelectual (aquele posto como espécie do qual este é gênero) gira em torno da proteção a uma exploração econômica por um período determinado de tempo de uma determinada produção criativa de inovação em relação ao estado da arte com aplicabilidade industrial. Cria-se o chamado direito “negativo” de estabelecer o “não uso” do restante da sociedade em relação ao objeto patenteado. É o denominado “pacto” entre sociedade e inventor que permite que este último possa explorar por certo lapso temporal aquilo que com o espectro intelectual de seus direitos da personalidade desenvolveu, e merece proteção a fim de fomentar a continuidade inovadora da produção intelectual (MEINERS, 2008, p. 1468-1469; DE CARVALHO, 2009b, p. 73-79).

Ocorre que tal direito não pode ser tratado absolutamente visto que a própria civilística pós 2002 trouxe limitações ao exercício do direito de propriedade com a lógica da função social (a exemplo, encontrado nos arts. 187 e 1228, §1º e §2º), já introduzida desde a Constituição de 1988 nos arts. 170, III, 182, §2º e 186, incisos I a IV.

Antes de cuidar propriamente do conceito de função social no ordenamento pátrio há de se olhar para a filosofia e como ela cuida da perspectiva do tratamento daqueles que não se encontram em paridade em uma relação no direito. O conceito de justiça distributiva de Aristóteles (2006 [33? a.C.]) é fundamental para a resolução dessa problemática. O conceito de igualdade não se resolve com o simples ofertar do mesmo a dois pólos, visto que muitas das vezes esses pólos se valem de forças distintas e partem de pontos desiguais no momento do conflito, sendo necessário tratá-los de maneira “desigual” para mitigar tais discrepâncias. Essa é a lógica sustentada pela justiça distributiva aristotélica, em que partes desiguais são tratadas “desigualmente” para buscar um equilíbrio substancial na relação.

Rui Barbosa, em célebre discurso na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, intitulado de “Oração aos Moços”, sintetiza bem esse pensamento do filósofo grego:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (BARBOSA, 1999, p. 26).

Tal preceito filosófico é privilegiado pelo nosso ordenamento, tendo sido aplicado na interpretação do art. 5º da Constituição Federal de 1988, revelando-se de magno destaque, por exemplo, nas discussões existentes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186 DF no Supremo Tribunal Federal.⁷

⁷ A referida ADPF tratou da discussão sobre o implemento de ações afirmativas no ingresso ao ensino superior público pelo sistema de cotas. No referido julgamento foi discutido justamente o conceito de igualdade substancial e formal, tendo sido aplicada tese embasada no aludido pensamento de Aristóteles. Na decisão, por unanimidade, o sistema de cotas da Universidade de Brasília (que estava em questão) foi julgado como completamente condizente com os preceitos jurídicos trazidos na Constituição de 1988.

Então, olhando ao caso em análise, percebe-se um notório desequilíbrio entre o cidadão que carece do medicamento, seja diretamente ou seja via SUS,⁸ e a indústria farmacêutica, que se posta fortemente e com crescimento estruturado (SCHERER, 2004; SCHERER, 2000, p. 1307; DIMASI, 2003, p. 167). Com tal desequilíbrio, no conflito dos direitos do cidadão (em termos de acesso à saúde) e da indústria farmacêutica (de proteção da exploração econômica da patente) cabível seria a proteção do polo mais fraco visto que onerar economicamente a indústria farmacêutica⁹ não traz prejuízo equânime ao que se vê em caso de repassar tais custos ao cidadão (de economia muito mais frágil). Por essa lógica de justiça distributiva as opções legislativas de licenciamento compulsório são justificadas. Essa ideia é complementada pela noção de função social da propriedade do Direito Civil.

Com tal proposta introduzida pela Lei n. 9.279/96, não se identifica, inclusive, um desincentivo na produção intelectual. Com a introdução da referida legislação o número de patentes depositadas no Brasil cresceu se analisado no período 1990-1996 e 1997-2007 (pré e pós lei, respectivamente) (ZUCOLOTO, 2015, p. 121). Destarte, o licenciamento compulsório traz esse benefício do acesso à saúde sem o prejuízo às pesquisas científicas e ao depósito de patentes e inovações tecnológicas.

⁸ “No Brasil, apenas 15% dos produtos farmacêuticos são comprados de modo centralizado pelo SUS, que os distribui, a custo zero, para cerca de cem milhões de brasileiros mais pobres. O mercado governamental representa 35% do mercado total. A discriminação de preços não constitui uma política permanente do governo federal e é verificada apenas em pequena escala. A assistência farmacêutica total, isto é, a acessibilidade plena aos medicamentos, é assegurada apenas no âmbito do programa de prevenção e controle do HIV/Aids. A introdução desta boa política que, além de assegurar resultados positivos como a tendência à queda dos indicadores de mortalidade, tem tido impacto positivo sobre os custos financeiros do setor, paradoxalmente, também tem significado, a meu juízo, a quebra do princípio constitucional da equidade no SUS. Esta quebra decorre menos das características daquela política do que da impossibilidade de tornar seu modelo extensível aos demais problemas e programas de saúde. Na prática, a maior parte dos brasileiros continua pagando pelos remédios consumidos e, considerando-se que o preço é, sem dúvida, o principal fator determinante da acessibilidade aos produtos farmacêuticos, configura-se uma iniquidade entre o programa da Aids e os diversos outros programas de saúde. As estimativas do tamanho do mercado farmacêutico brasileiro, considerando vendas no varejo, variam de US\$ 8,4 a US\$ 4,6 bilhões. Para qualquer destes valores, o Brasil é tido como um dos 15 maiores mercados do mundo. É, entretanto, um mercado altamente concentrado, com 23% do total da população consumindo 60% da produção de medicamentos. Apesar do tamanho do mercado brasileiro, a despesa per capita com remédios é de cerca de US\$ 13 anuais, cifra mais próxima das de países da África – da ordem de US\$ 1 – do que das de certos países ricos, que ultrapassam US\$ 200. Este é um bom indicador do nível dos preços e uma comprovação da baixa acessibilidade aos remédios ou da iniquidade no consumo de medicamentos no Brasil” (MARQUES, 2000, p. 3).

⁹ Nesse ponto cabível ainda destacar que esse “onerar” se constitui de forma bastante reduzida visto que estudos apontam que o investimento na pesquisa e desenvolvimento de novas fórmulas de tratamento não são o ponto focal das indústrias farmacêuticas, que privilegiam, por exemplo, a área do marketing em detrimento do custeio de novas pesquisas. Outro fator de destaque é que o principal provento das indústrias farmacêuticas se dá pelo rearranjo de produtos já existentes (variações dos medicamentos já em mercado - bem como o lançamento dos denominados medicamentos “de imitação” - o que não seria passível de licenciamento). Desse modo a licença compulsória não atinge a parcela mais crítica da estrutura financeira da indústria farmacêutica (JANUZZI; VASCONCELLOS; SOUZA, 2008, p. 1206).

Adentrando precipuamente neste instituto, tem-se que, historicamente, a função social da propriedade já aparece desde a Encíclica Quadragesimo Anno, na qual foi proposta distinção entre propriedade enquanto direito e enquanto uso, prevendo atuação legislativa no sentido de coadunar uma lógica do “bem comum” com do o exercício regular da propriedade (CHALHUB, 2003, p. 305).

O Século XIX é marcado por retrocesso na lógica da função social em vista do avanço da perspectiva individualista no mundo jurídico e político (e. g. o liberalismo de Adam Smith e a supervalorização da propriedade privada em Locke), bem como em razão da Revolução Industrial (iniciada no final do séc. XVIII, de acordo com Hobsbawm, 2003). Com tal giro nas teorias políticas, a perspectiva que prevaleceu foi a de acúmulo de capitais e proteção da propriedade privada como direito superlativo, privilegiando, nesse momento da história, o proprietário em desfavor da coletividade (CHALHUB, 2003, p. 305-306).

A lógica liberal clássica do Século XIX se fez presente na codificação de 1916, sendo superada em 2002 com a mudança principiológica do Código Civil. Apesar de primeiramente vislumbrada uma pequena mudança, o fato de haver substancial disparidade entre a perspectiva sociopolítica ensejadora do Código de 1916 e a lógica prevalente na civilística ao tempo dos debates do Código Civil atual, fez-se necessário mudar mais profundamente a Lei Civil buscando em razão da inflexibilidade e rigidez identificadas no individualismo da do *Códex Civil do Século XX* (MAZZEI, 2005, p. 50).

Em conceituação, na esteira de Francisco Amaral (2014, p. 191-192) a função social seria uma limitação de imposição de deveres às faculdades jurídicas componentes do direito de propriedade. Em suma, o exercício da propriedade seria condicionada ao interesse social. Tal perspectiva é consequência da elevação do princípio da sociabilidade no Código Civil de 2002 em detrimento do puro e simples *suum cuique tribuere* do Código Civil de 1916 e da perspectiva do dito “interesse exclusivo do indivíduo proprietário” advindo do direito romano (REALE, 2002, p. 10; TARTUCE, 2011, p. 107-109).

Portanto, verifica-se que, pela perspectiva dos princípios gerais do direito civil (em especial destaque para a sociabilidade), todo o ordenamento se faz balizado pela lógica da função social. Por conseguinte, a propriedade também deve ser exercida nesses moldes. Destarte, não há que furtar a propriedade intelectual (*in casu*, a patente medicamental) do mesmo ditame legislativo-principiológico.

Assim, conclui-se que, conforme é visto na Lei 9.279/96, a função social da propriedade e a sociabilidade regem a patente dos medicamentos, justificando que estas sejam relativizadas via licenciamento compulsório nos casos previstos (expostos anteriormente). O direito à saúde é perspectiva fundamental no ordenamento e merece o devido privilégio quando analisado em cotejo com o exercício do espectro pecuniário da propriedade industrial farmacêutica. O questionamento que resta nessa seara é o da eficiência dessa modalidade de acesso à saúde. É o que se passa a analisar.

A quebra de patente como forma de fomento ao acesso à saúde: análise da eficácia e eficiência do modelo de quebra patentária

Conforme pontuado anteriormente, no debate envolvendo as patentes, mais especificamente quanto à quebra patentária, fica evidente a relação existente entre a garantia de acesso à saúde e medicamentos e a garantia da propriedade intelectual da indústria farmacêutica, não devendo considerar esta última como absoluta.

Ora, a Organização Mundial do Comércio (OMC), na nota técnica emitida em 21 de setembro de 2006 sobre as patentes de medicamentos, declarou que, no que se refere à proteção dos direitos da propriedade intelectual, nem sempre é fácil encontrar um equilíbrio entre os interesses a curto prazo de maximizar o acesso à saúde e os interesses a longo prazo de promover a criatividade e inovação. Declarou ainda que não há nenhuma outra esfera em que estas questões suscitem reações tão fortes como na esfera de patentes de produtos farmacêuticos, onde pode haver uma grande tensão como consequência da necessidade de oferecer incentivos para a investigação e o desenvolvimento de novos medicamentos e, por outro lado, proporcionar o maior acesso possível aos medicamentos existentes.

Destaca-se que, malgrado não seja o modelo da quebra patentária a única via de solução para a questão relacionada ao acesso à saúde (podendo-se falar também, por exemplo, sobre autocomposição de conflitos e sobre ações coletivas), há de se admitir que essa é uma possibilidade que traz inúmeras vantagens econômicas. Logo, a eficiência econômica da utilização do modelo de quebra patentário é inquestionavelmente um dos pontos positivos dessa via de solução.

Com a quebra das patentes, utilizando-se o licenciamento compulsório, e a posterior introdução de genéricos no mercado nacional, há uma redução significativa dos preços dos fármacos pioneiros, sendo estes sensíveis em teor redutivo à introdução e aumento de genéricos em seus mercados (NISHIJIMA, 2008, p. 204), além de que os próprios genéricos são em si mais baratos, haja vista que, nesses casos, inexistem gastos com pesquisa para a descoberta do fármaco, assim como não há custo substancial com publicidade feita pelas indústrias (SILVA, 2008, p. 4342).

Dessa forma, com a quebra de patentes, fica viável garantir o direito à saúde, previsto constitucionalmente no artigo 6º e, na legislação infraconstitucional, no artigo 2º da Lei n. 8.080/90, com vistas ao acesso ao tratamento mais eficaz das doenças a um preço mais acessível, principalmente em relação aos problemas de saúde mais graves, como é o caso da AIDS (referente ao caso clássico da quebra patentária do medicamento Efavirenz).

Merece destaque o faturamento a indústria farmacêutica. Essa indústria obtém lucros significativos com os medicamentos que colocam no mercado¹⁰ e o licenciamento compulsório não gera prejuízos aos seus lucros, considerando que, mesmo com o licenciamento, a empresa

¹⁰ *Exempli gratia*: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/receita-com-vendas-de-remedios-cresce-131-em-2016-diz-interfarma.ghtml>>; <<https://exame.abril.com.br/carreira/apesar-da-criese-industria-farmacaceutica-aumentou-em-20-as-contratacoes-e-continua-crescendo>>.

proprietária da patente recebe *royalties* em respeito à patente (SILVA, 2008, p. 4342-4343), possibilitando apenas a exploração econômica do medicamento por outros laboratórios. A própria Merck Sharp & Dohme, a empresa produtora do Efavirenz, foi considerada a sétima maior indústria farmacêutica do mundo no ano anterior ao licenciamento, com um faturamento de 22,6 bilhões de dólares (SILVA, 2008, p. 4342).

Assim, verifica-se que o mecanismo de quebra patentária (o licenciamento compulsório) é de fato uma ferramenta profícua no ordenamento jurídico em quesito de se promover o acesso à saúde (trazendo inquestionável economia tanto ao Estado, como um dos compradores de remédio, quanto ao cidadão). Nessa perspectiva há de se considerar tal via como uma possibilidade no momento de vislumbrar políticas públicas de efetivação do direito à saúde, sendo modalidade que traz inúmeros ganhos na seara social.

Conclusão

Desde a Grécia Ateniense, os direitos intelectuais já eram protegidos, tendo essa proteção se intensificado durante o Renascimento. Em 1474, apareceu, em Veneza, a primeira lei específica sobre patentes e, desde então, outros países foram adotando o modelo e aperfeiçoando a aplicação patentária. No Brasil, o reconhecimento dos direitos dos inventores teve seu início com o Alvará de 28/04/1809 de D. João VI.

Em relação ao debate internacional sobre o tema, o modelo patentário foi levado às cortes internacionais pela primeira vez, em 1883, com a Convenção de Paris. Esta Convenção foi a inspiração para a legislação brasileira no que toca à matéria, com a Lei n. 9.279/96. Atualmente, a patente, no cenário internacional, está regulada pela Organização Mundial do Comércio no Acordo sobre Propriedade Intelectual.

A legislação brasileira no tema (Lei n. 9.279/96) nos traz os critérios de limitação da patente ante a “prática de atos de abuso econômico” no caso do art. 68 e nos casos de “emergência nacional ou interesse público” no caso do art. 71, coligando-se à lógica da função social da propriedade e privilegiando a perspectiva da sociabilidade no ordenamento jurídico.

Há de se ressaltar, apenas, a necessidade de um processo amplo e transparente de modo que possibilite angariar o máximo de informações sobre a perspectiva de compra de medicamentos (identificando precisamente qual o valor que pode ser praticado) e dando aos detentores das patentes toda a possibilidade de atuação no procedimento pela via da negociação e propositura de novos preços para manutenção da patente visto que, em caso de consubstanciados os requisitos da necessidade social no processo negocial não há que se falar no licenciamento *per se*.

A quebra de patentes traz grande avanço pela perspectiva da economia no custeio medicinal em razão da redução substancial no preço dos fármacos após o fim do monopólio (seja pela expiração do tempo de exploração ou pelo licenciamento compulsório). Com o aumento no número de doenças e, por conseguinte, no número de medicamentos em

uso na sociedade, a perspectiva da saúde pública foi se tornando problemática fazendo-se necessário o uso de políticas públicas para não ter na via jurisdicional o único desafogo do acesso à saúde (que se revela ineficaz e, hoje, incapaz de dar vazão às necessidades que se apresentam dado o estado abarrotado do judiciário no que tange a temática da saúde, vide dados do CNJ apresentados).

Desse modo, como o desequilíbrio natural entre indústria farmacêutica e consumidor-cidadão o tratar distinto (na ótica da justiça distributiva aristotélica) via políticas públicas do quesito patentário é mister, cabendo a relativização da propriedade industrial a fim de garantia do acesso à saúde e direito à saúde previstos no artigo 6º e, na legislação infraconstitucional, no artigo 2º da Lei n. 8.080/90.

Nesse sentido toda ferramenta plausível e funcional deve ser utilizada e, inegavelmente, o licenciamento compulsório é uma delas. Cabe ao Estado identificar, no caso concreto, a ocorrência dos critérios legais estabelecidos (conforme lei n. 9.279/96) a fim de só proceder com a quebra patentária nos casos em que se trará benefício social para não atingir injustificadamente a esfera patrimonial da indústria farmacêutica, porém, sem furtar, em hipótese alguma, o cidadão do direito constitucional à saúde e do acesso amplo a esse caro direito.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- ARISTÓTELES. Ética à Nicômaco. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.
- BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa, 1999.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. 1988.
- _____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Lei de Propriedade Industrial. Brasília, DF, mai 1996.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, jan 2002.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. 25 de abril de 2012.
- CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. Parte 1. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHALHUB, Melhin Namen. Função social da propriedade. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, 2003.
- CORREA, Carlos Maria. Propriedade Intelectual e Saúde Pública. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- DE CARVALHO, Nuno Pires. 200 Anos do Sistema Brasileiro de Patentes: O Alvará de 28 de Abril de 1809 - Comércio, Técnica e Vida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.
- _____, Nuno Pires. A Estrutura dos Sistemas de Patentes e Marcas: Passado, Presente e Futuro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

- DIMASI, Joseph A.; HANSEN, Ronald W.; GRABOWSKI, Henry G. The price of innovation: new estimates of drug development costs. *Journal of health economics*, v. 22, n. 2, p. 151-185, 2003.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro*. 1. ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- GONTIJO, Fabíola Moreira. Patentes farmacêuticas: uma comparação entre o sistema brasileiro e o sistema americano de concessão de pedidos. *Revista virtual*, p. 1-17.
- HOBBSAWM, Eric. *Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL - IDS. *Comentários à Lei de Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Renovar: 2005.
- JANNUZZI, Anna Haydée Lanzillotti; VASCONCELLOS, Alexandre Guimarães; SOUZA, Cristina Gomes de. Especificidades do patenteamento no setor farmacêutico: modalidades e aspectos da proteção intelectual. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, p. 1205-1218, 2008.
- MARQUES, Marília Bernardes et al. *Patentes farmacêuticas e acessibilidade aos medicamentos no Brasil*. 2000.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM e ALVIM, Thereza (Coords.). *Comentários ao código civil brasileiro – parte geral*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MEINERS, Constance Marie Milward de Azevedo. Patentes farmacêuticas e saúde pública: desafios à política brasileira de acesso ao tratamento anti-retroviral. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, p. 1467-1478, 2008.
- NETO, Campos et al. The judicialization of Health in the perception of physician's prescribing. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, v. 22, n. 64, p. 165-176, 2018.
- NISHIJIMA, Marislei. Os preços dos medicamentos de referência após a entrada dos medicamentos genéricos no mercado farmacêutico brasileiro. *RBE*, v. 62, n. 2, p. 189-206, abr-jun/2008.
- OMC. Nota Técnica sobre las patentes de medicamentos. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/pharma_ato186_s.htm>. Acesso em: 07 de novembro de 2018.
- PAES, P. R. Tavares. *Nova Lei de Propriedade Intelectual: Lei 9.279, de 14.05.1996*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- PRONER, Caroline. Saúde Pública e Comércio Internacional: a legalidade da quebra de Patentes. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 1, n. 1, 2007.
- REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. In: *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*. Brasília, Vol. 20, p. 5-21, 2002.
- REIS, Renata; VIEIRA, Marcela Foçaça; CHAVES, Gabriela. Access to Medicines and Intellectual Property in Brazil: A Civil Society Experience. In: REIS, Renata; TERTO JR, Veriano; PIMENTA, Maria Cristina. *Intellectual Property Rights and Access to ARV Medicines: Civil Society Resistance in the Global South*. Rio de Janeiro: ABIA, 2009.

- RODRIGUES, William C. V.; SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. *Rev Panam Salud Publica*, 2009, p. 553–559.
- SCHERER, Frederic Michael. et al. The pharmaceutical industry-prices and progress. *New England Journal of Medicine*, v. 351, p. 927-932, 2004.
- _____. The pharmaceutical industry. *Handbook of health economics*, v. 1, p. 1297-1336, 2000.
- SILVA, José Carlos Loureiro da. Direito de acesso aos medicamentos no Brasil face à tutela jurídica das patentes farmacêuticas. In: Encontro para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p. 4330-4349.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. Vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.
- WEICHERT, Marlon Alberto. Patentes e acesso a medicamentos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 8, n. 3, p. 63-73, 2008.
- ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. Legislação de Propriedade Industrial e seus Impactos no Patenteamento na Apropriabilidade Tecnológica e nas Atividades Inovativas do Brasil. In: HERESCOVICI, Alain. *Direitos de Propriedade Intelectual e Inovação: Uma Análise Econômica Além das Evidências*. Vitória: EDUFES, 2015.

Princípio da Fundamentação das decisões judiciais como consectário do Estado Democrático de Direito à luz das mudanças do Novo Código de Processo Civil

Beatriz Oliveira Krause¹

Lucas de Carvalho Lyra Ribeiro²

Resumo: Com as sucessivas modificações textuais, o atual Código de Processo Civil extirpou a exata correspondência do art. 131 do CPC/73, o que acarreta a possível conclusão de que não vige mais, no Brasil, o princípio do livre convencimento motivado. Nesse viés, o presente trabalho tem por objetivo promover uma análise crítico-metodológica do princípio da fundamentação hermenêutica e analítica adequada das decisões judiciais como consectário do Estado democrático de direito e garantia de justiça, à luz do Novo Código de Processo Civil, com fulcro em seus arts. 11 e 489. Serão abordadas a perspectiva histórica, levando em consideração a tradição de motivação das decisões presente no direito luso-brasileiro, assim como a constitucionalização do processo e seus corolários, encarando-as através do aspecto jurisdicional, além das acepções acerca da valoração democrática da prova e a crescente percepção de um processo pautado no princípio de cooperação. Não obstante, caberá enfatizar a tese que abrange as funções endo e extraprocessual da fundamentação das decisões judiciais.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; Decisões; Fundamentação; Motivação.

Introdução

No atual contexto democrático brasileiro, presente em um momento pós-positivista, de influência do formalismo-valorativo, cercado de incertezas e mudanças no paradigma científico, destaque-se que uma das grandes preocupações do direito contemporâneo consiste em desenvolver uma teoria da decisão judicial adequada ao Estado Democrático Constitucional, que seria responsável por diminuir a discricionariedade judicial e impedir a arbitrariedade.

A motivação das decisões judiciais, portanto, configura-se uma garantia constitucional, versada no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem como disposto no Código de

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: biaokrause@hotmail.com
Plataforma lattes: <http://lattes.cnpq.br/1271600950826007>.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: lucas.lyra10@gmail.com
Plataforma lattes: <http://lattes.cnpq.br/4061268044152089>.

Processo Civil de 2015, art. 489, inciso II, que versa como elemento essencial da sentença a fundamentação da decisão.

Sendo assim, visto o paradigma atual e tais preocupações, é necessário que o Direito Processual, responsável pela aplicação do direito, volte suas atenções para a Fundamentação Hermenêutica e Analítica adequada das Decisões Judiciais, que tampouco é o tema do presente artigo.

Cabe a ressalva, neste artigo, que, além de consectária do Estado Democrático de Direito, a fundamentação da decisão dará, também, subvenções ao magistrado para apreciar a atuação da atividade jurisdicional prestada, concernindo ao juiz, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, analisar as razões expostas pelas partes.

Adiante, tratar-se-á do vocábulo “livre convencimento motivado” versado no Código de Processo Civil de 1973 e extirpado do Código de Processo vigente. Nesta conjuntura, assomam sucessivas concepções de tal mudança para a atividade jurisdicional.

Conforme supracitado, a fundamentação da decisão é parte constituinte da sentença, visto que o magistrado não pode deixar de justificar as decisões prolatadas, fundando sua racionalidade com base no caso concreto, nas provas apresentadas e nas convicções formadas a partir das situações de fato e de direito, dependendo desta fundamentação para a efetiva legitimação da decisão jurisdicional. Além disso, representa, também, uma efetiva garantia do Estado Democrático de Direito, visto que permite o controle da atividade jurisdicional pelas efetivas partes, bem como por qualquer cidadão, ao passo que a tal fundamentação funde-se em um raciocínio lógico argumentativo.

Destarte, o presente trabalho tem por escopo a análise da importante fundamentação da decisão judicial para o atual Estado Democrático de Direito e um traçado de um comparativo com o Código de Processo Civil 1973 e o Código de Processo vigente.

Buscou-se apresentar importantes concepções doutrinárias acerca da modificação textual dos códigos de processo civil, concernindo na extirpação do vocábulo “livremente” do art. 498 do CPC/15, correspondente ao art. 131 do CPC de 1973 que versava “o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”. Tal modificação acarreta a problematização que o presente trabalho visa elucidar: existiria ainda, no direito contemporâneo, o livre convencimento motivado?

Ademais, caberá a explanação das funções endo e extraprocessual do princípio da motivação das decisões judiciais, demonstrando sua importância como mecanismo de exercício de poder do Estado.

Contextualização histórica

Diante das noções iniciais supra apresentadas, surge a necessidade de abordar brevemente a evolução do princípio de Fundamentação das decisões judiciais no Brasil ao

longo do tempo, com o intuito de demonstrar, com maior clareza, como o contexto histórico em que se vive influencia diretamente as regras e princípios jurídicos vigentes.

Mormente, no direito português, aplicado no país no período pós-descobrimento, já existia a tradição de motivar as decisões judiciais (NERY JUNIOR, 2016, p. 325). Tal ideia fundamenta-se no próprio texto nº 66 das Ordenações Filipinas, que data de 1603. De acordo com a Lei que ordenava o Direito luso-brasileiro,

Todo Julgador, quando o feito for concluso sobre a definitiva, verá e examinará com boa diligência todo o processo, assi o libello, como a contestação, artigos, depoimentos, a elles feitos, inquirições, e as razões allegadas de huma e outra parte; e assi dê a sentença difinitiva, segundo o que achar allegado e provado de huma parte e da outra, ainda que lhe a consciência dicte outra cousa, e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito fôr provado [...] (PORTUGAL, 1451).

Não obstante a incorporá-lo à realidade brasileira, o Direito nacional manteve tal posicionamento no período pós-independência, como fica claro quando se analisa o Decreto Comercial nº 737 de 1850, que, apesar de tratar de matéria mercantil, na falta de um Código de Processo Civil brasileiro, aplicava-se às relações cíveis gerais. Analisando o art. 232 do supracitado texto legal, temos que, na sentença, o juiz deve fundamentar “com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda” (BRASIL, 1850).

Por conseguinte, já sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, percebe-se a continuidade deste ideal, de modo que, ao juiz, era determinado que “mencionasse na sentença os fatos e circunstâncias que motivaram seu convencimento (art. 118, par.ún.), bem como os fundamentos de fato e de direito em que se baseou para o julgamento da causa (art. 280, II)” (NERY JUNIOR, 2016, p. 326).

A seguir, temos o paradigmático Código de 1973. No entanto, para entender suas premissas, faz-se necessário compreender o período histórico em que este fora elaborado e promulgado.

Nesse diapasão, é importante destacar que o referido caderno processual teve por início da elaboração o ano de 1961, sendo esta função incumbida ao jurista Alfredo Buzaid, que, seguindo uma perspectiva histórica, apresentou seu projeto em janeiro de 1964, mesmo ano em que o país sofreu um golpe militar, dando início a um período ditatorial. O projeto, então, foi submetido à revisão e em 1972, através da mensagem nº 210, foi apreciado pelo Congresso Nacional, que o aprovou, promulgando-o pela Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

Torna-se válido expor que, embora tenha sido uma forma de renovar o direito processual vigente, que tinha como expoente o CPC de 1939, este não mais atendendo às características sociais da época, pode-se dizer que o Código de 1973 não rompeu com o “modelo processual” de seu antecessor. Sendo ainda influenciado pelo paradigma do Processualismo, diz-se que este pode ser considerado “um código individualista como o de antes” (DINAMARCO, 2001, p. 24-25).

Destarte, entende-se que o processo civil daquele período manteve suas características pautadas em um Estado liberal, como a eminente tecnicidade, o cientificismo e o formalismo, o que não correspondia, de todo modo, às necessidades da época. Com relação ao tema abordado neste trabalho, tem-se disposição no art. 131 da Lei nº 5.869 de 1973, que rege: “[...] o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, 1973).

A malgrado das semelhanças com as redações de textos dos cadernos anteriores tangentes ao tema, nota-se que, neste código em específico, o legislador traz no artigo supracitado o vocábulo “livremente” ao tratar da maneira como o magistrado apreciará as provas. Tal premissa ficou conhecida como princípio do Livre Convencimento Motivado do juiz, sendo considerada uma maneira de abarcar a livre convicção do togado, desde que motivada pelas provas apresentadas.

Daí já surge uma primeira discussão, uma vez que tal conceito foi e ainda é alvo de constantes críticas acerca de sua legitimidade, o que acarretou a extirpação do vocábulo “livre” do Novo Código de Processo Civil. Contudo, tal aspecto será tratado minuciosamente mais adiante neste trabalho.

Ademais, seguindo a análise sobre a fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo civil de 1973, há também, pautado no tema, em relação à extinção do processo sem julgamento de mérito, o art. 485, II, o qual garante: “São requisitos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;” (BRASIL, 1973).

Diante do exposto, percebe-se claramente a linearidade do Princípio da fundamentação ou da motivação das decisões judiciais, o que demonstra sua importância para a jurisdição e, por conseguinte, para o ordenamento jurídico, acarretando a sua posterior ratificação constitucional. Interessante, também, é notar o sentido de “garantia de justiça” atribuído a este conceito (CALAMANDREI, 2013, p. 199), visto que, fazendo-se uso desta premissa, pode-se combater possíveis abusos do juiz, assim como analisar o raciocínio do mesmo de modo a encontrar erros ou falhas que possam ter sido gerados.

Constitucionalização do processo

A constitucionalização do processo, no âmbito do Processo Civil, é ilustrada com os consagrados princípios fundamentais processuais, tendo dentre eles o direito fundamental ao devido processo legal, o que abarca o contraditório, ampla defesa, proibição de prova ilícita, juiz natural, dentre outros institutos corolários.

De tal modo, o art. 1º do Código de Processo Civil versa que: “[...] o processo civil será ordenando, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

Assim, frutifica-se o entendimento de que qualquer norma processual é construída e interpretada à luz da Constituição Federal.

Afirma-se, portanto, nas palavras de Eduardo Juan Couture que o Código de Processo Civil representa “as leis que regulamentam a garantia constitucional de justiça contida na Constituição” (EDUARDO JUAN, 1998, p. 17-67). Por conseguinte, intensificam-se os diálogos entre processualistas e constitucionalistas.

A Constituição Federal de 1988 ao incluir em seu texto diversos princípios e conceitos do direito processual, que antes não estavam expressos nesta, tais como o devido processo legal e o princípio do contraditório, por exemplo, configurou-se em uma postura mais garantista. Nessa conjectura, o princípio do contraditório, valor-fonte do processo constitucional, expressa justamente o atual Estado Democrático de Direito, este pautado em um princípio de máxima cooperação. Nesse viés, o Professor Hermes Zaneti Júnior, em sua Obra “A constitucionalização do Processo”, assevera que:

É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a “máxima da cooperação” (Kooperationsmaxima). Trata-se de “extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração”. O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia de resposta, mas como direito de influência e dever de debate (ZANETI JR., 2005, p. 265).

O processo pode ser visto como um instrumento para a tutela de direitos individuais e, também, como uma garantia de participação adequada entre das partes, possibilidade de controle da atuação do juiz, além de viabilizar a proteção dos direitos materiais. Urge, portanto, a necessidade da fundamentação das decisões judiciais, como elemento fundamental compositora da sentença, visto que, na ausência desta, a mesma será nula, como versado no art. 93º, IX, da Constituição Federal.

A importância da fundamentação da decisão decorre do indispensável esclarecimento da decisão tomada pelo magistrado, bem como suas razões para tanto, na solução de um conflito de interesses em cada caso concreto. A fundamentação valida o atual Estado Democrático de Direito, conformando os princípios e as garantias constitucionais que norteiam o processo, inclusive o próprio acesso à jurisdição.

O direito fundamental ao devido processo legal e todos os seus corolários (contraditório, ampla defesa, proibição da prova ilícita, juiz natural, etc) servem de base para outro princípio norteador do processo: o princípio da cooperação. Este, por sua vez, “consagra o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro” (DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 156).

Consagrado no art. 6º da CRFB, o modelo de cooperação apresenta-se como o mais adequado para o atual Estado Democrático de Direito, em conformidade com a Constituição. Trata-se de uma proveniente decisão judicial fruto de uma atividade jurisdicional em cooperação, com a “divisão de trabalhos”, resultado de discussões ocorridas em todo o arco procedimental, revelando a atual simetria entre as posições das partes e do magistrado.

O modelo cooperativo é, portanto, o modelo processual civil mais adequado ao regime democrático e aos princípios fundamentais processuais.

Julgamento democrático

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, em obra intitulada "Novo Curso de Processo Civil: a teoria do processo civil", explicam a decisão judicial subdivida em três momentos. Os autores, portanto, apresentam a sentença judicial composta por três partes: o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva. O relatório consiste na exposição do conflito de interesses, bem como o pedido do autor, os argumentos das partes, as provas produzidas e tudo o que caracterize como relevante para a formulação da decisão judicial. A parte dispositiva da sentença expressa a decisão em si, como por exemplo, a própria condenação. Já a fundamentação da decisão, parte que cabe explicitar no presente artigo, consiste na exposição das razões pela qual o magistrado alcançou a decisão proferida.

De tal modo, a legitimidade da decisão judicial não consiste apenas do convencimento do magistrado, mas também, na justificação racional de sua decisão, com base em cada caso concreto,

Não basta o juiz estar convencido, deve ele demonstrar as razões de seu convencimento a partir do diálogo entretido com as partes ao longo do processo, como, aliás, frisa no novo Código de Processo Civil em seus arts. 7º, 9º, 10º e 489, § 1º (MARINONI, 2015, p. 173).

Isso permite o controle da atividade jurisdicional prestada pelas partes, concernindo um julgamento democrático. A decisão, portanto, deve ser racional, sob pena de não ser intersubjetivamente controlável, e fruto do contraditório, sob pena de não ser democraticamente aceitável.

Código de Processo Civil de 2015

Promulgado pela Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil consolidou a tendência constitucionalista em voga no direito brasileiro, amparando-se e com fulcro na Constituição Federal de 1988. Trouxe disposto em seus artigos inovações relacionadas ao período constitucional em que se vive no país, alinhando-se, por consequência, ao paradigma do que o professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira irá chamar de formalismo-valorativo (ÁLVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 7-31).

Diante desta inescapável associação do Processualismo atual à ética e à manutenção do princípio da boa-fé objetiva, surgem diversos corolários. Dentre tantos, pode-se citar a técnica a serviço da justiça, assim como o contraditório substancial como valor-fonte, do qual são conseqüências o diálogo e a cooperação (ZANETTI JR., 2007, p. 194).

Já no tocante ao tema proposto, o caderno processual vigente estabelece no plano infraconstitucional a necessidade de motivar as sentenças. Nesse sentido, tem-se tangente ao tema o art. 489, que rege:

São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 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 (BRASIL, 2015).

Merece destaque, nessa senda, o inciso II do referido artigo, que estabelece os fundamentos da sentença, de acordo com o *caput*, como elementos essenciais à sentença.

Até a análise disposta, o CPC de 2015 corresponde de maneira substancial ao caderno processual antigo, garantindo a necessidade de se motivar as decisões. Contudo, urge destacar, nesse ponto, o instituído pelo parágrafo primeiro do art. 489, que expõe de forma concreta as ocasiões em que não se considera fundamentada a decisão, cabendo a pena de nulidade.

Não obstante, sem se ater especificamente a cada situação colocada, entende-se que necessita igualmente de atenção a ausência do termo “livre” no NCPC, ao passo que estava presente no Código de 1973. Deste ponto surge uma eminente discussão doutrinária: vige ou não o livre convencimento motivado no Brasil?

Da vigência ou não do livre convencimento motivado

Presente de maneira expressa no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, o vocábulo “livre” foi extirpado do caderno processual vigente, o que acarreta diferentes

posições acerca da continuidade do princípio do livre convencimento motivado no direito brasileiro.

Por um lado, alguns defendem que o princípio continua vigendo no Brasil. Para tais, o fato de não haver menção no Código à liberdade de convencimento do juiz para apreciação da prova, daí não decorre que tal conceito tenha sido extinto.

Por conseguinte, consideram que a expressa abordagem de “*standards* mínimos de motivação” no Novo Código (art. 489, § 1º) não extingue a liberdade do juiz de valoração da prova. Ademais, considera-se a diferenciação proposta por Fernando da Fonseca Gajardoni entre “autonomia na valoração da prova” e a “necessidade de adequada motivação”. De acordo com o autor, a regra do artigo supracitado relaciona-se ao segundo elemento, e não ao primeiro (GAJARDONI, 2015).

Já em outra senda, estão aqueles que acreditam na extirpação do livre convencimento motivado do direito processual civil brasileiro. De acordo com este pensamento, a ausência de previsão legal para que a valoração da prova seja livre, assim como a presença de incisos estabelecendo regras à prática da fundamentação das decisões legiferam a aclamada e positiva extinção do princípio.

Destarte, passa-se a ter maior previsibilidade no direito, uma vez que decisões díspares tecidas sobre casos semelhantes não seriam mais constantes, tendo em vista a necessidade de motivar a sentença judicial. Nesse diapasão, Lênio Streck lembra da indiscutível realidade do direito brasileiro:

Hoje, se eu tenho certeza de que vou ganhar a causa, prefiro fazer um acordo; e se eu tenho certeza que vou perder, entro em juízo, porque sempre há a chance de eu ganhar. Vá que encontro um juiz que decida conforme a consciência dele e não de acordo com a lei [...] (STRECK, 2015).

Ainda de acordo com o professor referenciado, esta nova legislação dificultaria a eminência de “decisões-surpresa” e promoveria maior previsibilidade, de modo a aproximar-se dos conceitos de coerência e integridade necessários ao direito.

Funções endo e extraprocessual da fundamentação das decisões judiciais

No campo da eficácia do princípio da fundamentação das decisões judiciais estão as funções endo e extraprocessual, que tratam do seu uso e as consequências ao ordenamento jurídico e à sociedade como um todo respectivamente.

Mormente, em relação à função endoprocessual, entende-se esta pela possibilidade de que se tenha uma análise das motivações apresentadas pelo magistrado para que estas sejam sujeitas a reformas pelos órgãos superiores. Tal qual apresenta o professor Michele Taruffo, em:

La obligación de la motivación, entonces, puede considerarse como un instrumento destinado a permitir el control de legalidad por parte de la Corte, en la medida en la que el juez se ve obligado a dar existencia, con la motivación, al dato objetivo sobre el que dicho control debe ejercerse (TARUFFO, 2006, p. 326).

Já em relação à função extraprocessual, entende-se pela consequência à sociedade da atividade jurisdicional, devendo, portanto, esta estar atenta às decisões e efetivar o direito de publicidade do processo.

Nesse ponto, percebe-se tal função como verdadeira prestação de contas do magistrado e dos demais envolvidos no processo judicial, de modo que pode ser considerada como verdadeira “*accountability*”, em relação ao modelo administrativo, fazendo uma comparação multidisciplinar voltada ao direito como objeto de estudo das ciências sociais (AZEVEDO, 2015). Tal método possibilita um controle público efetivo da atividade jurídica, sobrepujando os ditames de um processo justo.

Conclusão

A malgrado de uma análise ideológico-normativa, o presente trabalho teve por escopo analisar a garantia constitucional da fundamentação das decisões, assim como a evolução histórica do princípio e suas mudanças ao longo do tempo, pautadas estas na constitucionalização do processo, no julgamento democrático e na incidência do contraditório substancial.

Traçando um comparativo entre os Códigos de Processo Civil antigo e vigente, com fulcro em importantes concepções doutrinárias, destaca-se que a fundamentação da decisão é parte constituinte da sentença, uma vez que o magistrado não pode deixar de justificar as decisões prolatadas, representando uma garantia efetiva do Estado Democrático de Direito, o que permite o controle da atividade jurisdicional e efetiva o princípio do Contraditório como valor-fonte do direito processual pautado no formalismo-valorativo.

Ademais, ratifica-se a evolução histórica do princípio, com seu surgimento indefinido, porém, trazido ao direito brasileiro desde as ordenações filipinas, com destaque ao decreto legislativo nº 737 de 1850. Por conseguinte, tem-se sua expressa citação em todos os códigos de processo outrora vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim como no atual Código de Processo Civil de 2015.

No tocante à constitucionalização do processo, destaca-se o versado no art. 1º do Novo Código de Processo Civil, que rege que a matéria será ordenada, disciplinada e interpretada conforme os valores e normas fundamentais da Constituição. Não obstante, é importante salientar o caráter constitucional do dever de fundamentar as decisões judiciais, o que está presente no art. 93º, inciso IX, da Carta Magna brasileira, tendo o ordenamento jurídico como um todo a necessidade de adaptar-se a tal ditame.

Outrossim, característica do formalismo-valorativo e importante análise do presente artigo consiste no princípio da cooperação pautado na ausência de assimetria entre juiz e partes, consagrado no art. 6º do Código de Processo Civil, determina que os sujeitos do processo devem cooperar entre si, dividindo de forma equilibrada o trabalho por todos os seus participantes, constituindo importante princípio do direito contemporâneo.

Nesse viés, surgem sucessivas concepções da extirpação do princípio do Livre convencimento motivado, presente no CPC de 1973, contraditório em si, que não atende às exigências do Estado Democrático de Direito. Entende-se que por não haver nenhuma menção no caderno processual do vocábulo “livre”, assim como por constar, no art. 489º do mesmo código, regras para a determinação da decisão fundamentada, que tal preceito foi, de fato, extinto do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, ressalta-se a eminência da classificação acerca das funções endo e extraprocessuais, que demonstram a eficácia do princípio de fundamentação das decisões judiciais, não somente no ordenamento jurídico, mas para a sociedade como um todo.

Referências

- DINAMARCO, Candido Rangel. A reforma do código de processo civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 24-25
- CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. 9. ed. São Paulo: Clássica, p. 199.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil a teoria do processo civil. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2015, vol. I, p. 173-180.
- EDUARDO JUAN, Couture. Las garantías constitucionales dei proceso civil, In: *Estúdios de derecho-procesal civii* 3.ed. Buenos Aires: Depálma* 1998. v.-lp. 17-67.
- ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7-31
- STRECK, Lênio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. Revista Consultor Jurídico, 19 de mar. de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 05 de jun. 2016.
- AZEVEDO, Vanessa Cristina Ramos de. A função extraprocessual da decisão judicial e o novo Código de Processo Civil. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54949&seo=1>>. Acesso em: 14 out. 2018.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, vol. 1.

- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo Civil. A Virada Racional e Política do Direito Processual e a Quebra do Paradoxo Metodológico pelo CPC/2015 no Marco do Estado Democrático Constitucional*. 3. ed. Porto Alegre: 2005.
- BRASIL. Lei 13.105, de mar. de 2015. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20/09/2018.
- BRASIL. Lei 5.869, de jan. de 1973. Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20/09/2018.
- PORTUGAL. Ordenações Filipinas nº 66 de 03/04/1451 / BC - Brasil Colônia, Livro III - Ordenações Filipinas - Título - LXVI - Das Sentenças Definitivas. 1451. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209025-livro-iii-ordenacoes-filipinas-titulo-lxvi-das-sentencas-definitivas.html>>. Acesso em: 20/09/2018.
- BRASIL. Legislação Informatizada - Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850 - Publicação Original. 1850. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>>. Acesso em: 20/09/2018.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. 2015. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>>. Acesso em: 20/09/2018.
- NERY Junior, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo) / Nelson Nery Junior. – 12. Ed. ver., ampl. e atual. Com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 325.
- TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 194.

A técnica de julgamento de recursos repetitivos: uma tentativa de alcance da equidade no caso concreto e da duração razoável do processo

Beatriz Salvador de Magalhães¹

Helena Emerick Abaurre²

Victória de Oliveira Nunes³

Resumo: A técnica de julgamento de recursos repetitivos se apresenta como uma ferramenta facilitadora no julgamento de ações correspondentes à modalidade supracitada, auxiliando na menor duração temporal do litígio e atenuando a carga processual a ser julgada pelos órgãos competentes. Propõe-se a análise, por meio de pesquisa bibliográfica e documental de artigos relacionados, sobre de que maneira essa ferramenta opera no cenário jurídico brasileiro, e quais as consequências de sua adoção no ao alcance da equidade e da justiça, no que diz respeito a consideração dos componentes de cada caso concreto. Ademais, realiza-se um paralelo com o princípio da duração razoável do processo, explicitado no art. 5, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, e das discussões em nível doutrinário e legislativo sobre se o termo se refere necessariamente à busca pela rapidez do andamento do litígio, e se celeridade do julgamento é equivalente à obtenção de resultados satisfatórios para as partes envolvidas e afetadas pela ação. Além disso, busca avaliar quais os lapsos de funcionamento do sistema Judiciário nacional que deram origem à inevitabilidade da criação desse instrumento.

Palavras-chave: IRDR; Duração razoável; Equidade; Celeridade; Acesso à Justiça.

Introdução

Durante toda a existência humana o tempo foi objeto de estudos profundos multidisciplinares, seja porque rege a fonte da produtividade humana, bem como a vida, seja porque governa a percepção que se têm da realidade. Sêneca, em sua clássica maestria advocatícia, já saudava o tempo e a necessidade da sua valorização, considerando a apoderação deste como a apoderação do próprio indivíduo. O intelectual julgava que “a perda mais lastimável do tempo é a que se dá por negligência” (SÊNeca, 2011, p. 7).

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

A partir da lição do pensador romano, traça-se um paralelo sobre a influência do tempo no que tange o acesso à justiça, em especial aos requisitos que o acompanham: a razoável duração do processo e a equidade. Sendo, na lição de Marinoni, um dos maiores desafios da processualística “conciliar o direito à tempestividade da tutela jurisdicional ao tempo necessário ao amadurecimento da convicção judicial” (MARINONI, 2007, p. 11).

A partir de uma breve análise histórica, observa-se que as civilizações antigas tais como a Babilônia, Egito e Grécia não fixaram limites temporais para a solução de demandas judiciais; a tradição oral, a qual se chama direito consuetudinário, solvia com expeditismo as controvérsias que requerem a apreciação dos poderes superiores (LOPES, 2002, p. 288). O direito romano surge, assim, como a primeira organização legislativa a providenciar regras nesta seara, todavia, foi somente em 1215, com o advento da Magna Carta das Liberdades, em seu artigo 40º que se legislou de modo concreto a partir dos dizeres: *to no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice*.

Não obstante, o direito a razoabilidade temporal dos processos apresenta-se de forma subsidiária ou indireta, não autônoma. A autonomia deste direito fundamental teve a sua maior expressão no ordenamento jurídico brasileiro com a Emenda 45 de 2004, e, posteriormente, com a sua consagração infraconstitucional no Código de Processo Civil de 2015.

Da mesma forma que o direito em voga foi enaltecido, paulatinamente, alguns instrumentos importantes foram aderidos pela conjuntura legal brasileira, entre eles destacam-se as modalidades de resolução de recursos repetitivos, que surgem com o objetivo de ampliar a capacidade operacional do Poder Judiciário, por vias que visam promover a celeridade na resolução dos processos por meio da uniformidade do julgamento.

Nesse sentido são levantados questionamentos se essa celeridade é equivalente à obtenção de resultados satisfatórios para as partes envolvidas, isto é, ao alcance da equidade, pois inicialmente se pensa que da mesma forma que é exaltado na doutrina o processo sem dilações indevidas, no caso dos julgamento de recursos repetitivos defendemos que se deve ter cuidado com “adiantamentos” indevidos, caso contrário, correr-se-á o risco de se comprometer a justiça e a equidade no seu sentido mais basilar proferido por Ulpiano que é o de dar a cada um o que é seu.

Da duração razoável do processo

Processo e constituição

O formalismo-valorativo apresenta-se como a atual fase metodológica do Direito processual, inserindo-se no contexto do advento do Estado Constitucional, o qual, por sua vez, caracteriza-se pela grande preocupação com o reconhecimento da força normativa da Constituição e com a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo reaparece como “fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o

poder político, estabelecendo todas as regras normativas a partir das quais o Estado pode agir” (ABBOUD, 2016, p. 47). Igualmente, o processo passou a ser compreendido e examinado pelo viés do formalismo-valorativo, considerada a atual fase metodológica do Direito processual, na qual este é inserido em uma perspectiva notadamente constitucional, apresentando-se como meio para o exercício de uma jurisdição progressivamente mais democrática e acessível.

Sob essa lógica, a doutrina tem se mostrado cada vez mais enfática ao concluir que o processo não é um fim em si mesmo, contrariando, portanto, todo o pensamento processualista, cuja preocupação em garantir rigor e confiabilidade à ciência do processo acabou por desvinculá-lo totalmente dos escopos políticos, sociais e culturais que este compreende. Nesse contexto, cabe ressaltar a importante quebra de paradigmas que a Constituição de 1988 representou, sendo reconhecidamente a mais fértil na apresentação de princípios inerentes ao processo, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (ROSAS, 1997, p. 27).

É a partir dessa perspectiva principialista que o presente artigo se propõe a analisar as origens, o conteúdo e as formas de se garantir a efetivação de um dos princípios constitucionais mais expressivos do Direito processual, o da duração razoável do processo, tendo em vista a sua relação com a Constituição, os demais direitos fundamentais e as novas técnicas processuais que buscam a sua concretização, tal como estabelece o Novo Código de Processo Civil.

A duração razoável do processo no ordenamento jurídico brasileiro

A lentidão da prestação jurisdicional está bem longe de figurar como um fenômeno inerente aos tempos atuais e à Justiça brasileira, despontando como um dos problemas que mais costumam afligir àqueles que acionam a tutela jurisdicional do Estado para a efetivação e o reconhecimento de seus direitos.

Dentre as principais causas para a morosidade do trâmite processual no Brasil, estão o desaparecimento dos órgãos jurisdicionais de primeira instância (incluindo a carência de juízes e de funcionários qualificados) e a elevada carga processual do Poder Judiciário, que sofreu significativo aumento após os movimentos pela garantia do acesso à justiça, princípio corporificado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV. É importante destacar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição compreende não só o acesso a uma ordem jurídica justa, mas também a uma justiça eficaz, isto é, que seja capaz de “dar a cada um o que é seu” em um prazo razoável, mediante um processo sem dilações indevidas.

O princípio da duração razoável do processo foi inicialmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro quando o país se tornou signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que o prevê em seu artigo 8º, inciso I. Como a Constituição de 1988 permitiu que determinados tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos adquirissem hierarquia de norma constitucional, o direito à decisão judicial em prazo razoável, decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, adentrou finalmente o rol das garantias

constitucionais (PIOVESAN, 2000, p. 79-80). Por sua vez, a EC nº 45/2004 buscou reformar constitucionalmente o Poder Judiciário, inaugurando uma série de mudanças no sistema jurídico nacional, dentre as quais destaca-se a inclusão da garantia à duração razoável do processo nos âmbitos judicial e administrativo, mediante a incorporação do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição.

Nesse diapasão, o Novo Código de Processo Civil cumpriu a promessa constitucional e ratificou tal princípio, afirmando que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º, CPC/2015). A novidade atinente ao dispositivo constitucional é a inclusão expressa da atividade executiva dentre aquelas que merecem transcorrer sem dilações indevidas, afinal a “duração razoável” não pode ser alcançada sem que haja a tutela efetiva do direito material controvertido, não bastando que o pedido do autor seja julgado procedente pelo juiz (NEVES, 2016, p. 15).

Por sua vez, o maior entrave para a efetivação e a concretização desse princípio encontra-se na própria natureza indeterminada de seu conteúdo. Apesar de existirem critérios para se determinar se a duração do trâmite processual é satisfatória ou não, como a observância da complexidade do assunto, do comportamento das partes (e de seus procuradores) e da atuação do órgão jurisdicional, é importante destacar que tais parâmetros não são exatamente precisos quando se consideram as particularidades e as complexidades do caso concreto (DIDIER JR., 2018, p. 123-124).

Igualmente, quando se analisa o termo “duração razoável”, verifica-se que este não mantém necessária conexão com a noção de celeridade processual, corroborando a visão sustentada por Fredie Didier Jr., quando este afirma que: “Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional” (2018, p. 123-124).

Nesse sentido, Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que é preciso analisar se o tempo utilizado pelo processo para prestar a tutela jurisdicional do direito material é proporcional ou não, isto é, se a relação entre meio (duração do processo) e fim (tutela do direito) é condizente à especificidade do caso (2016, p. 798). Vale lembrar ainda que o direito fundamental ao devido processo compreende muito mais do que a simples observância dos atos obrigatórios, exigindo respeito ao contraditório, aos direitos inerentes à produção de provas e aos recursos (DIDIER JR., 2018, p. 125).

O CPC de 2015, além de ratificar o princípio da duração razoável do processo, buscou estabelecer novos institutos para garantir a celeridade processual e a diminuição do número de processos que tramitam no Poder Judiciário. Nessa perspectiva, foram incorporadas técnicas processuais que permitem não só a maior racionalização da justiça e a economia de recursos, mas também a garantia da unidade do direito, como a justiça multiportas, os precedentes, os casos repetitivos e as ações coletivas (ZANETI JR., 2018, p. 3). Nessa conjuntura, é imprescindível destacar que não há, na doutrina, consenso acerca da relação entre o efeito vinculante e a quantidade de processos, isto é, se o Novo Código de Processo Civil foi capaz de entregar exatamente aquilo que se propôs, ou se a busca pela tão almejada

celeridade processual acabou por comprometer a interpretação jurídica e a análise qualitativa da prestação jurisdicional.

Da técnica de julgamento de recursos repetitivos

As influências estrangeiras: 'class actions', 'verbandssklagem' e 'musterverfahren'

O modelo de ações coletivas nos Estados Unidos, assim denominadas *class actions*, foi resultado de uma intensa construção cultural e jurídica sofrida tanto pela sua antiga metrópole, a Inglaterra, quanto a do próprio país, em seus estágios de desenvolvimento colonial e republicano. A construção de seu ordenamento, como um todo, ergueu-se sobre diversos pilares além dos supracitados, tais como o social e o econômico. Uma das principais raízes que, posteriormente, gerou frutos relacionados às ações coletivas, foi o modelo produtivo que vigorava em território britânico por volta dos anos 1300: o feudalismo. É de suma importância mencionar, também, que o princípio da duração razoável do processo provém das mesmas origens: ambos são instrumentos e ferramentas processuais oriundos da tradição jurídica anglo-saxônica que, posteriormente, refletiu em todo o globo.

Na Idade Média, as classes sociais eram estamentais, ou seja, não havia a possibilidade de mobilidade do sujeito entre elas. Ademais, era costumeira a associação do indivíduo com o seu local de origem, resultando na manutenção perpétua de seus laços com esse lugar. Sendo assim, o ser humano durante toda a vida seria identificado como pertencente à determinado agrupamento. Sendo assim, quando era necessária a judicialização de algum fato do plano real, os membros de determinado grupo eram responsabilizados pelas ações do culpado por elas, respondendo todos em cunho coletivo. Esse fator trouxe, a opção pelo sistema *opt out* das *class actions* americanas. Porém, essa é uma discussão fora do corte metodológico proposto, abordada unicamente a título informativo.

Toda essa tradição foi exportada para os Estados Unidos e, posteriormente, consolidada na forma da *Rule 23*, a responsável por regular e normatizar em âmbito jurídico as *class actions* nas suas configurações atuais, embora seja um equívoco não considerar o fato de que ela foi resultado de contínua construção moderna e contemporânea, buscando atender às necessidades temporais de cada tempo histórico. A *Rule 23*, no momento presente, prescreve os requisitos básicos para a *class action*, como exposto na obra de Juliana Provedel Cardoso:

(1) O grupo for tão numeroso que torna impraticável o litisconsórcio de todos os membros (*numerosity*); (2) Deverá haver questões de direito ou de fato comuns ao grupo (*commonality*); (3) Os pedidos ou defesas do representante forem típicos dos pedidos e defesas do grupo (*typicality*); (4) O representante protegerá adequadamente os interesses do grupo (*adequacy of representation*) (PROVEDEL, 2018, p. 26-27).

A técnica também se divide em três modalidades: a primeira hipótese corresponde aos casos nos quais a decisão jurídica isolada e dissonante poderia gerar riscos à conduta da parte contrária e também a dos outros litigantes. A segunda, a casos nos quais o requerido agiu de forma contrária aos interesses dos requerentes pelo mesmo motivo, aplicável a todo o grupo (geralmente racial, sexual, etc.). Ambas têm viés declaratório/injuntivo. Por fim, a terceira, a casos nos quais as necessidades comuns do grupo são colocadas como acima das individuais, mostrando que a *class action* é a melhor maneira de resolução do conflito. Essa, por sua vez, tem viés indenizatório (PROVEDEL, 2018).

No que lhe concerne, a espécie de ações coletivas presente no cenário jurídico alemão são as chamadas *Verbandsklage* (em tradução livre, "ações associativas"), instrumentos de tutela de direito do referido gênero, idôneas e legitimadas para a realização dessa tarefa. Procuram, principalmente, abrigar pedidos declaratórios e mandamentais. Há também a ferramenta do *Musterverfahren* (em tradução livre, "procedimento-modelo") criado, primordialmente, para servir ao mercado de capitais. Nas palavras da autora previamente supracitada, o *Musterverfahren* mostra-se como uma possibilidade de "formar uma decisão coletiva acerca das questões comuns extraídas dos litígios individuais, com a seleção e o julgamento do caso-modelo, que servirá como paradigma para os demais processos individuais" (PROVEDEL, 2018, p. 26-27). Primeiramente, é feita a instauração do caso, com suas respectivas especificações. Para que ela seja aceita nos requisitos da técnica, deve ser mostrado que o caso tem potencial de impacto no julgamento de outros semelhantes. É escolhido, então, um representante para os litigantes de cada uma das partes, e a tramitação de todos os outros casos são suspensos a fim de esperar o desfecho do caso-modelo, que também influenciará na atuação do ordenamento em relação a casos futuros.

Ambos os modelos são os principais influenciadores na trajetória jurídica brasileira em busca de uma proposta adequada para atender às necessidades do Judiciário em relação aos casos coletivos e repetitivos.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (irdr)

O Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15) instaurou, em seu art. 928, inciso I, a decisão proferida por IRDR como julgamento de casos repetitivos, um aspecto carente no Código de Processo Civil anterior, de 1973, sendo previamente tutelado apenas pelos microssistemas existentes na época, uma alternativa adotada para suprir essa insuficiência processual.

O capítulo VIII do referido novo código dedica-se à prescrição de como se deve dar a técnica do IRDR, nos artigos 976 a 987. No primeiro deles, são estabelecidos os requisitos para a sua realização, são eles a "I- efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito"; e o "II- risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (BRASIL, 2015, arts. 976-987).

Os requisitos para a utilização da técnica são cumulativos, sendo ela adequada para tutelar questões de direito. O IRDR se enquadra na categoria de incidente processual, ou seja, não corresponde a uma nova ação, mas sim a algo que incide sobre uma já existente. Sendo assim, não tem caráter preventivo. Sua utilização consiste, basicamente, ao julgamento de um caso (denominado “caso-piloto”, apesar de haver controvérsia sobre o uso do termo) e, a partir do desfecho obtido, proporcionar a criação de um precedente vinculante que atue sobre outras unidades processuais dentro dos limites da jurisdição do tribunal da causa-piloto. Ela, inclusive, tem preferência de julgamento, sendo que este deve ser realizado no prazo máximo de um ano, como previsto no art. 980.

Por dedução, é possível concluir a necessidade da existência de decisões conflitantes, que configura o enquadramento no inciso II do artigo 976, supramencionado. Não estando presente esse fator, não haveria porque requisitar uma pacificação do entendimento e da jurisprudência, pois não haveria risco à isonomia ou à segurança jurídica.

O art. 977, por sua vez, trata da legitimidade do pedido de instauração de incidente, que deve ser feito ao presidente do tribunal em questão, podendo ser feito pelo juiz, relator (ambos em ofício), pelas partes, Ministério Público ou Defensoria Pública (os três por meio de petição). Em sequência, o art. 978 prega que o julgamento será feito ao órgão responsável por estabelecer a jurisprudência daquele determinado tribunal.

Uma vez admitida a existência dos requisitos para o enquadramento do caso na técnica do IRDR, o art. 982 prevê que o relator responsável deve suspender o julgamento dos processos pendentes sobre a matéria discutida, sejam eles individuais ou coletivos, que tramitam no território correspondente à jurisprudência do tribunal. De acordo com a perspectiva de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., os casos-piloto dos IRDR devem ser preferencialmente coletivos, pois:

[...] A característica de indivisibilidade do grupo, decorrente do litígio global [...] e a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, são essenciais ao julgamento do incidente neste caso. Muito embora exista uma concomitância de situações jurídicas distintas, há uma predominância da tutela coletiva (DIDIER, ZANETI, 2016, p. 4).

Caso seja preciso a reunião de informações adicionais sobre os litígios, há um prazo de 15 dias para fazê-lo. Também se exige a intimação do Ministério Público, no mesmo prazo, independente de qual seja a natureza do processo, para que a referida instituição avalie se é necessária sua própria manifestação ou não.

Ultrapassadas as etapas instrucionais do pré-julgamento, cujas especificidades não cabem no debate aqui proposto, é julgada, finalmente, a tese jurídica a ser aplicada. Como ilustrado no art. 985, ela será aplicada aos processos de matéria análoga à debatida que tramitem na mesma zona de jurisdição do tribunal que originou a causa-piloto. Também será empregada em casos futuros que versem sobre o assunto. De acordo com o art. 986, a revisão da tese adotada será feita no mesmo tribunal, pelas entidades legitimadas já expostas.

A partir do artigo e à luz da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, podem ser identificados os três valores cuja proteção é buscada pela inclusão da técnica no ordenamento jurídico atual: a economia processual, a coerência e o contraditório (MARINONI, 2016, p. 2174). O IRDR é, essencialmente, uma forma alternativa de “desafogamento” do Poder Judiciário no que tange ao julgamento de casos em série que englobam a mesma pauta, e que tenta garantir que o resultado dessa parcela de litígios corresponda ao princípio da equidade, produzindo julgados coesos entre si.

Juntamente com a categoria dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, ambos são espécies do gênero “julgamento de casos repetitivos”. Pelo fato de serem regramentos comunicáveis entre si, formam um microsistema que torna possível a busca em uma das espécies por uma analogia que cubra uma deficiência existente na outra. Na definição do jurista Alexandre Freitas Câmara, o IRDR é definido como:

[...] incidente processual destinado a, através do julgamento de um caso piloto, estabelecer um precedente de eficácia vinculante capaz de fazer com que casos idênticos recebam, dentro dos limites da competência territorial do tribunal, soluções idênticas sem com isso esbarrar nos entraves típicos do processo coletivo (CÂMARA, 2015, p. 559).

No marco teórico estabelecido pelo jurista baiano Fredie Didier Jr., o IRDR sofre um equívoco de nomenclatura. Em sua visão, a técnica, na prática, visa a resolução de questões repetitivas, e não de demandas. Se determinada questão de direito for recorrente em diversos processos litigiosos, ela permite a suscitação do estabelecimento por uma conduta uniforme. O grande revés encontra-se no fato de que a mesma questão pode estar presente em casos que não são substancialmente similares no grau supostamente desejado. Ou seja, a técnica não se destina, necessariamente, às demandas propriamente ditas. Toda a teoria relativa ao IRDR funda-se no pressuposto de que os processos por ela tutelados obedecem a esse pré-requisito, o que não se mostra verídico em todas as situações no plano fático. Além disso, há dissonância em relação à obrigatoriedade na formação de precedentes vinculantes (seria firmada, pois, uma tese, que não necessariamente deve virar um precedente dessa natureza, uma vez que esse deve obedecer a certos critérios formais), tal qual colocado por Alexandre Freitas Câmara, assim explicitado em concordância com Hermes Zaneti Jr.:

O julgamento de casos repetitivos tem alguns propósitos: (a) definir a solução uniforme a uma questão de direito que se repete em processos pendentes, permitindo o julgamento imediato de todos eles em um mesmo sentido; (b) eventualmente, uma vez observadas as exigências formais do sistema de precedentes brasileiros (como, por exemplo, a obtenção de maioria sobre determinado fundamento determinante), produzir precedente obrigatório a ser seguido em processos futuros, em que essa questão volte a aparecer (DIDIER, ZANETI, 2016, p. 3).

Ainda obedecendo a essa perspectiva, o IRDR tem natureza híbrida, pois serve a dois propósitos primordiais: a formação de precedentes de viés vinculante sobre a questão de

direito repetitiva, quando obedecidos os critérios legais para tal, e a de gestão de casos semelhantes em determinado grau, administrando também os pendentes, que seguirão o exemplo do modelo julgado, uma vez fixada a tese. Porém, a celeridade por ele buscada talvez não seja correspondente a obtenção de um resultado dotado de equidade, tendo em vista as observações e ressalvas apontadas por Fredie Didier Jr., em sua obra como um todo, e outros juristas de viés doutrinário semelhante, como Hermes Zaneti Jr.

Dos possíveis efeitos da técnica no alcance da equidade e da duração razoável do processo

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) representou uma solução há muito buscada para que questões semelhantes, que repetitivamente demandam esforços, por vezes, dispendiosos, obtivessem um padrão de julgamento que provesse coesão e segurança jurídica a resolução desta modalidade de ações, por meio de um regime de tratamento uniforme.

Ao analisar a adoção do IRDR pelos tribunais, por meio de uma visão otimista é verifica-se que o instrumento veio com o objetivo de otimizar a capacidade operacional destes, ao possibilitar a tramitação mais célere dos processos. Ótica essa frontalmente diversa daquela defendida por Marcelo Abelha, haja vista que, a técnica de julgamento de recursos repetitivos não deve ser analisada de modo isolado, observando somente os benefícios que, em sua ideia inicial, visa proporcionar ao Poder Judiciário brasileiro, por meio da tutela célere dos direitos que compõem causas reiteradas idênticas.

Afinal, o mesmo dispositivo legal que trouxe o IRDR como uma inovação necessária, consagrou princípios constitucionais que devem balizar as fases do processo, entre os quais, no presente trabalho se dá maior destaque a razoável duração do processo e a equidade. Estes princípios, dizem respeito, em poucas palavras, ao direito das partes de obter em prazo razoável a solução integral do processo e a adequação da norma ao caso concreto pelo que se considera justo, respectivamente. Considerando a constitucionalização do processo, tem-se, na lição de Zaneti Jr., que o Código de Processo Civil “não é nada menos que as leis que regulamentam a garantia constitucional de justiça contida na Constituição” (ZANETI JR., 2014, p. 7), desta forma, o IRDR deve ser aplicado em conformidade com as garantias constitucionais previstas no Novo Código.

No que tange à razoável duração do processo, observa-se que o incidente traz uma proposta de celeridade e de economia processual, contudo, é preciso esclarecer a relação daquele direito fundamental e estes benefícios. É inegável que existe correspondência entre a razoável duração do processo e a celeridade. Entretanto, de modo algum são sinônimos, uma vez que a duração razoável do processo não compreende a celeridade da tutela, senão a duração temporal adequada à natureza da relação jurídica de direito material, isto é, a tutela tempestiva. A celeridade, por sua vez diz respeito à disposição de meios para que o processo não sofra dilações indevidas, tramitando em seu curso natural, para que, uma vez garantidos

meios céleres que primam pela ausência da mora, haja a possibilidade de a duração razoável do processo ser atingida. Dessa feita, a celeridade deve estar em harmonia com os outros componentes do devido processo legal.

Ainda que se tenha como referencial no Estado Democrático Constitucional o paradigma do formalismo valorativo, uma vez pontualmente retornando a concepção de processo como instrumento, inerente ao instrumentalismo e, por sua vez, ao Estado Social, é clara a necessidade de proporção entre os meios empregados e os fins que se deseja alcançar, isto é, o equilíbrio do binômio custo-benefício, por meio do qual se concretiza o princípio da economia. Este princípio tem como corolários o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

A ferramenta do IRDR, nesse contexto, serve aos princípios da celeridade e da economia processual, dado que propicia a entrega da prestação jurisdicional em um menor decurso temporal – em comparação àquela obtida pela via do procedimento comum – bem como o julgamento único de demandas de igual questão de direito, as quais outrora, sem o advento do incidente, seriam analisadas individualmente. Percebe-se, ainda, que o instrumento segue o dever de uniformização de jurisprudência - conforme estabelecido pelo Artigo 926 do diploma de 2015, devendo os tribunais “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015) - haja vista que incide necessariamente sobre casos nos quais há risco de controvérsia no julgamento de demandas igualitárias, evitando, assim, a existência de decisões conflitantes. Desta feita, constata-se que a ferramenta do IRDR comporta-se em consonância com os ditames da segurança jurídica, que por sua vez tem como pilares a continuidade e a unidade do direito, de acordo com a lição de magistério de Zaneti Jr.

Não obstante, conforme já exposto *supra*, a observância da celeridade, da economia processual e do dever de uniformização da jurisprudência não necessariamente correspondem ao alcance da razoável duração do processo nem da equidade no caso concreto. Surge, pois, o questionamento de como é auferida então a razoabilidade, visto que a palavra razoável se comporta como termo impreciso de cláusula geral, acometido pelos vícios de linguagem da ambiguidade e da vagueza. Destarte, é preciso esclarecer que não se trata apenas de uma questão temporal, tese expressa pelo julgamento do Ministro Eros Grau no Habeas Corpus 97.461-9.

No entender do magistrado, aqui compartilhado, o excesso de prazo não resulta de simples operação aritmética. Complexidade do processo, retardamento justificado, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não razoável o prazo. Ademais, a nível doutrinário, utiliza-se a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, segundo a qual ainda devem ser observados a complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo e a atuação do órgão jurisdicional. Na lição de Fredie Didier Jr, no Brasil ainda deve-se analisar a estrutura do órgão judiciário (2015, p. 123).

Nesse sentido, o juiz não deve se ater ao julgamento mais célere o possível de modo indiferente à relação jurídica de direito material. Pelo contrário, deve decidir de maneira que os princípios inerentes ao modelo de processo constitucional sejam aplicados em harmonia e de forma conjunta, e não uns em detrimentos de outros. Nas palavras de Coutinho, a razoável duração do processo é o equilíbrio entre a pressa e a lentidão; é o tempo devido para “o desenvolvimento de um processo compatível com a moldura estabelecida constitucionalmente” (COUTINHO, 2014, p. 13).

Transpondo as assertivas para o campo de aplicação do IRDR, extrai-se, a partir da produção do estudioso, que é preciso ter cautela com os procedimentos que promovem a celeridade. Estes, apesar de ágeis e econômicos, por vezes não se mostram aptos a atingir a sua finalidade principal, que é a tutela dos direitos e das pessoas, na medida em que não são capazes de assegurar todos os desdobramentos do devido processo legal e o alcance da equidade no caso concreto. Operam de modo a privilegiar a celeridade, por vezes olvidando que só é possível dizer que o processo foi transcorrido em tempo razoável se o objetivo das partes envolvidas foi tutelado e a decisão judicial foi promotora da equidade, considerando as circunstâncias de cada litígio, ainda que seja matéria de direito semelhante. É preciso, assim, redobrar a atenção para que a eficiência quantitativa do Poder Judiciário não seja privilegiada às custas de sua eficiência qualitativa.

A partir da conjugação das ideias expostas, cumpre ainda observar o concernente à referida eficiência quantitativa oriunda das técnicas processuais. Análises específicas acerca do efeito vinculante de técnicas que compartilham a matriz do IRDR, - especificamente a repercussão geral - comprovam que não houve a redução da quantidade de processos submetidos ao julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Assim, sendo em “nada assegurado ao jurisdicionado que a possível diminuição de processos reflita na melhora da qualidade jurisdicional, uma vez que, com o advento da repercussão geral e com o incremento de pronunciamentos dotados de efeito vinculante, cada vez mais os recursos particulares são improvidos em virtude da deficiência em sua admissibilidade” (ABBOUD, 2016, p. 699).

Nesse contexto, portanto, os novos instrumentos que visam reduzir a carga processual, na medida em que impedem o acesso do litigante às Cortes Superiores, se configuram como uma possível ameaça ao acesso à justiça, caso sejam aplicados em dissonância com os princípios do modelo de processo constitucional que se conquistou no Estado Constitucional de Direito, tais quais a duração razoável do processo e a equidade.

Considerações finais

O presente estudo procurou refletir sobre o princípio da duração razoável do processo à luz da Constituição de 1988 e do Novo Código de Processo Civil, que introduziram técnicas processuais de litigiosidade de massa para a efetivação desse mandamento constitucional. A hipótese deste trabalho recaiu sobre a relação entre o tempo (eficiência quantitativa) e a adequação da tutela

jurisdicional (eficiência qualitativa), quando se considera o uso de mecanismos como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os casos repetitivos.

A partir dessa análise, conclui-se que, apesar da propaganda constante associada à aprovação do novo CPC, em que se exaltavam a celeridade processual e a diminuição da carga processual do Judiciário como resultados da adoção desses mecanismos, não há nada que garanta concretamente tais objetivos, uma vez que as técnicas de litigiosidade de massa podem oferecer riscos para o alcance da justiça e da equidade no caso concreto, considerando-se as especificidades inerentes a cada situação litigiosa. Posto isso, depreende-se que a duração do processo não deve ser avaliada com base exclusivamente no tempo cronológico, mas sim no tempo devido para o desenvolvimento de um processo compatível com o novo paradigma constitucional do direito, o que demanda um uso racional dessas técnicas, evitando-se que elas sejam empregadas levemente, isto é, apenas para fins de diminuição da carga processual dos tribunais.

Referências

- ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARIZA, Eduardo Trujillo. El Plazo Razonable: análisis interpretativo del criterio usado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos em el caso Valle Jaramillo vs. Colombia. *Una Voz Pro Persona*, Año 1, No. 2, Octubre 2013-Marzo 2014, p. 40-50. Disponível em: <https://cdigital.uv.mx/handle/123456789/36386>. Acesso em 07 out. 2018.
- BRASIL. Emenda Constitucional no 45, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União, 31 dez. 2004.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: em 07 out. 2018.
- _____. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José). Brasília, nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: em 07 out. 2018.
- _____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 07 out. 2018.
- _____. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 mar. 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

- CAPPELLETI, Mauro; BRYANT, Garth. Acesso à justiça. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. 1. ed. Salvador: JusPODIVM.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19. ed. Editora Malheiros, 2003.
- COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Duração razoável: o tempo (kairológico) do devido processo constitucional. 2014. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. rev., atual. e ampl., Salvador: JusPodivm, 2018, vol. 1.
- _____. TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. Disponível em: <https://www.academia.edu/28460084/A_DECIS%C3%83O_DE_ORGANIZA%C3%87%C3%83O_DO_INCIDENTE_DE_RESOLU%C3%87%C3%83O_DE_DEMANDAS_REPETITIVAS_IMPORT%C3%82NCIA_CONTE%C3%9ADO_E_O_PAPEL_DO_REGIMENTO_INTERNO_DO_TRIBUNAL>. Acesso em: 7 de out. de 2018.
- JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. – 2. ed., rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- LOPES, Dimas Ferreira. Celeridade do processo como garantia constitucional: estudo histórico-comparativo: constituições brasileira e espanhola. In: FIUZA, César (Org.). Direito processual na história. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Teoria do Processo Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, vol. 1.
- MARINONI, Luís Guilherme. Comentários aos arts. 926 a 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et.al. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. Novo CPC – Inovações, Alterações e Supressões Comentadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.
- ROSAS, Roberto. Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil. 2. ed. Editora Revista dos Tribunais.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SÊNECA. Sobre os enganos do mundo. Revisão e tradução de Mariana Sérvulo da Cunha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

STF. HABEAS CORPUS. HC 97.461-9 RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 01/07/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598739>>. Acesso em 7 de out. de 2018.

YEAZELL, Stephen C. From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action New Haven and London. Yale University Press. 1987.

ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre o processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. 7. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

A jurisdição voluntária na justiça do trabalho e a quitação geral: aspectos da reforma trabalhista

Eduardo Vidal Xavier¹

Resumo: A Lei n. 13.467/2017 criou um capítulo na CLT que disciplina a chamada “Jurisdição Voluntária” (Capítulo III-A, artigos 855-B a 855-E). Com ela, a Justiça do Trabalho passa a homologar rescisões de contrato de trabalho, a partir da aprovação conjunta dos interessados (trabalhador e empregador). Mas a questão a ser discutida é saber se essa homologação pode validar declaração do empregado que confere quitação geral ao contrato de trabalho. Para se conhecer os limites dessa homologação, serão estudados os institutos da Jurisdição Voluntária e da Quitação, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A questão ganha relevo a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 590.415/SC, que validou a cláusula de quitação geral. No processo citado, o tema foi tratado à luz da existência de acordo coletivo que validava a cláusula de quitação geral, quando o empregado aderiu ao Plano de Demissão Voluntária (PDVI). A participação do sindicato, por meio do acordo coletivo, supria a assimetria de forças entre capital e trabalho conferindo validade à quitação. Agora, é preciso saber se a declaração de quitação geral do contrato de trabalho, no plano exclusivamente individual (sem intervenção do sindicato), poderá ser submetida a um Juiz do Trabalho e se terá validade. Como marco teórico, será utilizada a Constituição Federal e o tratamento que é dado ao Direito do Trabalho, bem como a Consolidação das Leis do Trabalho e sua recente alteração, denominada “Reforma Trabalhista”. Além disso, será feita a análise da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de se verificar se no plano individual, o alcance da quitação fornecida pelo empregado, ainda que validado por um Juiz do Trabalho, terá validade jurídica.

Palavras-chave: Jurisdição; Voluntária; Quitação; Contrato; Trabalho.

Introdução

A Lei 13467/2017 criou um capítulo na CLT que disciplina a chamada “Jurisdição Voluntária” (Capítulo III-A, artigos 855-B a 855-E). Pela nova normatização a Justiça do Trabalho passa a homologar acordos extrajudiciais, a partir da aprovação conjunta dos interessados (empregado e empregador).

¹ Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF/DF.

Mas qual o alcance dessa sentença que homologa os acordos? É possível, por exemplo, homologar um acordo em que o empregado, em troca de compensação financeira, confere quitação geral e irrestrita ao contrato de trabalho?

Para responder tais questionamentos é imperioso compreender o instituto da jurisdição voluntária, bem como analisar o tema à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida no RE 590.415/SC, que em sede de repercussão geral, reconheceu válida a quitação fornecida pelo empregado que adere ao Plano de Demissão Voluntária (PDV), instituído por acordo coletivo da categoria.

Inicialmente, impõe-se destacar que a Justiça do Trabalho, como regra geral, não admitia a homologação de acordos firmados extrajudicialmente. O que havia, de modo diverso, era a previsão do §3º do art. 477 da CLT, hoje revogado, que encarregava o Ministério Público ou Defensores Públicos, da homologação das rescisões dos contratos de trabalho quando, na localidade, não houvesse sindicatos ou a autoridade do Ministério do Trabalho aptos a realizar o ato.

Aqui, o destaque ao § 3.º do art. 477 se mostra necessário para deixar assentado que mesmo antes da chamada “Reforma Trabalhista”, não havia previsão legal para qualquer tipo de “acordo extrajudicial”. O ato formal o qual aludia a lei trabalhista, fazia referência a homologações, cujos efeitos e o alcance (então realizados extrajudicialmente), se restringiam aos valores e parcelas do Termo de Rescisão. Nada mais. Até mesmo nas homologações realizadas no âmbito da entidade sindical, a quitação fornecida pelo empregado se limitava aos termos e valores da rescisão. Tal entendimento, inclusive, foi consolidado por meio da Súmula 330 do TST que estabelecia:

QUITAÇÃO. VALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

Apesar da limitação legal, Mauro Schiavi (2017, p. 65) identifica situações excepcionais em que se admitia o procedimento de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho, dentre os quais podemos citar “[...] os requerimentos de alvarás judiciais para saque do FGTS, e também a homologação de pedidos de demissão de empregados estáveis, conforme dispõe o art. 500 da CLT”.

Ou seja, considerando a que vontade individual do trabalhador é sabidamente mitigada no âmbito do Direito do Trabalho, haja vista a prevalência de princípios protetivos do

trabalhador, não se admitia acordo extrajudicial individual no âmbito da Justiça, muito embora, como citado acima, admitir-se-ia, em raras ocasiões, a chamada “jurisdição voluntária”.

No Processo Civil Brasileiro, por outro lado, a autonomia individual é maior, e por consequência, a jurisdição voluntária é admitida sem maiores questionamentos. Até por isso, a hipótese de homologação do acordo extrajudicial (implementada por meio da Lei 11.232/2005), foi incluída por meio do artigo art. 475-N, V, do CPC que: “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [...] V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente” (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

O referido dispositivo, contudo, foi objeto de críticas, como a do professor Antônio Cláudio da Costa Machado (2006, p. 891) no sentido de que seria um retrocesso para a desburocratização do Judiciário.

De todas as novidades trazidas pela Lei n. 11.232/2005, que instituiu a Reforma da Execução, nenhuma delas parece mais comprometedor ou perigosa para o exercício da jurisdição civil, nestes tempos de crise em que vivemos, do que a estampada no presente inc. V. Se todo o propósito reformista sempre esteve ligado à ideia de facilitação e agilização dos procedimentos executivos e, com isso, à desburocratização da atividade judiciária para propiciar mais rendimento, não se compreende como uma previsão normativa como esta, que parece criar uma nova forma de acesso à Justiça voltada exclusivamente à perseguição de chancelas para acordos extrajudiciais, possa ter surgido no bojo de uma Reforma bem intencionada. Escancarar as portas do Judiciário para a atividade homologatória irrestrita de avenças extrajudiciais, parece-nos um retrocesso enorme.

[...] Frente à tamanha perplexidade, o que nos parece é que a homologação pelo Judiciário de “acordo extrajudicial, de qualquer natureza”, só pode ser compreendida como uma providência excepcional e extraordinária, dada a gama de outras possibilidades colocadas à disposição dos particulares. Se não for assim e poderemos assistir, de uma hora para outra, a uma enxurrada de requerimentos de homologação, apenas em razão da força jurídica maior que o título judicial possui. Talvez, devemos pensar aqui, em nome dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade - que para muitos integram o próprio devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) - e dos princípios da instrumentalidade do processo e das formas, que a solicitação ao Judiciário de homologação de acordo extrajudicial só tem cabimento se os interessados demonstrarem, alternativamente: a) a extraordinária importância jurídica, social ou econômica do acordo a ser homologado: ou b) a impossibilidade ou dificuldade efetiva de acesso ao Ministério Público ou à Defensoria Pública em hipóteses relacionadas com as suas atribuições. Somente a partir de uma interpretação assim restritiva do dispositivo em enfoque será possível extrair dele alguma valia. Caso contrário, estaremos de fato retrocedendo e contribuindo para a manutenção do estado de sobrecarga da nossa Justiça civil.

Em síntese, a intenção de submeter ao Judiciário a chancela de acordos firmados no âmbito privado, em que pese a aparente força que o acordo alcança, deve ser visto com ressalvas. Do mesmo modo, tal qual ocorreu à época da criação do instituto da Jurisdição Voluntária, também no âmbito do Direito do Trabalho, a homologação de acordos extrajudiciais deve ser utilizada em casos excepcionais pois, além de representar uma burocratização do processo, corre-se o risco de retardar o exercício de direitos trabalhistas ou, até mesmo, inviabilizá-los, como veremos a seguir.

O Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da repercussão geral

No âmbito da Justiça do Trabalho a homologação vale, em tese, para qualquer tipo de acordo extrajudicial firmado entre empregados e empregadores.

Contudo, com o fim da obrigatoriedade das homologações de rescisão de contrato pelos sindicatos, o instituto certamente será utilizado, para o fim precípua, de ratificar rescisões de contrato de trabalho na tentativa de conferir a elas maior segurança jurídica.

Como ocorreu com o Processo Civil, a criação da homologação judicial de acordos extrajudiciais, pela chamada “Reforma Trabalhista” também representou uma forma de burocratizar. Chama atenção o fato de que as rescisões de contrato de trabalho, em regra, eram realizadas no âmbito sindical, onde os empregados, após o ato homologatório, já dispunham da documentação necessária ingressar com pedido de levantamento de seu Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), do Seguro Desemprego e, eventualmente, ingressar em juízo postulando eventuais direitos trabalhistas.

Agora, os empregados e empregadores ficarão na dependência da homologação do acordo, pelo Juízo Trabalhista, que pode demorar em função do já conhecido excesso de demanda da Justiça do Trabalho ou, até mesmo, nem ocorrer, já que o ato homologatório é uma faculdade do Magistrado (conforme, inclusive, prevê o disposto na Súmula 418 do TST).

Contudo, a morosidade não é a maior preocupação que o instituto da jurisdição voluntária trouxe ao Direito do Trabalho.

Em 30 de abril de 2015, o STF proferiu decisão, em sede de repercussão geral, em que fixou a tese de que “a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado” (STF, 2015, *online*)

A decisão do STF definiu que os empregados que aderirem aos Planos de Demissão Voluntária (PDV), cuja cláusula de quitação geral tenha sido discutida com sindicato da categoria e conste de acordo coletivo, podem conferir eficácia liberatória geral ao contrato de trabalho.

A referida decisão, em sede de repercussão geral, ampliou sobremaneira a autonomia da vontade do trabalhador, sob o fundamento que a autonomia coletiva, representada pela participação do sindicato da categoria na elaboração e discussão do acordo, supriria a assimetria de forças existentes entre a já conhecida relação capital x trabalho.

Como a questão foi decidida em repercussão geral, que possui força cogente para os Tribunais, o efeito multiplicador da decisão impõe cumprimento obrigatório em situações semelhantes. Contudo, levanta-se a dúvida se essa maior autonomia poderia ser aplicada para homologação dos acordos extrajudiciais. Ou seja, impõe-se discutir se a mesma amplitude da quitação geral concedida nos PDVS chancelados pelos sindicatos, poderia ser invocada no âmbito das homologações de acordos extrajudiciais, sob o fundamento de que, se os acordos

serão submetidos a um Juiz do Trabalho, a quitação do contrato de trabalho, mesmo sem chancela sindical, poderia ter validade também.

Por certo que a tese fixada pelo STF estabeleceu critérios objetivos para que a quitação geral do contrato de trabalho tivesse eficácia liberatória geral. Entre os requisitos estão a ausência de quaisquer vícios de vontade por parte do empregado. Além disso, a decisão previu que a cláusula de quitação estivesse contemplada em acordo coletivo, fato que esse que pressupõe ampla discussão e participação da entidade sindical na celebração do acordo. Por fim, e não menos importante, ficou estabelecido que se o direito, objeto da transação, fosse de natureza patrimonial ainda pendente ou seja, questões relativas à saúde do trabalhador, por exemplo, estariam fora do escopo da transação.

Quanto a este último elemento, importe a transcrição do trecho do voto do Ministro Luis Roberto Barroso que delimita o objeto a ser transacionado:

Por outro lado, ao aderir ao PDI, a reclamante não abriu mão de parcelas indisponíveis, que constituíssem "patamar civilizatório mínimo" do trabalhador. Não se sujeitou a condições aviltantes de trabalho (ao contrário, encerrou a relação de trabalho). Não atentou contra a saúde ou a segurança no trabalho. Não abriu mão de ter a sua CNTP assinada a respeito. Apenas transacionou eventuais direitos de caráter patrimonial ainda pendentes, que justamente por serem "eventuais" eram incertos, configurando res dubia, e optou por receber, em seu lugar, de forma certa e imediata... (STF, 2015, *online*).

Ao estabelecer uma relação com o instituto da homologação de acordo extrajudicial, criado pela "Reforma Trabalhista", pode-se dizer que os requisitos da ausência de vícios de vontade ou mesmo a impossibilidade de se transacionar direitos relativos à saúde do trabalhador até poderiam ser utilizados como fundamento para validar ou não eventual homologação extrajudicial. Na mesma linha, poderia se afirmar que a vontade coletiva, materializada pela participação da entidade sindical, e supletiva da vontade individual, estaria suprida pela participação do Magistado do Trabalho.

Entretanto, no caso dos acordos extrajudiciais não se pode ter certeza se o que foi avençado entre as partes, se deu sem vícios de vontade, mormente porque na grande maioria dos casos, o empregado se vê coagido a aceitar um acordo lesivo, como forma de receber verbas salariais de maneira mais célere. Além disso, não se pode ter certeza se a natureza jurídica das verbas descritas no documento é, de fato, disponível, já que a atuação do Magistado Trabalhista, ainda que ele designe a audiência prevista no art. 855-D da CLT, para oitiva das partes, não comporta um conhecimento aprofundado da causa ou das motivações que levaram as partes a entabular o acordo.

Por outro lado, o Magistado do Trabalho, no âmbito de uma reclamação trabalhista, tem plena autonomia para homologar ou não os acordos, inclusive, quando envolvam questões relativas a direitos não patrimoniais. Essa faculdade está expressamente prevista nos artigos 831 e seguintes da CLT.

Essa diferença decorre do fato de que nas homologações de acordos extrajudiciais, os termos da avença chegam prontos e acabados. Já nos os acordos homologados em juízo,

firmados após o ajuizamento de uma reclamação trabalhista e, portanto, a partir de uma lide, os termos do acordo são formulados em conjunto com o Magistrado do Trabalho, que tem participação ativa na sua elaboração.

Por ocasião da audiência de conciliação, da instrução e até mesmo após o encerramento desta, o Julgador tem condição de avaliar o que se discute. Se há ou não verossimilhança nas alegações das partes a ponto de ter o mínimo de segurança para chancelar um acordo que não seja prejudicial ao empregado. Inclusive, conferindo quitação geral ao contrato de trabalho do empregado.

A reforma trabalhista e a autonomia da vontade do trabalhador

A Reforma Trabalhista, aprovada em julho de 2017 e que entrou em vigor em novembro do mesmo ano, alterou, significativamente, o Direito do Trabalho no Brasil. Seus defensores, sob o fundamento de que não se poderia criar empregos se não se reduzisse direitos, promoveram a mais ampla e dura alteração na estrutura trabalhista no país.

Desde mudanças quanto a duração do trabalho e a criação do teletrabalho, a normas de direito processual, como a criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e regras de interpretação que limitam a atuação do Magistrado do Trabalho. A "Reforma" foi introduzida em um momento de fragilidade social, sem uma discussão profunda a respeito de sua extensão e sem participação da sociedade e do trabalhador.

Mas as mais significativas, e porque não dizer polêmicas mudanças, têm relação com a ampliação da autonomia da vontade do trabalhador.

A possibilidade de o empregado firmar um termo de quitação anual do contrato de trabalho (art. 507-B), a criação de uma nova classe de trabalhadores, denominada, popularmente de "hiperssuficiente", com poderes amplos de transação de seus direitos (art. 444, parágrafo único), bem como a incorporação pela lei trabalhista da tese firmada na decisão do RE 590.415/SC (art. 477-B), são exemplos que franquearam ao trabalhador maior liberdade para dispor sobre seus direitos.

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que seria contraditória a interpretação que veda a estipulação da cláusula de quitação geral na homologação dos acordos extrajudiciais, quando a própria lei franqueou ao empregado poderes para transigir administrativamente (dando quitação anual, por exemplo), sobretudo, porque submetidas a um Juiz do Trabalho.

Mais uma vez, destaca-se que a resposta não é simples.

Primeiramente, registre-se que a mesma lei trabalhista, que previu as situações supracitadas, em momento algum autorizou a estipulação da cláusula de quitação geral no caso das homologações de acordo extrajudicial.

Ao contrário, quando se fala em acordo extrajudicial, com a possibilidade de quitação geral, a lei trabalhista expressamente fez referência a participação dos sindicatos, seja no caso

da chamada "quitação anual", seja no caso da adesão ao "PDV", como forma de fiscalizar se a vontade do empregado foi livremente exercida.

Outrossim, nos casos do chamado "empregado hiperssuficiente", ao contrário do que o nome possa sugerir, a norma trabalhista limitou a "transação" aos casos do art. 611-A, e dentre eles, não houve previsão para que o empregado, em troca de ganho financeiro, pudesse conceder quitação geral do contrato de trabalho.

A relação das situações passíveis de acordo, por parte do empregado "hiperssuficiente" são restritos a condições pontuais de trabalho, não cabendo interpretação extensiva a respeito da quitação geral do contrato de trabalho.

Maurício Godinho Delgado (2017, p. 160) alerta para os riscos dessa ampliação da autonomia do empregado:

Para o novo diploma legal, essa relativa diferenciação acadêmica e remuneratória seria bastante para, praticamente, afastar o Direito do Trabalho da regência normativa desses empregados estratificados, submetendo-os ao desproporcional exercício do poder empregatício em grande parte de seu conteúdo e dinâmica contratuais.

Trata-se, conforme se percebe, de regra de evidente discriminação entre empregados - outra, entre tantas da Lei da Reforma Trabalhista -, largamente afastada da matriz constitucional de 1988 e do universo normativo internacional trabalhista vigorante no plano interno da sociedade e economia brasileiras.

Por fim, impõe-se destacar que o instituto não se confunde com renúncia de direitos. Como esclarece a Desembargadora Sayonara Grilo Coutinho (CSJT, 2018, *online*) ao julgar recurso ordinário que pretendia a homologação de acordo extrajudicial que foi negado pela Vara do Trabalho.

[...] correta a decisão que se negou a homologar a transação nos termos em que foi submetida à apreciação judicial, uma vez que "o que os postulantes pretendem é a quitação geral do extinto contrato de trabalho, apenas com o pagamento, e parcelado, das parcelas resilitórias incontroversamente devidas, em nítida violação e descumprimento da regra estabelecida no art. 855-C da CLT que, expressamente, estipula em sua redação que a homologação de acordo extrajudicial não afasta o prazo legal (já inobservado no caso) e não afasta a aplicação da multa prevista no §8º, do art. 477 consolidado, que sequer foi incluída pelas partes nos cálculos apresentados. Segundo a relatora, o acordo para a extinção do contrato de trabalho não se confunde com a transação extrajudicial para prevenir litígios, pois esta pressupõe a quitação das verbas rescisórias, incontroversas, e a existência de verdadeira controvérsia sobre os direitos eventualmente transacionados. Ainda segundo ela, transação extrajudicial, entretanto, não se confunde com mera renúncia, sendo correta a decisão judicial que se recusou a homologar transação extrajudicial para viabilizar o pagamento parcelado e futuro de verbas resilitórias, com cláusula de quitação geral quanto a direitos oriundos do contrato de trabalho.

Como se vê, não só a autonomia do trabalhador, como o objeto do que é acordado, sofre restrições. Seja da lei trabalhista, seja em relação a atuação do Magistrado do Trabalho, que possui total autonomia para apreciar o conteúdo desses acordos. Dessa forma, a utilização do

instituto da homologação de acordos extrajudiciais não pode servir para provocar prejuízos ao trabalhador e inviabilizar seu acesso à Justiça do Trabalho.

Conclusão

Como se verifica, a homologação de acordo extrajudicial, no âmbito do Direito do Trabalho, oriunda do processo civil, tem utilização restrita.

Mesmo diante da decisão paradigmática do STF, em sede repercussão geral, e que ampliou sobremaneira a autonomia da vontade do trabalhador, sua aplicação às homologações judiciais deve ser restrita, haja vista a natureza de disponibilidade relativa dos direitos trabalhistas.

O Magistrado do Trabalho, aliás, tem o dever de fiscalizar o objeto de acordo dada a reconhecida assimetria de forças entre empregado e empregador, principalmente quando esses acordos decorrem de pedidos para homologar em juízo rescisões de contrato de trabalho. Nesses casos, inclusive, é vedada a concessão de quitação geral, seja porque não há previsão legal, seja porque o Juiz do Trabalho não tem como aferir a lisura na elaboração dos acordos.

Referências

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, RE 590.415/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 30.04.2015.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sumula 330 - quitação. validade (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-330>.
- COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. Código de processo civil interpretado, Barueri-SP: Manole, 2006.
- CSJT. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Justiça não homologa acordo extrajudicial com cláusula de quitação geral. Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias-dos-trts/-/asset_publisher/q2Wd/content/justica-nao-homologa-acordo-extrajudicial-com-clausula-de-quitacao-geral?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.csjt.jus.br%2Fweb%2Fcsjt%2Fnoticias-dos-trts%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_q2Wd%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2%26_101_INSTANCE_q2Wd_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_q2Wd_keywords%3D%26_101_INSTANCE_q2Wd_delta%3D10%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_q2Wd_cur%3D7%26_101_INSTANCE_q2Wd_andOperator%3Dtrue>.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017.

A tensão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade no Estado Democrático de Direito

Fabrizio Santos Neves¹

Filipe Fialho Alves²

Geórgia Thâmisa Malta Cardoso Luxinger³

Resumo: Contextualizando o conflito entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade nas discussões do acesso à justiça do processo civil, este artigo define, após breve excursão histórica sobre o papel do processo nos diferentes modelos de Estado, os papéis dos princípios no Estado de Direito que se diga democrático, os conceitos de segurança jurídica e de efetividade e, por fim, mostra que não é possível fazer uma escolha definitiva entre os dois, mas ponderá-los para que ambos os princípios sejam respeitados.

Palavras-chave: Segurança Jurídica; Efetividade; Processo Civil; Estado Democrático de Direito; Acesso à Justiça.

Introdução

A obra *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, de Oscar Von Bülow, é tida por Dinamarco como a “certidão de nascimento” do direito processual civil moderno. Nela, o autor alemão inovou as concepções ao postular que “a relação entre juiz, autor e réu não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida entre autor e réu e trazida à apreciação judicial, pois cada qual se sujeita a pressupostos próprios”⁴. Desde então, concebe-se o processo como relação jurídica. Assevera Edoardo Grasso⁵ que

¹ Bacharel em Enfermagem pela Universidade Estadual de Santa Cruz (2004). Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/2715981913714316>. E-mail: fabrizio.s.neves@aluno.ufes.br.

² Tecnólogo em Administração Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2010). Licenciado em Letras-Inglês pela Universidade Estácio de Sá (2016). Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/5738899927203301>. E-mail: filipefa83@uol.com.br.

³ Bacharel em Enfermagem pelas Faculdades Integradas São Pedro (2012). Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista de Iniciação Científica financiada pelo CNPq. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/4143338031363743>. E-mail: georgiamalta@gmail.com.

⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. [S.l.: s.n], 2013, p. 9. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2565853/mod_resource/content/1/HEITOR%20SICA%20-%20Institutos%20fundamentais%20do%20direito%20processual%20civil%20-%202009.05.2012.pdf> Acesso em: 24 abr. 2018.

⁵ GRASSO, Edoardo. L'interpretazione dela preclusionione e nuovo processo civile de primo grado. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 48, n. 3, set. 1993, p. 640.

tal concepção já se exauriu dada a sua característica estática do fenômeno processual. Nesse afã, percebe-se que, paulatinamente, o conceito de processo vem sendo ressignificado ao longo dos cursos históricos e temporais. Consoante isso, entende Carnelutti⁶ que o processo deve primar pela aplicação do direito almejando à regulação do conflito de interesses de forma justa e certa. Portanto, o processo é instrumento de materialização da justiça. Esta deve se dirigir ao social, a fim de, por meio da liberdade individual, estreitar seu relacionamento com o processo⁷. Coadunando Rosas⁸, “sem respeito ao indivíduo não há justiça social. Sem permitir o acesso do indivíduo à justiça, não há justiça Social. Todo obstáculo ao indivíduo perante o Judiciário é frustrar a justiça social”.

Nesse sentido, necessário se faz que o processo se valha de alguns requisitos para que vise à tutela do direito e das pessoas de forma adequada, tempestiva e efetiva⁹. Assim, processo tornar-se-á efetivo nos tratamentos das demandas judiciais oriundas das necessidades e/ou conflitos sociais. Para tal, conforme entendimentos havidos por Kelsen, o pilar do Estado democrático moderno é a segurança jurídica¹⁰. Vê-se, a segurança jurídica como a garantia do cidadão contra o arbítrio estatal¹¹. No tocante processo judicial, a segurança jurídica deve conferir estabilidade, certeza, confiança e efetividade. A jurisdição deve, assim, ser o instrumento capaz de tutelar a segurança jurídica dos cidadãos, de modo concreto, partindo do ideal positivado para concretude no resguardo da segurança da sociedade.

Vislumbra-se que há uma tensão entre a efetividade e a segurança jurídica, entre a prestação jurisdicional ágil/efetiva e a técnica processual, entre acesso à justiça e formalismo. Nesse diapasão, alicerça-se a premissa deste trabalho, que é elucubrar e elucidar acerca desses institutos processuais inexoráveis ao cumprimento da tutela jurisdicional adequadas, tempestiva e efetiva.

Acesso à justiça

O entendimento de “acesso à justiça” como um sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob a égide Estatal, sendo, portanto, acessível a todos, bem como promotor da justiça individual e social, surge no final do Século XX¹². Há um equívoco ao se considerar acesso à justiça e acesso ao judiciário como

⁶ CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. Vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 72.

⁷ SICA, op. cit., p. 9, nota 5.

⁸ ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 210.

⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 210, p. 49, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/09/odireitodeacaocomocomplexodesituacoesjuridicas.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

¹⁰ KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

¹¹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. Revista de Processo. Vol. 196/2011, p. 237 – 274, jun/2011.

¹² CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 2.

sinônimos. O ideal de acesso à justiça está alicerçado na amplitude de seu conceito, “que envolve solução de disputas, estatal ou não, e assessoria jurídica, expressa por educação jurídica e consultoria”¹³. Tal engano restringe o gênero à espécie, dado que o acesso à justiça garante o acesso ao Poder Judiciário. Neste entendimento, o acesso à justiça envolve solução de conflitos sob a tutela estatal ou não, bem como garante a assessoria jurídica. Entretanto, hodiernas concepções de acesso à justiça vêm sendo consolidadas¹⁴. A justiça multiportas é um marco *sui generis*, é a materialização de uma nova estrutura para a tutela dos direitos. Ela dispõe de uma gama de acessos consoantes às hodiernas modificações socioeconômicas e jurídicas¹⁵.

A Constituição Federal Brasileira (CFB) de 1946 renunciara o acesso à justiça, mas obviamente, a concepção acerca disso vem sendo ressignificada no curso histórico e concretizada na Constituição brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXV. O amplo acesso à justiça, disposto neste artigo prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça de Direito”. O princípio do direito de ação está alicerçado em quatro pilares: “o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substância; o direito de acesso à justiça formada por juízes inseridos na realidade; o direito a instrumentos processuais eficazes e, por fim, o direito à remoção de todos obstáculos que possam obstaculizar o acesso à Justiça”¹⁶. Há uma vicissitude de obstáculos para se alcançar um efetivo acesso à justiça, dentre os mais significativos estão os altos custos; a duração de uma ação; a falta de conhecimento jurídico básico; formalismo; ambiente intimidador; procedimento complicado, dentre outros. “Para encerrar uma lide, o brasileiro pode ser obrigado a percorrer quatro instâncias e se valer de dezenas de oportunidades de reapreciação do mesmo tema ante um quadro recursal caótico”¹⁷.

Estado liberal

Durante os séculos XVI a XVIII, vigeu na Europa continental o Antigo Regime, cujo modelo político também o Poder Judiciário estava sob a égide da arbitrariedade da vontade do soberano. Nesse afã, no Século XVIII, o Estado Liberal de Direito emerge alicerçado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. O princípio da legalidade visava limitar as decisões jurídicas tradicionais que eram imparciais e subjetivas. A lei foi alavancada a ato

¹³ XAVIER, Beatriz Rêgo. Um novo conceito de acesso à justiça: propostas para uma melhor efetivação de direito. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 1, n. 7, jan. 2002, p. 146. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/716/0>>. Acesso em: 02 maio 2018.

¹⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). Apresentação. In: DIDIER JUNIOR, Fredir et al (Org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 5-6.

¹⁵ MALTA, Geórgia Thâmisa Cardoso Luxinger; VINCENZI, Brunela Vieira de. Acesso à justiça e o sistema multiportas na composição de conflitos: uma experiência dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania no município de São Paulo. 2018, p. 1. No Prelo.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; KAZUO, Watanabe. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: _____. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

¹⁷ NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JÚNIOR, op. cit., p. 29, nota 16.

supremo e impedia que os juízes tomassem decisões que iam de encontro ao ordenamento jurídico. O curso político histórico que tornou a lei como limite de liberdade deflagrou-se da representação popular exacerbada, de modo que a lei “passou a ser definida como o ato produzido mediante a cooperação da representação popular. E o império da lei converteu-se em império da representação popular”¹⁸. Neste sentido, houve uma substituição do absolutismo monárquico pelo absolutismo da assembleia parlamentar¹⁹. Daí, cuida-se para que não haja a equiparação significativa entre *rule of law* inglês com o princípio da legalidade. No primeiro decorreu que o parlamento inglês subtraiu o absolutismo à medida que, na França, a assembleia parlamentar, não obstante a substituição do rei, manteve o absolutismo pela via do princípio da legalidade. Nesse ínterim, à lei no *statutory law* (Direito Inglês) foram agregados valores e elementos, fomentando a gênese de um intrincado sistema jurídico denominado *common law*; em contrapartida, nos países adeptos do princípio da legalidade, o direito tornou-se sinônimo de lei²⁰. Nessa faina, no Estado Liberal de Direito a primazia é que a lei está sob a égide estatal, deste modo, só seria direito aquilo determinado na norma jurídica. Nessa configuração, os parlamentos europeus hegemonicamente tutelaram os poderes Executivo e Judiciário, moderando suas atuações e atividades. Nesse espectro, “[...] o princípio da legalidade como metanorma de reconhecimento das normas vigentes, acrescentando que, segundo esse princípio, uma norma jurídica existe e é válida apenas em razão das formas de sua produção”²¹.

A criação do Estado legislativo, portanto, ressignificou as concepções de direito e de jurisdição²². A redução do direito à lei, ratificou a atuação moderadora do Poder Legislativo. Nesse contexto, a validade da lei está atrelada à autoridade editora “[...] a teoria de Montesquieu, embora se voltando contra os abusos do ancien régime, lançou as sementes da tirania do Legislativo”²³. “[...] ao mesmo tempo em que um dos poderes acabava por predominar sobre os outros, dependendo da adoção ou não do sistema de freios e contrapesos”²⁴. Ainda, acrescenta o autor que a baixa autonomia dos direitos era dada em virtude da supremacia do Poder Legislativo sobre o Judiciário.

Estado de Direito Social

A igualdade formal, tangida pela lei no Estado Liberal, não expressaram na *práxis* aquilo que estava postulado normativamente. Esse descompasso entre os aspectos legais e os sociais agravou-se com o advento da Revolução Industrial, em que as condições de trabalho eram desumanas e degradantes como as exaustivas cargas diárias de trabalho. Essas questões

¹⁸ SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Madrid: Alianza, 1982, p. 157.

¹⁹ MARINONI, op. cit., p. 30, nota 16.

²⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo. Diritto mite. Torino: Einaudi, 1992, p. 25.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales: los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001, p. 52.

²² Ibid., p. 15-17.

²³ CAPPELLETTI, op. cit., p. 272, nota 10.

²⁴ JEVEAUX, Geovany Cardoso. Teorias do Estado e da constituição. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2015, p. 10.

culminaram com a Revolução Russa de 1917, promovendo a organização dos trabalhadores contra tais atos por parte dos donos dos meios de produção. Posteriormente, acresce-se ao quadro revolucionário a Primeira Guerra Mundial e a conseqüente ascensão dos regimes totalitários nazifascistas. Esses momentos históricos fomentaram a redação de documentos como a Constituição de Weimar de 1919 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária de 1918. Destarte, os direitos sociais e trabalhistas foram constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção estatal. O Estado passa a ser provedor de garantias institucionais aos direitos sociais e trabalhistas, portanto, com um perfil fortemente marcado pelo protecionismo social²⁵²⁶. Em suma, o Estado de Direito Social assimilou elementos democráticos e populares. Mais tarde, isso fomentaria a construção do Estado Democrático, hodiernamente concebido como Estado de Direito Democrático ou Estado Democrático de Direito.

O estado democrático de direito e o formalismo valorativo

Ante as insuficiências do Estado Social de Direito, nem sempre democrático, emerge a concepção de Estado democrático de Direito atrelado à democracia, como realização de valores. Ele é oriundo da aglutinação do Estado democrático e do Estado de Direito, não sendo apenas uma reunião formal, mas a agregação de concepções revolucionária de transformação do *status quo*. Nesse afã, incrementa Theodoro Júnior²⁷ que, de obsoletas concepções aristocráticas e autoritárias acerca das práxis do poder público, a humanidade convergiu para um modelo democrático e republicano, em primeira instância por meio das declarações de direitos fundamentais, seguidos dos deveres estatais de efetivar esses direitos. Ainda assevera que “essa nova postura político-social em relação à cidadania iria refletir sobre todas as funções do moderno Estado Social de Direito, inclusive a do Poder Judiciário”²⁸. Portanto, a primazia do Estado Democrático é conceber universalmente uma justiça fiável, autônoma, isenta, provida de subterfúgios para conseguir a credibilidade ante à sociedade. Desse modo, o direito processual é ressignificado, passando de praxes de demandas jurídicas para um instrumento funcional de um dos poderes do Estado Democrático de Direito²⁹.

O pensamento jurídico contemporâneo transmuta-se, então, para o que é chamado de neoconstitucionalismo, pós-positivismo, neopositivismo ou, mais acertadamente, formalismo-

²⁵ MARTINEZ, Vinício. Estado de Direito Social. 2004, p. 1. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5494/estado-de-direito-social>>. Acesso em: 02 maio 2018.

²⁶ Acrescenta Bobbio: “Da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado [...]” (BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. 4. ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 2000, p. 42).

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da reforma das leis processuais. Revista de Processo, São Paulo, v. 125, n. 30, p. 61-78, jul. 2005. Mensal. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89060?mode=simple>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

²⁸ Ibid., p. 62.

²⁹ Ibid., p. 62.

valorativo. Hoje, o pensamento jurídico reconhece a força normativa da Constituição, que não mais é um repositório de normas programáticas, mas sim exige que seja aplicada imediatamente e, muitas vezes, independentemente de outras normas. Também os princípios deixam de ser apenas uma técnica de integração do direito e passam a ser um tipo de norma jurídica. Outrossim, o Poder Judiciário é reconhecido como órgão competente para a criação de normas jurídicas concretas e devida interpretação dos textos normativos. Também, reconhece-se, no curso do processo, aspectos éticos tais quais a cooperação e a boa-fé³⁰.

Princípios da segurança jurídica e da efetividade

Os princípios e sua eficácia

O princípio é uma espécie normativa finalística, uma vez que determina um estado de coisas a ser alcançado. Para tal, são exigidos comportamentos tais e quais que levem a tal estado de coisas³¹. Diferenciam-se das regras não apenas pelo grau de abstração, mas também de outros critérios, quais sejam, do caráter hipotético-condicional, do modo final de aplicação, do relacionamento normativo e do fundamento axiológico³².

Nessa perspectiva, as regras estão estruturadas conforme uma hipótese e uma consequência, são aplicadas de modo absoluto (tudo ou nada, representando a incidência da regra válida sempre quando for constatada sua hipótese), são passíveis de antinomias (conflito entre regras solucionável mediante a declaração de invalidade de uma delas), e não são fundamento axiológico para a tomada de decisão ou a interpretação do direito. Os princípios, por sua vez, indicam "o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto"³³, são aplicados de modo gradual (mais ou menos) através da conjugação de outros princípios³⁴, relacionam-se entre si de forma imbricada, "solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles"³⁵, e funcionam como fundamento axiológico para todo o sistema³⁶.

O caráter finalístico, programático³⁷, dos princípios tem suscitado discussões se possuem aplicação imediata ou se carecem de serem regulamentados por regras que os ponham em

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 20 ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 47-54.

³¹ *Ibid.*, p. 56.

³² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 42.

³³ *Ibid.*, p. 42.

³⁴ "[...] os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios" (*Ibid.*, p. 49).

³⁵ *Ibid.*, p. 43.

³⁶ *Ibid.*, p. 42-43.

³⁷ "Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas

prática. Não obstante tal discussão, é pacífico que, no Estado Democrático de Direito em que prevalece o formalismo-valorativo como atual fase da metodologia da Ciência do Direito, os princípios possuem aplicação imediata. Não apenas orientam e fundamentam a aplicação das regras do sistema de direito positivo³⁸, mas também eles mesmos estabelecem um estado de coisas cujo alcance exigem determinados comportamentos. “A eficácia de um princípio do processo *não depende* de intermediação por outras regras jurídicas, espalhadas topicamente na legislação”³⁹. Portanto, as estruturas das regras que derivam de um princípio devem ser trazidas à tona pelo intérprete, garantindo certa homogeneidade ao sistema jurídico⁴⁰.

Não obstante tal aplicação imediata, os princípios podem atuar sobre outras normas tanto de forma direta quanto de forma indireta⁴¹. Por eficácia direta, entende-se que o princípio não depende de regras ou de outro princípio, garantindo o exercício de comportamento que sejam necessários à obtenção do estado de coisas almejado. Quando, porém, o princípio atua por meio de outras regras ou princípios (subprincípios), diz-se que ele tem eficácia indireta.

É o caso dos princípios da segurança jurídica e da efetividade, que são vistos como subprincípios que põem em aplicação o (sobre)princípio do devido processo legal. Este está previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Abarca uma série de subprincípios, tais quais o contraditório e a ampla defesa (inciso LV), a vedação da prova ilícita (inciso LVI), a presunção de inocência (inciso LVII), o acesso ao judiciário (inciso XXXV), segurança jurídica (inciso XXXVI) e efetividade (LXXVIII).

Princípio da segurança jurídica

Caso busquemos a definição de segurança no dicionário, encontraremos algo como “1) ação ou efeito de tornar seguro; firmeza; 2) estado ou condição do que está protegido; 3) autoconfiança; 4) indivíduo responsável pela proteção pessoal de alguém ou de algo”⁴². Combinando tal decisão com seu modificador “jurídico”, podemos entender literalmente que segurança jurídica é a proteção daquilo que é relativo ao Direito. Contudo, essa definição não é capaz de abarcar os diferentes meandros do que significa segurança jurídica. Para tanto, Humberto Ávila⁴³ trata o conceito de segurança jurídica sob quatro aspectos: (i) a segurança

dados à sua função” (PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 126-127)

³⁸ “[...] É o reconhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 958-959).

³⁹ DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 57, nota 33.

⁴⁰ TOMAZINI DE CARVALHO, Aurora. Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 221.

⁴¹ DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 57, nota 33.

⁴² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Minidicionário Houaiss da língua portuguesa. 3.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p. 678.

⁴³ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, 112-191.

como elemento definitório; (ii) a segurança como fato; (iii) a segurança como valor; e (iv) a segurança como norma-princípio.

Ao falar sobre a segurança jurídica como elemento definitório, Ávila afirma que ela é integrante do conceito de direito, é “uma proposição metalinguística relativa ao Direito como fenômeno histórico”⁴⁴. Sendo assim, faz parte do conceito de direito que ordena toda a compreensão desse fenômeno histórico, *in verbis*:

É preciso frisar também que a segurança jurídica, quando analisada sob essa perspectiva, não é uma norma, mas sim um conceito ou elemento de um conceito. Sob esse viés, ela é definida como uma ideia supraordenadora’ (übergeordneteter *Idee*) ou como um ‘sobreconceito’ (Überbegriff)⁴⁵.

Como fato, a segurança jurídica é uma “realidade concreta passível de constatação”⁴⁶. Metodologia própria do jusrealismo, ver a segurança jurídica como realidade concreta significa descobrir como os tribunais e juízes fazem valê-la jurídica nos casos concretos, isto é, não o conceito de segurança jurídica como ideal filosófico, mas como realidade efetiva da prática dos tribunais⁴⁷.

Como valor, a segurança jurídica “denota um *juízo axiológico* concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com *determinado sistema de valores*”⁴⁸. É, portanto, um juízo de valor que informa todo o sistema de direito com o fim de alcançar a justiça, valor máximo de tal sistema⁴⁹.

Por fim, a segurança jurídica pode ser vista como norma-princípio, isto é, como princípio jurídico emanado do sistema de direito positivo que estabelece um estado ideal de coisas a ser alcançado mediante condutas concretas, isto é, uma prescrição que estabelece aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório⁵⁰.

Segurança jurídica como fato, como valor e como norma são conceitos diferentes, mas que podem ser analisados em relação. Isso porque fato, valor e norma “correspondem a três

⁴⁴ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 114.

⁴⁷ “O *realismo jurídico* abrange as correntes teóricas que se afastam de qualquer investigação jusfilosófica de ordem metafísica ou ideológica, negando todo fundamento absoluto à ideia de direito, considerando tão somente a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que lhe deram origem. O realismo jurídico busca a realidade efetiva sobre a qual se apoia e dimana o direito, não a realidade sonhada ou ideal. Para os realistas, o direito real e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto” (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91).

⁴⁸ ÁVILA, *op. cit.*, p. 114, nota 46.

⁴⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Introdução ao direito: abertura para o mundo do direito, síntese de princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2009, p. 375.

⁵⁰ “A segurança jurídica, nesse aspecto, é matéria de Direito posto. Trata-se, assim, de uma *concepção juspositivista* de segurança jurídica. Essa concepção, no entanto, [...] é uma concepção juspositivista argumentativa (por isso, pós-positivista), pois, se, de um lado, defende a segurança jurídica como dever decorrente do Direito posto, de outro, sustenta que a sua realização depende da reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas, não advindo da mera descrição imparcial de significados externos ao sujeito cognoscente” (ÁVILA, *op. cit.*, nota 46, p. 115-116).

aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica⁵¹. Sintetizando, é uma prescrição dirigida aos três poderes da República com o fim de alcançar um estado de confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico. Assim sendo, a norma-princípio da segurança jurídica irradia sua influência sobre todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas abstratas ou concretas, avaliando se se coadunam a esse princípio e/ou orientando sua aplicação⁵².

Princípio da efetividade

O princípio da efetividade processual está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXV e XIV. Esse dispositivo garante a tutela jurisdicional adequada, bem como serve de instrumento para o acesso à justiça. “[...] a efetividade do processo é a aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça”⁵³. Para tal, o processo não deve ser fim em si mesmo, mas sim servir de instrumento da prestação jurisdicional.

Entende-se lei eficaz e efetiva, material ou processual, como aquela que possui plena “incidibilidade” (eficácia), ou seja, que seja capaz de implantação imediata e que promova os seus efeitos esperados⁵⁴. Nesse prisma, a efetividade processual deve primar pelo adequado alcance da finalidade do processo, este visto como instrumento promotor da justiça, agente pacificador, bem como modificador social, atestando tratamentos apropriados aos conflitos, sem se isentar de sua identidade jurídica e legítima. Corroborando esta visão, Nicolò Trocker⁵⁵ auspiciava acerca das consequências nocivas da morosidade na entrega da prestação jurisdicional, que vão desde a ameaça social nas mãos daqueles que possuem melhores condições de acesso, até a insolvência. Assim, a efetividade pode ser concebida como o direito a um processo alicerçado no princípio da duração razoável do processo, previsto no novo código de processo civil, em seu artigo 4º, e reforçado no âmbito civil na redação do

⁵¹ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

⁵² “Com efeito, a aplicação do princípio da segurança jurídica [...] pressupõe o cotejo de uma norma (princípio da segurança jurídica) com outra norma (norma legal, administrativa ou judicial). Nesse sentido, é preciso verificar se a norma inferior está de acordo com o princípio da segurança jurídica [...]. Esse princípio, portanto, diz respeito a uma determinada configuração da realidade por meio de instituições jurídicas: a sua aplicação não envolve a análise da subsunção de um pressuposto de fato a uma norma, mas o contraste entre uma norma constitucional e uma realidade jurídica, quer seja ela uma norma, quer seja ela uma aplicação de uma norma. A referida distinção reside, pois, na interposição de uma norma entre a norma superior e a realidade fática: enquanto um princípio material qualquer exige a correlação entre os efeitos de um comportamento e o estado de coisas que este determina realizar, o princípio da segurança jurídica exige a correlação entre os efeitos de uma norma e o estado de coisas cuja realização ele estabelece.” (ÁVILA, op. cit., nota 46, p. 126).

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 305-306.

⁵⁴ MONFARDINI, Luciano Pasoti. Efetividade do processo civil: um singelo esboço histórico e uma despretensiosa investigação conceitual doutrinária, à luz das necessidades de sempre e das tendências hodiernas, p. 6. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32091-37900-1-PB.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2018.

⁵⁵ TROCKER, Nicolò. Processi civile e costituzione. [S.l.: s.n.], 1974, p. 276-277.

art. 5º, LXXVIII e XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Orquestra Dinamarco⁵⁶ que, dantes, o inciso XXXV era interpretado limitadamente como portador da garantia da ação, tendo o significado histórico-político de pôr sob a égide estatal todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de insatisfações às pessoas. Para além dessa literalidade, é primer à função social do sistema judiciário, garantir a tutela jurisdicional qualificada⁵⁷, assim, ao indivíduo que vindicar aquilo que se considera titular, devem ser assegurados meios eficazes de exame da demanda trazida à apreciação do Estado⁵⁸.

Em suma, o acesso à justiça não deve somente se inquietar com o tratamento dos exorbitantes números de processos judiciais, mas também com a promoção e garantia da seguinte tríade: qualidade dos serviços jurisdicionais; tempestividade da tutela aplicada ao caso em análise e efetividade. No tocante, cabem as palavras de Didier Junior: “o Direito de ação é o direito fundamental (situação jurídica, portanto) composto por um conjunto de situações jurídicas, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva”⁵⁹.

Não obstante, não é apenas a tempestividade o fator preponderante da efetividade. Efetivo é o processo que aglutina equilibradamente celeridade e segurança e, assim, proporciona às partes o fim almejado pelo direito material. Não basta que o Estado fomente apenas a celeridade, necessário se faz estabelecer o mínimo de segurança para se alcançar a efetividade. Tendo isto em vista, a celeridade é uma das garantias que constituem o devido processo legal, visto que não há efetividade sem o contraditório e a ampla defesa. Segundo a doutrina alemã, essa concepção está alicerçada no princípio da economia processual. Com as devidas elucubrações de Barbosa Moreira *apud* Bedaque⁶⁰, entende-se que “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa”. A lentidão do curso processual fomenta a adoção de medidas urgentes. Essas propiciam efeitos provisórios que, de algum modo, interferem de modo não colaborativo para a segurança jurídica. Nesse afã, ainda que necessárias, as tutelas de urgência, ou seja, aquelas de cognição sumária, devem assumir um caráter excepcional, e, assim, não asseguram a efetividade da tutela jurisdicional em sua completude, dado que o contraditório e a ampla defesa do processo ainda não se estabeleceram em definitivo. Desse modo, a segurança e a efetividade só se farão possíveis ante a soluções definitivas. Acrescenta o autor que “quanto mais célere o processo, maior a probabilidade de as tutelas

⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. 9. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203-204.

⁵⁷ LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elisabeth de Castro. Princípio da efetividade. In: _____. Princípios constitucionais na constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 243.

⁵⁸ ZARIF, Da necessidade de que o processo seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 139-145.

⁵⁹ DIDIER JUNIOR, op. cit., nota 10, p. 41-56.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

de urgência tornarem-se prescindíveis e as situações de direito material submetidas ao Poder Judiciário serem reguladas de forma mais estável”⁶¹⁶².

Tensão entre segurança jurídica e efetividade

No âmbito do processo, é cediço dizer que segurança jurídica e efetividade, não raras vezes, encontram-se colidentes. Ao mesmo tempo em que podemos dizer que “existem momentos apropriados e predeterminados para a realização dos atos processuais, que devem necessariamente ser respeitados, sob pena de se estar infringindo outros princípios”⁶³, também é necessário lembrar que “não se pode admitir que o processo demore em demasia para chegar a uma solução, pois nesse caso poder-se-ia estar acarretando danos irreparáveis às partes envolvidas no litígio, permitindo até mesmo o risco de perecimento do direito”⁶⁴.

João Batista Herkenhoff⁶⁵ chama a atenção para o fato de que, sempre que se busca limitar os poderes dos juízes, a segurança jurídica é invocada, uma vez que, não raras vezes, espelham os valores das classes que informaram ideologicamente as leis. Contudo, esse mesmo sistema de direito positivo traz em si inconsistências: “De um lado, a lei legitima a opressão; de outro, proclama a igualdade de todos, os direitos humanos, a justiça social. O mesmo sistema legal, que proclama valores humanistas, instrumentaliza valores anti-humanos”⁶⁶.

Aí entra a técnica de ponderação de princípios. Um princípio não pode anular outro por completo⁶⁷, mas o jurista deve proceder a “uma análise sistemática e geral da situação concreta, a fim de que se proceda da forma que implicar um menor prejuízo possível para os litigantes”⁶⁸. Nessa análise, deve: (i) explorar as contradições da lei; (ii) selecionar os valores humanistas e dar força a esses valores; (iii) exigir que os valores humanistas, teoricamente proclamados, demagogicamente proclamados, sejam efetivados e cumpridos; (iv) colocar-se do lado do povo, ajudando-o no processo de autoconscientização; (v) comprometer-se com a luta social⁶⁹.

Percebe-se, assim, que na tensão entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade, não é difícil aceitar a via fácil, qual seja, assimilar os valores dominantes que originaram o sistema de direito positivo. Cabe ao jurista tomar uma posição política ao

⁶¹ Ibid., p. 48.

⁶² “A propósito da verdadeira cruzada em prol da celeridade do processo – nova obsessão de alguns – é preciso ser cauteloso, pois há risco de que outro valor extremamente importante acabe relegado a segundo plano. Tão importante quanto acabar com a morosidade excessiva é preservar a *segurança* proporcionada pelo devido processo legal. Temos de – e esta é nossa principal missão – encontrar o ponto de equilíbrio entre ambas” (Ibid., p. 48).

⁶³ ZARIF, op. cit., nota 61, p. 140.

⁶⁴ Ibid, p. 140.

⁶⁵ HERKENHOFF, João Baptista. Introdução ao direito: abertura para o mundo do direito, síntese de princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Thex, 2009, p. 375-381.

⁶⁶ Ibid., p. 377.

⁶⁷ ZARIF, op. cit., nota 61, p. 140-141.

⁶⁸ Ibid., p. 141.

⁶⁹ HERKENHOFF, op. cit., p 377, nota 68.

interpretar o direito⁷⁰. Assim, a ideia de segurança jurídica não fica afastada. Apenas abre espaço para que, por meio do processo, os direitos sejam efetivamente alcançados, com o fim último de levar à cabo o valor máximo do Direito, qual seja, a Justiça. Nessa perspectiva, o processo toma nova visão no atual Estado Democrático de Direito, chamada de paradigma do formalismo-valorativo. “Trata-se do resgate da dimensão tópico-problemática para o direito e da compreensão do processo como direito fundamental, ou seja, *ver na forma sua capacidade emancipatória e sua vinculação aos valores constitucionais como garantia da liberdade*”⁷¹.

Considerações finais

A Constituição Federal brasileira de 1988 introduziu em seu artigo 5º as garantias fundamentais primando a proteção do cidadão como um todo. O ordenamento brasileiro tem por característica a positivação de seus institutos, conferindo maior segurança jurídica⁷², aproximando os direitos e a segurança destes da população, bem como preservar liberdades e garantias conquistadas historicamente. Apesar de não aparecer o termo “segurança jurídica” expressamente, a Constituição reconhece a importância do valor da segurança jurídica prevendo o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, preservando a estabilidade das relações jurídicas em uma sociedade fundada. De acordo com Delos⁷³, a segurança jurídica é a garantia dada ao indivíduo de que seus bens, seus direitos, sua pessoa e sua dignidade⁷⁴.

No contexto da jurisdição e da segurança jurídica, a efetividade aparece como um complexo valorativo que agrega valores como: economia processual, celeridade e aproveitamento dos atos processuais. No fim das contas, a efetividade é muito mais um fim desejado do que um valor propriamente dito, visto que está ligada à funcionalidade e a produção de resultados almejados. A efetividade pode causar injustiça, por isso é importante que não se atrepele determinados valores na perseguição dela. Alegam Migliavacca & Soveral⁷⁵ que a prestação jurisdicional é arraigada de incertezas e inseguranças, sendo necessário que se vista como um direito fundamental imprescindível para o resguardo do Estado Democrático de Direito.

⁷⁰ “Sem dúvida, uma das frações do Direito é preservar a segurança. Contudo, a Justiça é um valor superior a este. Jamais se poderá, em nome da segurança, consagrar a injustiça ou justificar a sentença contrária ao bem comum. Não se nega que as relações jurídicas precisam gozar de um teor de segurança [...]. Contudo, a segurança não pode ser levada à categoria de valor supremo, em detrimento da Justiça, valor maior” (Ibid., p. 375).

⁷¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 42-43.

⁷² Tende-se a sentir a segurança jurídica com a positivação do direito, mas não necessariamente a lei escrita será obedecida e haverá resguardo do direito.

⁷³ DELOS, Joseph T. apud MIGLIAVACCA; SOVERAL, op. cit., nota 13, p. 192.

⁷⁴ Delos não acresceu a dignidade, mas a evolução da interpretação que temos hoje sobre a pessoa nos leva a considerar a dignidade.

⁷⁵ MIGLIAVACCA; SOVERAL, op. cit., nota 13, p. 195.

Kelsen⁷⁶ defende que a vantagem da segurança jurídica é a previsibilidade que as decisões dos tribunais tendem a ter. Decisões previsíveis e calculáveis pautam as ações das pessoas, que passam a ter confiança sobre os efeitos jurídicos dos atos jurídicos que venham a cometer em decorrência das ações esperadas do poder público. Vários documentos internacionais conferem à segurança *status* de direito fundamental, como na Declaração de Virgínia, na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, na Declaração francesa *des Droits de l'Homme et du Citoyen*, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto de São José da Costa Rica⁷⁷.

Ademais, a segurança jurídica é embasada em um antro de valores que perpassam a dignidade, confere justiça e certeza, contribui para a confiança que se tem na conduta das autoridades, devendo ser isenta de pressões políticas ou sociais. Para além disso, é necessário que se tenham certos valores finalísticos agregados pela efetividade, pois ela por si só não garante os direitos assegurados, é importante que haja uma ligação entre efetividade e a segurança jurídica.

Referências

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*. Vol. 196/2011, p. 237 – 274, jun/2011.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- CAPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 20.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 210, p. 41-56, ago. 2012.

⁷⁶ KELSEN, op. cit., nota 11, p. 175.

⁷⁷ MIGLIAVACCA; SOVERAL, op. cit., nota 13, p. 195.

- DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; KAZUO, Watanabe. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: _____. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. Instituições de direito processual civil. Vol. 9. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales: los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.
- GRASSO, Edoardo. L'interpretazione della preclusione e nuovo processo civile de primo grado. Rivista di Diritto Processuale, v. 48, n. 3, set. 1993.
- HERKENHOFF, João Baptista. Introdução ao direito: abertura para o mundo do direito, síntese de princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2009.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Minidicionário Houaiss da língua portuguesa. 3.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. Teorias do Estado e da constituição. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2015.
- KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.
- LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elisabeth de Castro. Princípio da efetividade. In: _____. Princípios constitucionais na constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, P. 241-253.
- MALTA, Geórgia Thâmisa Cardoso Luxinger; VINCENZI, Brunela Vieira de. Acesso à justiça e o sistema multiportas na composição de conflitos: uma experiência dos centros judiciários de solução de conflitos e cidadania no município de São Paulo. 2018, No Prelo.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: a teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINEZ, Vinício. Estado de Direito Social. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5494/estado-de-direito-social>>. Acesso em: 02 mai. 2018.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo; SOVERAL, Raquel Tomé. Segurança jurídica, jurisdição e efetividade do direito. Revista De Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/download/1605/2074>>. Acesso em: 04 mai. 2018.
- MONFARDINI, Luciano Pasoti. Efetividade do processo civil: um singelo esforço histórico e uma despreziosa investigação conceitual doutrinária, à luz das necessidades de sempre e das tendências hodiernas. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32091-37900-1-PB.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2018.

- NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 27-34.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. [S.l.: s.n], 2013, p. 9. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2565853/mod_resource/content/1/HEITOR%20SICA%20-%20Institutos%20fundamentais%20do%20direito%20processual%20civil%20-%202009.05.2012.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional: Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 125, n. 30, p. 61-78, jul. 2005.
- TOMAZINI DE CARVALHO, Aurora. *Teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.
- TROCKER, Nicolò. *Processi civile e costituzione*. [S.l.: s.n.], 1974.
- XAVIER, Beatriz Rêgo. Um novo conceito de acesso à justiça: propostas para uma melhor efetivação de direito. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, v. 1, n. 7, jan. 2002, p. 146-153.
- ZAGREBELSKI, Gustavo. *Diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.
- ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação. In: _____ (Org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ZARIF, Da necessidade de que o processo seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 139-145.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Recurso de Agravo: origem e evolução

Fernando Ribeiro da Silva Carvalho¹

Resumo: A análise do Recurso de Agravo desde a sua origem, englobando sua evolução histórica, deve ser feita de forma minuciosa por se tratar de importante instituto processual no que concerne à efetivação da Justiça como um meio de defesa e de impugnação de decisão. A sua importância vem à tona pela presença do instituto no ordenamento jurídico brasileiro desde o período em que a colonização lusitana foi imposta, permanecendo até os tempos atuais, embora tenha sofrido bastante mudanças nessa trajetória. Buscar as origens do referido recurso e seus elementos de modificação, como fontes que o criaram, conceitos básicos, finalidades, modalidades de interposição, pode ajudar na justificativa e no esclarecimento de sua tão longa permanência no campo jurídico processual.

Palavras-chave: Processo Civil; Recurso de Agravo; Origem; Evolução histórica.

Introdução

O campo jurídico brasileiro ainda sofre com a rasa produção acadêmica no que concerne a trabalhos específicos que retratam a historiografia de instrumentos processuais. Isto é, a maior parte dos escritos científicos voltam-se ao panorama atual dos institutos jurídicos, tais como são aplicados, quais os cabimentos e se estão (ou não) preenchidos seus requisitos obrigatórios.

A constatação trazida não tem a intenção, embora possa parecer, de criticar as produções hodiernas, mas tão somente fomentar um novo olhar, com lentes históricas, para os institutos pesquisados, a fim de que os trabalhos consigam ser mais robustos e proveitosos.

A história do direito volta a ter um lugar nos cursos jurídicos depois de várias décadas de abandono. A razão de ser deste interesse renovado creio que vem da situação de mudanças sociais pelas quais passa a nossa sociedade neste fim de século. [...] Também a pesquisa histórica foi revolucionada nos últimos tempos. Uma história nova, uma história material, uma história das mensalidades e uma espécie de arqueologia do cotidiano esquecido geraram novos objetos de investigação (LOPES, 2002, p. 17).

A análise das origens de qualquer instituto é salutar para uma melhor compreensão do objeto analisado, na medida em que o passado, sua criação e a respectiva evolução no tempo, sirvam de vetor e olhar diferenciador para o contexto atual.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado. advocacia@fernandoribeiro.adv.br.

Não obstante o passado ser subjugado nos estudos acadêmicos, sua importância no esclarecimento e compreensão dos institutos jurídicos é flagrante, pois ajuda a contextualizar as suas finalidades por meio de sua criação.

No leitor de história isto provoca uma certa pré-compreensão da sociedade e dos indivíduos ou um certo sentido (inconsciente) da prática. Ou seja, o leitor (tal como o autor) está predisposto para aceitar certas formas de explicar a ação individual e social; espera que a narrativa se adeque à sua sociologia impensada e a comprove. Isto é particularmente nítido em relação às idéias de poder, de Estado e de direito, núcleos temáticos da história jurídica e político-institucional, tal como tem sido entendida desde há quase 200 anos (HESPANHA, 1986, p. 192).

Assumindo então o intérprete do Direito a ciência jurídica como manifestação aberta, devem seus conceitos e métodos serem analisados de forma complementar, associada ao contexto social e às pressões externas.

A ciência jurídica tal como a concebem os juristas e, sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito com a história do desenvolvimento interno dos seus conceitos e dos seus métodos, apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna (BOURDIEU, 1989, p. 212).

Ao partir desse novo referencial e ponto de vista, a compreensão dos institutos torna-se ampla e completamente contextualizada.

Unir al estudio de la legislación el de la historia tenía para el asturiano el sentido de capacitar al magistrado para saber no sólo de la ley sino también de la constitución, esto es, de las condiciones sociales y políticas en que la legislación fundamental se había ido produciendo (VALDÉS, 2010, p. 30).

Mas, antes de se adentrar na seara jurídica recursal, objeto deste estudo, deve-se criticar aqueles que transmitem aos recursos a responsabilidade por uma justiça morosa e demorada. A velocidade na tramitação dos processos nunca foi, e ainda não é, diretamente relacionada ao número de recursos disponíveis nos ordenamentos jurídicos processuais.

Essa argumentação é por demais afoita e ajuda na crença de que para dar maior celeridade aos processos judiciais dever-se-iam abolir alguns recursos existentes ou diminuir suas hipóteses de cabimento.

O recurso nada mais é que uma faculdade atribuída às partes com a finalidade de terem uma segunda opinião sobre a matéria recorrida, e sempre dependerá do elemento vontade. "Pode-se conceituar recurso, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento e a integração de decisão judicial que se impugna" (MOREIRA, 2003, p. 233).

E, sendo assim, os recursos não podem ser apontados como causa de qualquer superlotação processual em sede dos Tribunais Superiores. Pelo contrário.

Não se deve fazer análises com foco nas consequências (aumento do número de recursos), desconsiderando-se as reais causas desse problema, tais como aumento do número demográfico, processos judiciais em quantidades cada vez maiores, contingente de servidores insuficiente, burocracia na tramitação e conhecimento de recursos, decisões judiciais viciosas, etc.

Para se ter uma idéia esclarecedora, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o crescimento demográfico brasileiro desde 1950 até o ano de 2010 saltou de 51.944.397,00 (cinquenta e um milhões novecentos e quarenta e quatro mil trezentos e noventa e sete) para 190.755.799,00 (cento e noventa milhões setecentos e cinquenta e cinco mil setecentos e noventa e nove) pessoas, demonstrando um aumento considerável de aproximadamente o quádruplo do antes registrado. Em 2017, a estimativa da população chegou ao patamar de 208.725.334 (duzentos e oito milhões setecentos e vinte e cinco mil e trezentos e trinta e quatro) pessoas vivas no Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça, mediante um dos seus estudos e publicações (Justiça em Números, 2017, p. 37) ratificou em 2017, com ano base de 2016, a existência de 18.011 Magistrados em território brasileiro, consideradas as Justiças Estaduais, Federais, do Trabalho, e Eleitorais, juntamente com seus respectivos Tribunais, sendo uma média então de 1 (um) Magistrado para cada 11.589 (onze mil quinhentos e oitenta e nove) pessoas.

Essas circunstâncias, sem sombra de dúvidas, fortalecem a indispensabilidade do estudo histórico sobre os institutos processuais, a fim de que não se produzam conclusões falaciosas e/ou afoitas sobre os mesmos com olhar tão somente na atualidade e nas consequências expostas.

Origem do Recurso de Agravo

O Direito Português, desde o período da colonização, teve influências e repercussões imensas em terras brasileiras, haja vista ser-lhe aplicado em virtude de não ter no Brasil qualquer regulamentação jurídica formal antes de seu descobrimento e da sua colonização.

Entre vários institutos jurídicos lusitanos, no que se refere especificamente às impugnações de decisões judiciais, o Agravo passou a ter uma grande notoriedade. Isto porque Dom João IV proibiu a interposição de quaisquer recursos em face de decisões interlocutórias, tornando-as, em regra, irrecorríveis.

Diante da referida proibição, aos juízes só lhe restavam a possibilidade de revogar suas decisões interlocutórias de forma discricionária. Isso, sem sombra de dúvidas, dava ao Magistrado um poder imenso, sem que tivesse grandes responsabilidades sobre suas decisões.

Na historiografia europeia têm sido observados dois obstáculos existentes no direito mais antigo à responsabilidade judicial: em primeiro lugar, um princípio constitucional segundo o qual o príncipe não pode agir de forma ilícita ("the king can do no wrong"); em segundo lugar, o instituto do caso julgado. No entanto, apesar da formação do caso julgado poder constituir o caminho para

um princípio de irresponsabilidade dos magistrados pelas suas decisões, não é menos certo que as ordens jurídicas medieval e moderna estabelecem uma notável exceção, constituída pela admissibilidade de recurso de revista contra decisões já transitadas (BARBAS HOMEM, 2003, p. 591).

E, não satisfeitos com essa insegurança jurídica, os litigantes que não se conformavam com essa tamanha discricionariedade, muitas das vezes danosas, passaram a se queixar ao Rei.

O objetivo primordial dessas queixas era afastar o prejuízo sofrido e obter uma decisão mais favorável a seus interesses, antes que o processo tivesse uma decisão final. Isso porque a maioria dos litigantes não se contentavam, e ainda não se contentam, de forma instantânea com decisões a eles desfavoráveis. E para tanto, os meios aptos à formalização das queixas eram as querimas ou querimonias.

[...] o remédio que então surgiu aos litigantes inconformados foi ir queixar-se a *El Rey*, usando das velhas práticas das *querimas* ou *querimonias*, e para tanto, remetendo ao rei suas súplicas acompanhadas de instrumento escrito, o estormento ou a Carta testemunhável (CARNEIRO, 1999, p. 9).

Naquele período, necessário frisar, o campo jurídico não era completamente centralizado, tendo, inclusive, diversas formas de manifestação judicial, trazidas pelos juizes de vintenas, juizes de fora e ouvidores.

A posição do Rei era tida como uma dádiva divina e seus poderes emanavam do Senhor, aplicando justiça, castigando e/ou premiando aqueles que assim mereciam. Na tentativa de cada vez mais centralizar seu poderio, o Rei andava por todo o país, acompanhado de sua corte, com o intuito de uniformizar os conflitos existentes.

As querimas ou querimonias, portanto, *a priori*, eram efetivadas de forma oral, de modo que o litigante inconformado pudesse, diante da Majestade, declamar todo o seu inconformismo, com vistas a melhorar sua situação danosa.

Trata-se da sobrevivência de uma prática de largo uso nos primórdios da monarquia, quando o soberano percorria o país, com sua corte deambulatória, e administrava a justiça pessoalmente aos vassallos, conhecendo das queixas que lhe apresentavam mediante as "*querimas*" ou "*querimonias*" (AZEVEDO; COSTA, 1996, p. 150).

Nota-se que, com o passar do tempo e com o aumento considerável das queixas ao longo de toda a extensão territorial brasileira, os inconformismos com as decisões interlocutórias passaram a ser efetivados por meio de documentos escritos, para que aumentassem a credibilidade e a veracidade das alegações aduzidas pelos litigantes interessados e prejudicados.

Nesse momento, já se colocavam em cheque as simples alegações das partes e começava-se, assim, a dar maior relevância aos documentos escritos. "Surgiram, assim, as cartas "testemunháveis", instrumentadas pelo Escrivão, e os "estromentos pobricos ou d'agravo", formadas pelo Tabelião" (PEREIRA, 1999, p. 10).

Esses documentos instrumentais, quais sejam os estromentos pobricos e as cartas testemunháveis, passaram a ser indispensáveis para o julgamento das querimas e querimonias. Ajudavam a comprovar as alegações, dando maior razoabilidade aos pleitos dos inconformados.

[...] com o propósito de obstar condenações iníquas decorrentes de falsas asserções não documentadas no processo, estabeleceu a obrigatoriedade de todos os atos e termos do processo serem redigidos e autenticados por um público notário [...] (AZEVEDO; COSTA, 1996, p. 150).

Passado o tempo e aprimorada a sistemática jurídica, as queixas unicamente verbais foram perdendo força e cada vez mais foram-se consolidando as querimas e querimonias escritas, que, em futuro breve, dariam espaço ao Recurso de Agravo.

Segundo Azevedo e Costa (1996), a criação do Agravo somente se deu através das Ordenações Manuelinas, embora seu escopo tenha sido constituído já na vigência das Ordenações Filipinas.

O termo "agravo" passou por um processo de metonímia, pois antes servia para fazer referência a situações gravosas ou aos gravames decorrentes de decisões judiciais desfavoráveis a qualquer litigante, entretanto, em virtude das diversas peças que a própria evolução histórica nos prega, o termo tomou acepção completamente inversa, passando a descrever o remédio apto a curá-las.

[...] todavia, ao correr dos anos, por uma figura de linguagem denominada *metonímia*, alterou-se o sentido da palavra, trocando-se a causa pelo efeito, com a transposição do nome do mal para o remédio que se destina a curá-lo. No direito espanhol, o *agravio* é o ato do juiz que prejudica a parte; no direito português e brasileiro, tornou-se o recurso com que se busca remediar o prejuízo [...] (COSTA *apud* CARNEIRO, 1998, p. 10).

Ao estar finalmente vigente no ordenamento jurídico lusitano e, conseqüentemente, no ordenamento brasileiro, por meio das Ordenações Manuelinas, o Agravo passou a ser o recurso por meio do qual as partes prejudicadas se insurgiam contra decisões interlocutórias e sua interposição poderia se dar de duas formas distintas.

Caso o órgão revisor se encontrasse no mesmo local que o órgão atacado, o Agravo era interposto por petição simples. Em contrapartida, caso os órgãos *a quo* e *ad quem* estivessem situados em locais distintos, o Agravo se daria na modalidade por instrumento.

Essa limitação territorial foi estabelecida de forma objetiva, pois "[...] fixou-se uma distância-limite (cinco léguas) entre as sedes dos dois juízos; abaixo dela, o agravo seria de petição e acima, de instrumento" (PEREIRA, 1999, p. 10).

No reinado de D. João III, por carta régia de 5 de julho de 1526, aos recursos referidos se acrescentou o de *agravo no auto do processo*, interponível de despacho relativo à ordem procedimental, pela influência que a mesma pudesse ter no julgamento da causa (SANTOS, 2003, p. 129).

Outra modalidade, segundo Amaral (2011, p. 7), já existente nas Ordenações, foi o *Agravo de Ordenação Não Guardada*, o qual era cabível em hipóteses mais genéricas, ao contrário dos Agravos de Petição e Instrumento, os quais desafiavam hipóteses legais específicas.

O Agravo de Ordenação Não Guardada servia para combater decisões judiciais que não guardassem os regramentos específicos das Ordenações, descumprindo flagrantemente hipóteses legais.

Muito embora haja quem sustente que o agravo de ordenação não guardada nada mais era do que uma variação dos agravos de petição e de instrumento, utilizável quando o magistrado deixasse de observar o regramento previsto na Ordenação, fato é que o agravo de petição e o agravo de instrumento somente eram cabíveis nos casos típicos previstos em lei, enquanto o agravo de ordenação não guardada podia ser interposto contra quaisquer despachos ou mesmos sentenças definitivas (AMARAL, 2011, p. 7).

Embora tenha o Brasil se tornado independente, as Ordenações Filipinas e Manuelinas, juntamente com todos esses agravos, continuaram a ter vigência em todo o território nacional.

Em meados dos anos de 1832 a 1842, conforme ensinamentos de Santos (2003, p. 129), houve uma grande transformação na, até então, sistemática recursal (no que tange aos agravos). O agravo ordinário e o agravo de ordenação mal guardada foram dizimados.

No direito posterior, tanto em Portugal como no Brasil, a evolução histórica descreveu numerosos meandros e vaivéns, ora abolida, ora restaurada esta ou aquela modalidade de agravo, naturalmente com variações também nos respectivos âmbitos de cabimento (MOREIRA, 2003, p. 483).

Mas, vale lembrar, que o Recurso de Agravo subsistiu mesmo após a Independência do Brasil, passando pelo período Imperial e sacramentado na era republicana, consolidado de forma incontestada com a criação do primeiro código de processo civil genuinamente brasileiro de 1939.

Evolução do Recurso de Agravo na sistemática processual genuinamente brasileira

Essa roupagem do Recurso de Agravo, como dito alhures, esteve vigente no Brasil mesmo após a Independência de Portugal, quando se passou do período histórico do Colonialismo para o período Imperial.

[...] Registre-se que os regramentos previstos nas Ordenações Filipinas, mesmo após a independência política de Portugal ocorrida em 1822, continuaram a ser aplicados no Brasil, consoante Decreto datado de 20 de outubro de 1823, que previu a continuidade da aplicação da legislação portuguesa no Brasil, naquilo que não infringisse a soberania e o regime nacional, ou seja, mesmo após a independência proclamada, figuras do direito processual civil seguiam modulação da última das Ordenações do Reino (MAZZEI, 2014, p. 182).

A influência lusitana no Direito Brasileiro, em especial no que tange ao Processo Civil e mais especificamente ao Recurso de Agravo, é de sobremaneira avassaladora. Mesmo com a derrocada do Imperialismo e a ascensão da República do Brasil, em 1889 com o ato de Proclamação, o Recurso de Agravo sobreviveu, embora com novos contornos.

No ano de 1939, o Brasil se libertou, pelo menos na formalidade, das garras processuais do Direito Português, pois promulgou seu primeiro diploma genuinamente brasileiro voltado ao direito processual, qual seja o Código de Processo Civil.

Dentro desse caderno de normas procedimentais, o Recurso de Agravo subsistiu como aquele destinado a atacar decisões judiciais terminativas de primeiro grau. Se diferenciavam das Apelações, pois estas, por sua vez, destinavam-se a guerrear decisões judiciais definitivas dos juízes *a quo*.

Aos despachos, como importantes impulsores judiciais sem cunho decisório, nenhum recurso correspondente era apto a atacá-los.

Eram 03 (três) as espécies de Agravo no Código de Processo Civil de 1939: o agravo de petição; o agravo nos autos do processo; e o agravo de instrumento.

No Código de Processo Civil de 1939, contra decisões de primeiro grau havia, além da apelação, três espécies de agravo nominado: o de petição, que enfrentava decisão extintiva que não fosse de mérito; o agravo no auto do processo, que atacava decisões terminativas, sob a justificativa prática de que a reforma traria prejuízos processuais; o agravo de instrumento, reservado, casuisticamente, em princípio, para decisões interlocutórias, sob a justificativa doutrinária de que a subida de imediato poderia evitar danos maiores, sendo, depois, estendido até a certas espécies de sentença (SANTOS, 2008, p. 664).

O notável caderno processual com o passar do tempo foi ficando defasado, precisando de atualização urgente, já que o Direito Processual passou a ter contornos de ciência jurídica autônoma. Os estudiosos passaram a se debruçar pelas mais diversas matérias processuais, teorizando e conceituando cada vez mais os institutos contemplados pelo processo, motivo pelo qual um novo código deveria surgir a fim de que sistematizasse contextualizadamente essa nova era.

Na década de 60, mais precisamente em 1961, um novo Código de Processo Civil foi promulgado, passando a ser alterado em 1967. Uma nova alteração completa deu origem ao Código de Processo Civil de 1973.

Mais científico e com concepção formalista por essência, o Código de Processo de 1973, mais uma vez ratificou o Recurso de Agravo, mas desta vez suas modalidades (espécies) foram reduzidas.

Somente a grande reforma de 1973, trazendo codificação mais atual e contemporânea aos ordenamentos estrangeiros assemelhados, eliminou alguns institutos considerados como recursos no diploma de 1939 (agravo de petição, agravo no auto do processo, embargos de nulidade e infringentes nos tribunais, revista e os embargos de divergência de jurisprudência no Supremo (MAZZEI, 2014, p. 189).

O Recurso de Agravo, na codificação de 1973, em juízo de primeiro grau, poderia ser interposto apenas por instrumento ou de forma retida, e essa opção seria dada aos próprios litigantes. O Agravo por instrumento era dirigido ao Juízo *ad quem*, a fim de afastar prejuízos iminentes, enquanto o Agravo Retido era interposto no próprio processo onde a decisão gravosa havia sido prolatada, sendo apreciado tão somente no momento do julgamento da Apelação, caso o Agravante o ratificasse nas razões ou contrarrazões de Apelação.

O manejo do Recurso de Agravo por meio de Instrumento ou de forma Retida, neste Código de Processo Civil de 1973, se dava por opção exclusiva das partes. Isto é, o próprio litigante fazia a análise acerca da modalidade recursal de agravo que seria melhor e mais efetiva para seu caso em concreto.

Havia a possibilidade do juízo de retratação nos casos de Agravo de Instrumento, bem como a efetivação ou não de efeito suspensivo para o recurso.

No início, com o advento da redação original deste novo Código, o Recurso de Agravo era menos utilizado, pois suas hipóteses de incidência não eram muito específicas, já que não existiam muitas decisões interlocutórias capazes de gerar dano iminente às partes.

Entretanto, com o advento da Lei 8.952 de 1994, houve a criação do instituto jurídico processual da antecipação dos efeitos da tutela, por meio do qual em todos os procedimentos, até mesmo no ordinário, era possível a concessão de decisão liminar que antecipasse às partes o mérito que provavelmente (juízo de cognição sumária) seria dado ao final do processo.

O número de decisões judiciais antecipatórias aumentou, potencializando por demais o número de interposição dos Agravos, seja por meio de instrumento ou de forma retida. “Assim, houve um brutal aumento de decisões interlocutórias, relacionadas à antecipação dos efeitos da tutela pretendida e, por conseguinte, uma enxurrada de recursos contra elas interpostos” (RODRIGUES NETTO, 2005, p. 10).

As reflexões acerca do Recurso de Agravo foram intensificadas, pois a partir da Lei citada, uma nova sistemática processual foi trazida à tona, já que o número de decisões potencialmente danosas aumentou, assim como a quantidade de Recursos de Agravo interpostos e o trabalho nos tribunais superiores, gerando críticas acerca da violação ao princípio da celeridade e dos entraves na marcha processual.

Após diversas discussões na doutrina e nos Tribunais Superiores, o Novo Código de Processo Civil vigente, do ano de 2015, trouxe nova sistemática evolutiva ao Recurso de Agravo, por meio do artigo 1.015 e seus sucessores.

Em primeiro grau, portanto, só é previsto hodiernamente contra decisões interlocutórias o Recurso de Agravo de Instrumento, nas hipóteses trazidas em lei (*numerus clausus*). As hipóteses de cabimento são fechadas e restritas àquelas previstas no art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil. O Agravo Retido, por sua vez, foi completamente extirpado.

Agora, com o Código de Processo Civil de 2015, mudanças substanciais ocorreram, especialmente no que respeita à retirada do agravo retiro e a previsão expressa das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento contra as interlocutórias de primeiro grau (ARAÚJO, 2016, p. 207).

Na contramão do Código anterior, o Novo Código de Processo Civil, preferiu restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias às hipóteses legais. Isto é, embora mantivesse o instituto das tutelas provisórias de urgência inalterado, com decisões potenciais a trazer danos às partes, pois analisadas somente com juízo sumário de probabilidade, as hipóteses recursais contra essas interlocutórias foram extremamente reduzidas.

Conclusão

O presente trabalho tem como escopo analisar com foco historiográfico a sistemática recursal pertinente ao Recurso de Agravo, dando ênfase na sua criação e aplicação primitivas, para tão somente analisar a evolução e a perspectiva atual do referido instituto.

Parece intuitivo asseverar que há uma grande influência lusitana no Direito Brasileiro, especialmente quando o foco é o Recurso de Agravo, instituto essencialmente português, criado com a finalidade de trazer à tona uma possível recorribilidade às decisões interlocutórias que Dom João IV afastou dos litigantes da colônia.

As querimas e querimonias evoluíram, passaram por um momento de transição oral para uma modalidade escrita, e com o tempo deram azo ao Recurso de Agravo por meio das Ordenações do Reino.

O Agravo, devido a um processo denominado metonímia, deixou de se referir aos danos e prejuízos que os litigantes enfrentavam, passando a se tornar exatamente o remédio apto a desafiá-los, tomando para si acepção completamente oposta ao significado original.

As primeiras modalidades de Agravo que surgiram foram o de Instrumento, nos Autos do Processo e o de Ordenação Não Guardada.

Permanecendo solidificado, mesmo sofrendo alterações legais, o Agravo foi incorporado também às Codificações Processuais de 1939, de 1973 e de 2015, todas genuinamente brasileiras.

O Agravo de Ordenação Não Guardada foi dizimado com o tempo, o Agravo nos Autos do Processo tomou outra forma, evoluindo para o Agravo Retido, que posteriormente também deixou de existir, e somente o Agravo de Instrumento subsistiu bravamente até os tempos atuais.

Embora tenha se alterado o regime de Agravos com o propósito de restringir as suas modalidades de existência e cabimento, uma crítica deve ser feita, pois não se deve enfrentar problemas vislumbrando tão somente as consequências trazidas, mas sim as suas causas de seu acontecimento.

A estrutura judiciária (número de juízes, de servidores, de materiais suficientes, etc.) não acompanhou o aumento demográfico brasileiro dos últimos anos, muito menos o acesso irrestrito às informações a respeito dos direitos das partes. Atrelado a isso, a Lei processual inovou, criando o instituto da tutela provisória de urgência, antigamente chamada de antecipação de tutela, que foi o grande propulsor do aumento dos riscos de prolação de decisões judiciais interlocutórias gravosas.

Proibir ou restringir o manejo do Agravo em função de acúmulo de processos no Poder Judiciário equivale a afastar os veículos de circulação no trânsito em virtude de as estradas estarem má pavimentadas.

Se há muita demanda do serviço judiciário, o que se deve fazer é aparelhá-lo para atender à sociedade, em vez de promover seu afastamento. Pedindo licença pela comparação, mas se a lógica legislativa é essa, deve-se pensar na hipótese de restringir ferozmente a circulação de veículos, porque as estradas estão intransitáveis. Ou reprimir o uso de água, pela população, já que o Poder Público não dá conta do saneamento básico. Solução pelo efeito, sem que as causas sejam descobertas, analisadas e equacionadas, não é efetivamente solução. É remendo (WAMBIER, A.; WAMBIER, R.; MEDINA, 2006, p. 244-245).

A evolução é latente em qualquer âmbito jurídico, sujeita inclusive às críticas positivas e negativas, e o que fica claro é que as lentes históricas de quaisquer institutos processuais precisam ser frequentemente restauradas e valorizadas, pois são por intermédio delas que se facilitam os estudos e as pesquisas dos institutos vigentes.

Referências

Documentos

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. (2010). Censo Demográfico. Séries Históricas. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=series-historicas>. Acesso em março de 2018.

_____. (2017). Estimativas da população. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?=&t=destaques>. Acesso em março de 2018.

JUSTIÇA EM NÚMEROS. (2017). Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em março de 2018.

Obras de apoio

AMARAL, Paulo Osternack. O Agravo nas Ordenações do Reino. *Revista de Processo*. V. 191/2011, p. 59-79, 2011.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A Recorribilidade das Interlocutórias no Novo CPC: Variações sobre o tema. *Revista de Processo*. V. 251/2016, p. 207/228. 2016.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; COSTA, Moacyr Lobo da. *Estudos de História do Processo: Recursos*. São Paulo: Joen, 1996.

- BARBAS HOMES, Antônio Pedro. *Judex Perfectus. Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal. 1640-1820*. Coimbra, Almedina, 2003, p. 594-623.
- BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 209-254.
- CAMPOS, Adriana Pereira. As correntes historiográficas do século XIX e seus procedimentos metodológicos. *Revista de História, Vitória*, v. 6, p. 119-126, 1998.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *O Novo Recurso de Agravo e Outros Estudos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GUEDES, Clarissa. A impugnação das decisões interlocutórias no direito lusitano. *Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro*, ano 3, v. IV, p. 182-222, 2009.
- HESPANHA, Antônio Manuel. A Historiografia Jurídico-Institucional e a "Morte do Estado". *Anuário de Filosofia Del Derecho, Madrid*, 1986.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte*, ano 12, n. 16, p. 177-204, 2014.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V.
- NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The Right to Appeal and Workable System of Justice. *Modern Law Review, United Kingdom*, n. 5, v. 65, p. 676-701, 2002.
- NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *Agravo no Direito Brasileiro*. São Paulo: Juarez Oliveira, 1999.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. Recurso de agravo: generalização de sua interposição sob a modalidade retida. *Revista Dialética de Direito Processual*. 2005.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. I.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.
- VALDÉS, José Maria Portilho. Entre la historia y la economia politica: origenes de la cultura del constituionalismo. In: GARRIGA, Carlos (Coord.). *Historia y Constitución trayectos del constitucionalismo hispânico*. México: Centro de investigación y docência econômicas, 2010, p. 27-57.

Notas sobre o *habeas corpus* coletivo: uma análise a partir do HC 143641/SP e do microssistema do Processo Coletivo

Francisco Vieira Lima Neto¹

Thaís Milani Del Pupo²

Resumo: O presente estudo é uma proposta de análise, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, das principais conformações da tutela penal coletiva realizada por meio *Habeas Corpus Coletivo*, traçando um paralelo com o Processo Civil Coletivo, tendo sido este o pioneiro na tutela de direitos transindividuais. Alerta-se, desde já, que o objetivo do presente não é um tratamento aprofundado do *habeas corpus coletivo*, mas sim dar as primeiras notas acerca de sua conformação e talvez, até mesmo, lançar mais provocações do que certezas.

Palavras-chave: Processo Civil. Processo Coletivo. Processo Penal. *Habeas corpus* coletivo. Microssistema da Tutela Coletiva.

Introdução

As técnicas processuais para defesa de direitos transindividuais não são objeto de estudo recente no meio jurídico, a mudança de postura decorrente de uma sociedade de massa pôde ser observada, inicialmente, com o surgimento de leis esparsas, criadas, mormente, para suprir a carência de um de Código de Processo Civil eminentemente individualista.

Na medida em que as leis foram de multiplicando e avançando para searas do preservacionismo ambiental e demais direitos difusos, da proteção dos consumidores e no surgimento das demandas coletivas que visam à proteção de direitos metaindividuais, teve origem, no ordenamento jurídico brasileiro, o denominado Microssistema de Processo Coletivo.

A evolução do Processo Civil Coletivo nos últimos 45 anos culminou em um novo diploma processual completamente aberto ao diálogo de fontes, bem como de uma nova espécie de ação coletiva, o incidente de resolução de demandas repetitivas. Ocorre que tais

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor permanente do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor pesquisador do Grupo de Pesquisa Desafios do Processo Civil. Procurador-Geral da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Vitória/ES, Brasil. E-mail: limaneto@terra.com.br.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pesquisadora e Secretária Executiva do Grupo de Pesquisa Desafios do Processo Civil. Assessora de Promotor de Justiça no Ministério Público do Espírito Santo. Vitória/ES, Brasil. E-mail: thais.milani.delpupo@gmail.com.

mudanças, deram-se apartadamente da esfera penal, podendo-se até mesmo dizer que esta se manteve, senão resistente às evoluções e empreendimentos da tutela coletiva, assimilando-os em ritmo lento.

O julgamento do *Habeas Corpus Coletivo 143641/SP* pelo STF em fevereiro do corrente ano, em que pese não tenha sido a única decisão neste sentido, tendo em vista que outras a precederam nos tribunais estaduais (HC 1080118354-9/RS; HC 207.720/SP; 142.513/ES) e no Superior Tribunal de Justiça (HC 207.720/SP; HC 303.061/RS; HC 360.69/RJ; HC 359.374/SP), foi indubitavelmente imprescindível para a conformação da tutela coletiva no âmbito penal.

O presente estudo é uma proposta de análise, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, das principais conformações da tutela penal coletiva realizada por meio *Habeas Corpus Coletivo*, traçando um paralelo com o Processo Civil Coletivo, tendo sido este o pioneiro na tutela de direitos transindividuais.

Importante alertar, desde já, que o objetivo do presente não é um tratamento aprofundado do *habeas corpus coletivo*, mas sim dar as primeiras notas acerca de sua conformação e talvez, até mesmo, lançar mais provocações do que certezas.

A tutela coletiva e o microsistema de Processo Coletivo no Brasil

Os direitos coletivos *latu sensu* durante muito tempo representaram um zona cinzenta do direito processual, pouco se estudava e menos ainda se escrevia. A dificuldade em traçar parâmetros claros de identificação ou de agrupá-los acentuava o processo de ineficiência jurídica em sua garantia. Tratava-se de uma estagnação do direito numa curva específica: a tutela individual.

Essa estagnação era um movimento contrário às modificações sociais, pois no momento pós-industrial uma "sociedade de massas" começou a formar-se e tomar corpo. Ocorre que o direito muitas vezes não é capaz de assimilar tais modificações com tanta eficiência, mesmo porque muitas vezes encontra-se impregnado de ideologia³. Assim, em que pese urgisse uma demanda por direitos compartilhados de massa o Estado Liberal estava muito focado em proteger interesses individuais, alijando-os e aumentando uma crise que, posteriormente, levou a derrocada e ascensão do Estado Social⁴, no pós-Guerra, quando, enfim, foram

³ Ideologia no âmbito deste estudo é apenas a concepção de que as proporções políticas de um Estado refletem não apenas no Poder Judiciário, mas também no direito produzido em sua égide, o direito legislado e também a doutrina, não é que não possa emancipar-se, mas não devemos ignorar que os reflexos estão presentes. Adotamos, portanto, a concepção fraca de ideologia, conforme distingue Mario Stoppino: "No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política.

⁴ Estado Social ficou caracterizado como aquele em que há preocupação não apenas com a segurança jurídica, mas também com ideais de justiça e igualdade, com fulcro na garantia e efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais. Ocorre que o Estado de Providência, como também era conhecido, tomado pela inflação do Estado sucumbiu, dando origem ao Estado Democrático de Direito, que é a adição do elemento democracia, nos termos do que ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior "Esse reconhecimento da

legitimados direitos coletivos *latu sensu* em três espécies: direitos coletivos, direitos difusos e o direitos individuais homogêneos.

Neste contexto, na década de 70, impulsionado pelas *class actions* norte-americanas o processo coletivo passou a receber maior atenção com a segunda *onda renovatória do direito processual*, articulada por Capelleti e Bryant Garth em *O acesso à Justiça*. Passou-se a perceber que as codificações processuais tradicionais, esculpidas na égide de um Estado liberal e, portanto, eminentemente individualistas, não promoviam eficazmente a tutela de direitos transindividuais (CAPELETTI, 1977, p. 131)⁵.

No Brasil o alijamento destes interesses é perceptível no fato de que apesar de já existirem normas infraconstitucionais os disciplinando apenas em 1988 passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, como bem aponta Hermes Zanetti Jr. (p. 63, *no prelo*) “até a Emenda Constitucional n.º. 1/69, a garantia da *ubiquidade* da justiça vinha sempre referida aos direitos individuais”.

Importante ressaltar que o não reconhecimento pela Constituição não implica em dizer que inexistiam direitos de índole coletiva ou até mesmo normas constitucionais tratando de tais direitos, o que ocorria é que a percepção encontrava-se deturpada, isto é, os direitos coletivos *lato sensu* eram equiparados ao patrimônio público e recebiam a proteção por esta ótica⁶. Uma “miopia” jurídica que foi corrigida especialmente com a Lei da Ação Civil Pública e com o Código do Consumidor, mas também pela Constituição Federal.

A constatação de Mauro Capelleti acerca da inaplicabilidade dos diplomas processuais liberais aos direitos transindividuais tomou forma, também, no sistema jurídico brasileiro. Com um Código de Processo Civil que já nasceu velho, pois com bem afirma Carlos Augusto Silva (2004, p. 38) “o Código *Buzaid* absorveu as conquistas do desenvolvimento da ciência processual, mostrando-se de grande valor técnico-teórico. Contudo não incorporou as novas tendências do processo civil”⁷, dentre as quais, destaca-se o processo coletivo.

necessidade de democratização da própria sociedade, vista como um ente distinto do próprio Estado, mas ao mesmo tempo integrado no Estado, aponta para uma complicada síntese entre o Estado de direito e o Estado Social ou *Welfare State*”.

⁵ Nas palavras de Mauro Capelleti: “As atividades e relações se referem sempre mais frequentemente à categorias de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo. Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos”.

⁶ Ensina Edilson Vittoresi que “Não é que, antes da Constituição de 1988, não existisse tutela do meio ambiente, por exemplo. A Constituição de 1934 já estabelecia a competência da União para legislar sobre florestas e a Constituição de 1946, mais específica, afirmava ficarem “sob proteção do Poder Público” as “obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza”. É certo, portanto, que esses chamados “novos direitos” não são assim tão novos. A inovação é que, até pelo menos a década de 1970, sua proteção se dava na condição de patrimônio público, pertencente ao Estado, e não a uma “sociedade” ou “grupo” distinto da pessoa jurídica de direito público política. Ainda em 1981, é possível encontrar no STF, tratando do “interesse comum” da União e dos estados-membros na preservação de florestas, denotando que a preocupação com direitos difusos estava amalgamada ao interesse estatal”.

⁷ Rodrigo Reis Mazzei em texto analítico sobre a história do Processo Civil no Brasil afirma: “De fato, o Código de Processo Civil de 1973 – notadamente na sua redação original – está arraigado dos princípios d o liberalismo, preso a uma concepção pouco social. Observe-se, por exemplo, que o Código de 1973 não

Diante disso, os conflitos que se desprendiam do âmbito meramente individual para atingir interesses de amplas parcelas da sociedade, quer fossem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, instauraram uma nova realidade, que não pôde ser abarcada pelas normas processuais tradicionais, reguladoras de um sistema processual em defesa de interesses individuais, que se mostravam inadequadas para solucionar a problemática de massas (MAIOLINO, 2005, p. 60).

Para suprir a ausência de regulação pelo diploma processual e retirar os direitos transindividuais do “limbo” tanto legislativo quanto doutrinário em que se encontravam, bem como visando dar-lhes maior efetividade, passaram a ter o regime processual ditado a partir de leis especiais, a primeira delas foi a Lei de Ação Popular datada de 1965, (Lei n.º 4.717/65), seguida da Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º

7.347/85) e, após a promulgação da Constituição de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.072/90), que foi importantíssimo para sanar questões que permeavam a tutela coletiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º

8.429/92) e o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) a Lei do Mandado de Segurança Coletivo (Lei n.º 12.016/2009) e a Lei do Mandado de Injunção Coletivo (Lei n.º 13.300/2016).

Tais estatutos normativos, somados à Constituição Federal e com subsídio do Código de Processo Civil, deram origem ao chamado *Microsistema da Tutela Coletiva*⁸, dotado de regras e princípios próprios, responsável por disciplinar, processualmente, a tutela de direitos transindividuais, retirando-os da marginalidade criada pelo Código de Processo Civil⁹.

Importante destacar que houve tentativas de unificar as disposições referentes ao Processo Civil Coletivo, o esboço de um Código-Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América, o Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual – CBPC/IBPD, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – CBPC e, mais recentemente, o Projeto de Lei n.º 5.139/2009, também denominada de Lei das Ações Coletivas, todas as empreitadas sem sucesso.

mostra preocupação de calibre com o a cesso à justiça e, muito pelo contrário, com raras exceções, opta por uma trilha em que o formalismo é colocado com farol de iluminação” (MAZZEI, 2014, p. 194-195).

⁸ A noção de Microsistemas Jurídicos foi esboçada por Natalino Irti (1999, p. 5-8), que partindo da noção de sistematicidade do ordenamento jurídico, aduz que em âmbito metodológico os microsistemas são uma expansão dessa racionalidade sistemática às leis especiais, de maneira que não se encontravam marginais ao ordenamento jurídico, senão a eles integradas, razão pela qual também à elas estendia-se a interpretação sistemática. Sendo assim, “os Microsistemas seriam as leis especiais ou extravagantes que regulam as relações jurídicas determinadas, com condução principiológica e critérios incomuns ao diploma geral” (MAZZEI, 2009, p. 390).

⁹ Neste sentido elucida Rodrigo Reis Mazzei, sem dúvida, um dos primeiros a defender a existência do Microsistema em questão: “com a certeza da importância dos microsistemas para o direito privado, tema que desperta interesse de grandes juristas a respeito, papel de destaque há de ser dado também no direito processual civil quando à possibilidade da formação de sistema especial concernente a tutela coletiva. Aferindo-se, pois, a existência do microsistema coletivo, que cuidará, com as regras e princípios próprios, processualmente da tutela de massa à margem do Código de Processo Civil pelo caráter individual deste” (MAZZEI, 2006, p. 15).

Nesse contexto, coexistiam no Brasil, lado a lado, dois modelos processuais: aquele voltado à tutela de causas individuais, regulado pelo CPC/1973, e aquele que promovia a tutela coletiva, regulado a partir do conjunto normativo do Microsistema do Processo Coletivo (CUNHA, 2010, p. 141-142).

Somente com o advento do Código de Processo Civil de 2015 o panorama supramencionado foi alterado, pois se na égide do diploma processual anterior, por ter como objeto precípua a tutela individual, todas as técnicas processuais e institutos ali previsto não se adaptavam a tutela de direitos coletivos, o atual código de processo possui uma estrutura plenamente conciliável.

Neste ínterim, o diploma de 2015 aplica-se diretamente e não mais supletivamente, subsidiariamente ou residualmente, como ocorria com seu antecessor, às normas do microsistema supracitado, conforme ensinam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti (2016, p. 49)¹⁰⁻¹¹. Essa mudança de postura decorre da atualização do paradigma sobre o qual se baseia o novel diploma, incorporando o espírito da Constituição de 1988 e cindindo o paradoxo metodológico do Código de 1973.

Ademais, destaca-se que com o CPC/2015 outra novidade foi incorporada à tutela coletiva, o surgimento de uma nova espécie de *processo coletivo*: o julgamento de casos repetitivos, previstos no art. 928, do mencionado diploma, que engloba o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Tendo em vista que o procedimento de julgamento de casos repetitivos tem por objeto a criação de uma decisão jurisdicional que não está adstrita ao caso efetivamente julgado (piloto), expandindo-se demais casos que partilhem do mesmo objeto, independentemente deste ser questão material ou processual, por meio de uma tese. A referida tese tem

¹⁰ Nas palavras dos autores: "o CPC-15 não é um "Código Oitocentista". Assume, novamente, à luz da necessidade de código, o dever de dar unidade narrativa ao direito processual (art. 15. Aplicação supletiva, subsidiária aos demais processos de produção de normas jurídicas). Organiza, pela introdução uma Parte Geral e pela consagração de normas fundamentais, um outro patamar de unidade, um sistema aberto, flexível e combinado com a Constituição e com os microsistemas processuais, em especial com o processo coletivo, fazendo referência expressa às Ações coletivas (art. 139, X e art. 985, I e II). Não está de costas para o microsistema, o abraça e envolve, sendo ponte de ligação entre o processo e a Constituição.

¹¹ Neste mesmo sentido esclarece Juliana Provedel Cardoso (2018, p. 82-83): " Nesse diálogo de fontes, entre código e leis especiais, as normas do Código de Processo Civil de 2015 se aplicam diretamente ao processo coletivo e deverão suprir determinada matéria quando não houver disciplina pelo microsistema do processo coletivo (v.g. precedentes), ou quando os microsistemas de processo coletivo disciplinar a matéria, mas de forma incompleta (v.g. distribuição dinâmica do ônus da prova no processo coletivo, conforme o art. 6º, VIII, CDC, cumulado com o art. 373 do CPC), mas não será aplicado quando ferir os princípios e a lógica do microsistema (v.g. art. 18, parágrafo único, do CPC, que não pode ser aplicado para o processo coletivo, uma vez que o substituído no processo coletivo é o grupo e se autorizada a intervenção das vítimas, além das ações individuais, o julgamento no processo coletivo restaria inviabilizado. A intervenção litisconsorcial no processo coletivo é autorizada pelo art. 94 do CDC, que deverá ser controlada pelo juiz. Para tanto, de acordo com o art. 94,§2º, art. 103, CDC, a intervenção se dará a título individual, e não ocorrerá a coisa julgada *secundum eventum litis* para esse caso). O Código processual se articula com o microsistema e, mais do que isso, incorpora normas de processo coletivo. Deste modo, com a comunicação entre diplomas, o Código de Processo Civil de 2015 não se exclui, mas é integrado ao microsistema de processo coletivo, que, deste modo, opera sistematicamente, organizado entre Código Constituição e leis especiais, em coordenação e influências recíprocas, conforme os objetivos constitucionais.

aplicação aos casos contemporâneos a sua fabricação e aos futuros, de aspecto individual ou de índole coletiva.

Considerando-se que o processo coletivo é aquele “que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ou passiva de titularidade de um grupo de pessoas”. (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 30), o julgamento de demandas repetitivas seria uma espécie de processo coletivo, pois a repetição da questão em diversos processos faz nascer o grupo (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 91).

Este entendimento não é uníssono na doutrina, para Sofia Temer (2016, p. 95) o julgamento de demandas repetitivas não poderia ser considerado uma espécie de processo coletivo, apesar de concordar que há uma dimensão coletiva, no entanto, por possuir natureza de processo objetivo, com fins de formar tese jurídica geral e abstrata diferencia-se das ações coletivas, por possuírem natureza eminentemente subjetiva e concreta. Aduz, por fim, que em comum as técnicas possuíram apenas a “função social”.

Em que pese as divergências, é por certo que os processo coletivo não está – e nem deveria – parado no tempo, imune à evoluir e ampliar-se, razão pela qual cremos ser crível que o diploma processual do século XXI, trouxe juntamente com suas técnicas inovadoras, um novo espectro do processo coletivo, o julgamento de causas repetitivas, que possuem dois momentos bem delineados: o julgamento da causa piloto, dando origem à uma norma individual concreta e a consequente formação de uma tese, esta sim, com fins gerais e abstratos. Diante disso, coexiste na técnica a natureza subjetiva e objetiva.

Dito isso, passamos a analisar, brevemente, o papel assumido pelo *habeas corpus* no Estado Democrático de Direito, que tal como a tutela coletiva teve suas respectivas reconfigurações.

O *habeas corpus* no estado democrático de direito

O *habeas corpus* é um instrumento jurídico tradicionalíssimo que remonta sua origem ao ano de 1215, com a Magna Carta do rei João Sem Terra (MIRANDA, 1979, p. 11), e sempre esteve historicamente associado a uma conquista civilizatória. Juridicamente é tema que encantou muitos notáveis, sendo sempre muito estudado sem que isso o torne fastidioso, justamente porque tal instituto tem como característica fundamental de sua constituição a adaptabilidade: mais de mil anos se passaram desde seu surgimento e, ainda hoje, temos coisas a aprender sobre o *habeas corpus*.

Não é o objetivo do presente estudo uma análise histórica do *habeas corpus*, tampouco comparativa, com o instituto no modelo do *Common Law*, basta para nós uma breve revisão amplitude que tal instrumento assumiu no Estado Democrático de Direito¹², deixando de

¹² Importante ressaltar que durante a Ditadura Militar do Brasil o *habeas corpus* foi banido do direito brasileiro pelo AI-5, de 13 de dezembro de 1968, conforme previsão do art. 10: “Fica suspensa a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”. No mesmo sentido, a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, em seu art. 182 reproduziu o AI-5, cuja revogação somente se deu em 31 de dezembro de 1978

ser um recurso para assumir o *status* de remédio jurídico-constitucional ou, ainda, uma *ação de impugnação*¹³.

As hipóteses de cabimento da medida encontravam-se originalmente estabelecidas no art. 647 e 648 do Código de Processo Penal, todavia não se trata de um rol taxativo, mas sim aberto. E, tanto é assim que cada vez mais tem se ampliado o cabimento do *habeas corpus*, sempre que algum vazio legislativo levar à estabilização de uma decisão ilegal ou injusta (GRECO FILHO, 1993, p. 306)^{14,15}.

A ampliação do *habeas corpus* atingiu a seara objetiva, ou seja, das hipóteses de cabimento podendo ser utilizada para trancamento de inquérito civil (STJ - RHC 36756/PA, AgRg no RHC 28133/DF; STF - HC 107382), de ação penal (STJ - RHC 28612/SP, AgRg no RHC 35000/RJ; STJ RHC 43750/BA), para rescindir a coisa julgada (HC 13207/SP) e para internação de criança e adolescente (HC 312262/SP), bem como sua própria constituição, isso é, podendo ser aplicado repressivamente ou preventivamente (salvo-conduto)¹⁶.

Ademais, a própria legitimidade para propositura da ação de impugnação foi elastecida, podendo inclusive ser pleiteada pelo Ministério Público, em favor de qualquer pessoa, inclusive do réu (GRINOVER, 2009, p. 308) e por pessoas jurídicas em favor de pessoas físicas (HC 88747 AgR) ou jurídicas (RHC 24933/RJ; HC 147541/RS; RHC 28.811/SP) ou, mesmo de ofício pelo juiz (art. 654, §2º do CPP) e, ainda, a possibilidade de extensão dos efeitos do *habeas corpus* para outras pessoas que se encontrem na mesma situação fática (art. 580 do CPP).

Todas essas flexibilizações e ampliações, bem como tantas outras não mencionadas, são muito importantes para que o *habeas corpus* assumisse o importante papel que desempenha na tutela de direitos fundamentais.

¹³ Marcellus Polastri Lima (2013, p. 1103) apresenta com irreparável clareza a noção de ação de impugnação: "Como se sabe os recursos não instauram nova relação processual e sim prorrogam a relação já instaurada no processo, mas, ao contrário, as chamadas ações de impugnação instauram nova relação processual. São, assim, ações e não recursos, instaurando-se novo procedimento de impugnação de decisões. O Código chama de Recursos tais ações de impugnação, mas trata-se de evidente falta de técnica de legislador de 1941". Acrescenta o autor, ainda, que a reforma do Código de Processo Penal já prevê em apartado dos recursos as ações impugnatórias, das quais é parte o *habeas corpus*.

¹⁴ José Barcelos de Souza (1998, p. 11) constata que "Modernamente, agora na área do Direito Processual Penal, estamos assistindo à consolidação de uma nova concepção do instituto, tão importante e tão significativa como a da antiga e histórica doutrina brasileira do *habeas corpus*. Trata-se de sua utilização como um recurso de larga abrangência, independentemente da existência de prisão ou ameaça concreta à liberdade de locomoção é o *habeas corpus processual* como tenho chamado".

¹⁵ Desde Ruy Barbosa já se objetivava a difusão do instituto com meio de combater as arbitrariedades do Poder Judiciário. Assim, defendia que o *habeas corpus* não estava circunscrito aos casos de constrangimento corporal, mas sim que "se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade" (ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 21), o que denominou de *habeas corpus à brasileira*, posteriormente suprimido pela reforma constitucional de 1926.

¹⁶ Segundo Ada Pellegrini Grinover (1981, p. 174) O campo de abrangência do *habeas-corpus* preventivo é o mais amplo possível, encontrando aplicação em todos os casos do art. 648 CPP, e mesmo nos não compreendidos na enumeração legal. Pense-se no campo extrapenal, quando a ameaça de lesão à liberdade de locomoção provenha do juiz civil, nos casos de prisão por alimentos ou do depositário infiel (art. 153, § 17 da Constituição).

***Habeas corpus* coletivo na perspectiva do Supremo Tribunal Federal: uma análise a partir do HC 143.641/SP**

Como já mencionado, o *habeas corpus* na medida em que se avançou democraticamente ampliou-se, passando a assumir um *status* de ação de impugnação, bem como grande importância na proteção de direitos fundamentais. Era questão de tempo para que também as questões de demandas em massas permeassem a membrana que envolve o direito penal e, conseqüentemente o *habeas corpus*, especialmente pelas péssimas condições do Sistema Prisional Brasileiro, já reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 347 MC/DF, que entendeu pela existência de estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental.

Assim, timidamente foram dirigidos para apreciação do Superior Tribunal de Justiça *habeas corpus* coletivos, podemos destacar: HC 207.720/SP HC 303.061/RS, HC 360.69/RJ, HC 359.374/SP, os três últimos decorrentes de violações do sistema prisional. A jurisprudência do STJ manteve-se oscilante.

A controvérsia entorno da admissibilidade do *habeas corpus* coletivo foi decidida em fevereiro do corrente ano, quando o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 143.641/SP, bem como teceu considerações acerca da espécie.

Breve resumo do 'Habeas Corpus' 143.641/SP¹⁷

Segundo o relator do mencionado *habeas corpus* coletivo, Ricardo Lewandowski, este foi impetrado, inicialmente, por membros do coletivo de Advogados em Direitos Humanos em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sobre sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

O pedido para que as mulheres respondessem em liberdade foi embasado no art. 25, I, da Convenção Americana de Direito Humanos, no caráter sistemático das violações às presas provisórias em razão de falhas estruturais no sistema nos termos da ADPF 347 e na previsão da Lei nº 13.257/2016, que dentre outras modificações, alterou a redação do inciso IV, do art. 318 do Código de Processo Penal, e inseriu os incisos V e VI, ampliando a possibilidade de substituição de prisão preventiva por domiciliar, para quaisquer gestantes, mulher com filho até 12 anos ou homem, se for o único responsável pelo menos de 12 anos.

Especificamente no que refere ao cabimento do *habeas corpus* coletivo a Defensoria Pública da União sustentou a possibilidade diante da existência de mandado de segurança e mandado de injunção coletivos, ademais apontou também o reconhecimento da representatividade da defensoria pública, até por ter repercussão federal.

¹⁷ O inteiro teor do julgamento está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>.

Contrariamente, foram apresentados os argumentos de que o *habeas corpus* tem por escopo a proteção ao direito individual de liberdade de locomoção, impossibilitado, portanto, de ser concedido de forma genérica, pois formaria norma geral, uma espécie de suma vinculante ou instrumento de política pública criminal. E, no mesmo sentido, alega-se que a maternidade não pode ser utilizada como garantia à prisão, tendo em vista que o art. 318, do CPP não estabelece um direito subjetivo automático.

'Habeas corpus' coletivo: cabimento, competência, legitimidade e extensão

Antes de iniciarmos a traçar os contornos do *habeas corpus* coletivo, conforme tratado no HC 143641/SP é importante esclarecer que o referido *decisum* foi proferido pela 2ª Turma do STF e, portanto, não houve formação de uma tese ou precedente¹⁸, razão pela qual, em que pese sirva de parâmetros para os primeiros esboços do *habeas corpus* coletivo, não tem caráter geral e abstrato, ou seja, foi traçado para os fatos apresentados e julgados.

(i) No que se refere ao cabimento do *habeas corpus* a premissa adotada pelo relator é o Acesso à Justiça. Nos termos do que já foi explanado no item dois, os direitos transindividuais é uma resposta à sociedade pós-industrial, sendo irreversível a proliferação de direitos desta natureza, os meios para sua proteção devem ser cada vez mais explorados juridicamente, até mesmo para garantir que a estrutura do Poder Judiciário não seja desestabilizada.

Diante disso, como bem colocou o Ministro Relator a ação coletiva emerge como sendo talvez a única solução viável para garantir o efetivo acesso à justiça, especialmente dos grupos mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico (STJ, 2018, p. 18, acesso online)¹⁹.

Trata-se igualmente de um argumento que visa a conservação da própria estrutura do Poder Judiciário, com o descongestionamento do acervo processual, que saber hoje se um

¹⁸ A jurisprudência e os precedentes se diferenciam tanto de um ponto de vista quantitativo, pois a primeira exige uma série de decisões enquanto o segundo apenas uma, quanto qualitativo, tendo em vista que os precedentes são compreendidos a partir de fatos, da relação entre fatos e direitos e através de uma análise comparativa dos fatos da causa e dos fatos referentes à formação do precedente (TARUFFO, 2007, p. 11-20). Na doutrina brasileira, é esclarecedora a lição de Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 303-304) "A expressão 'direito jurisprudencial' é de uso habitual nos países de tradição de *civil Law*. Essa expressão, normalmente, refere-se ao uso reiterado de decisões judiciais, como por exemplo do que os tribunais estão decidindo, indicando uma linha de entendimento dos tribunais. Nos países de tradição de *civil Law*, a jurisprudência é apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligada aos costumes, não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária. Portanto, não é considerada, do ponto de vista dogmático, norma válida e obrigatória [...] Precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial entendido como repetição de decisões reiteradas, por mais que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato. Os precedentes judiciais, como entendemos neste trabalho, consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso, suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado o caso atual, se extrai a *ratio decidendi* ou holding como o *core* do precedente".

¹⁹ Aprofundando na problemática asseverou Ricardo Lewandowski: "É que, na sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo, sendo conveniente, inclusive por razões de política judiciária, disponibilizar-se um remédio expedito e efetivo para a proteção dos segmentos por elas atingidos, usualmente desprovidos de mecanismos de defesa céleres e adequados" (STF, 2018, p. 16, acesso online).

dos maiores obstáculos à prestação de uma tutela justa, efetiva e temporânea. Ou, em outras palavras, um entrave à que o processo alcance seu escopo: a tutela de direitos e pessoas.

Em segundo plano, nos termos do já discutido no item três, partiu-se da concepção de *habeas corpus* como sendo um instrumento para defesa de direito fundamental e, como tal, merece ser explorado em sua total potencialidade, que inclusive sofreu sucessivas ampliações, especialmente na ordem democrática.

Assim, sendo o *habeas corpus* é maleável quando se refere às lesões aos direitos fundamentais, como se observam dos artigos 580 e 654, §2º, do Código de Processo Penal, que permitem a extensão à pacientes na mesma situação e a concessão *ex officio* pelo juiz, respectivamente.

Por fim, considerando-se que o *habeas corpus* realiza um juízo subjetivo, fundamentou a possibilidade de coletivização do instituto diante da tutela de direitos *individuais homogêneos*, nos termos do art. 81, *parágrafo único*, III do CDC, isto é: a formação de um grupo que, apesar de em um primeiro se indeterminável, é possível a posterior determinação, inclusive em sede de execução do *decisum*. A possibilidade de manejo do HC coletivo para tutelas de outros interesses será abordada adiante (subitem iv).

Parecem-nos irretocáveis as disposições do Ministro Relator. Em um judiciário em que há mais de 80 milhões de processos aguardando decisão judicial (CNJ, *acesso online*) não há como se prender ao processo individual. Acrescentamos que em matéria cível a tutela coletiva não é novidade, como tem diuturnamente avançando, criando-se mais e mais técnicas, como o julgamento de demandas repetitivas, com o qual, não podemos deixar de notar a semelhança.

(ii) A delimitação da competência em favor do Supremo Tribunal Federal baseou-se na relevância constitucional da matéria (STF, 2018, p. 20). No caso em questão, os critérios para definição da competência, poderiam dar-se conforme determinado na esfera penal, que, via de regra, é a autoridade judiciária hierarquicamente superior àquela que impugnou o ato vergastado.

Se tratando de *habeas corpus* coletivo em favor de todas as mulheres, de qualquer estado da nação, presas preventivamente e que se enquadrassem nos incisos IV, V e IV do art. 318, do CPP, a competência poderia ser atribuída ao STJ ou STF. Importante ressaltar que a inicial requereu fosse declarada a competência do STF, tendo em vista que o STJ, em outras oportunidades de julgar *habeas corpus* individuais, com base no mesmo fundamento, exigiu outros requisitos (STF, 2018, p. 9, *acesso online*). Sendo assim, em relação àqueles pedidos específicos já não teria competência para julgar.

Por outro lado, a competência poderia ser ainda atribuída a partir do exposto no criticado art. 93 do Código do Consumidor, uma vez tendo se reconhecido que o direito em apreciação tratava-se de direito individual homogêneo.

O presente caso é nitidamente de dimensão nacional, assim o autor poderia tanto optar pelas capitais dos Estados quanto para o Distrito Federal, visto que foi deixado à escolha do autor, para o que melhor lhe aprouver (*fórum shopping*). Ocorre que, conforme decidido no

juízo do Conflito de Competência 26.842-DF, a referida competência não é exclusiva do DF (STJ, 1999, acesso online), tampouco fazia sentido propor ação na capital do país, assim como em qualquer outro Estado.

Diante disso, o *decisum* seguiu a noção de *competência adequada*, segundo qual o juízo da causa, é também competente para julgar sua própria competência. Objetivando, com isso que o juiz, utilizando-se da regra do fórum non *conveniens*²⁰, e por meio do *kompetenzkompetenz*, realize o controle de sua competência evitando, assim, julgar causas para as quais não fosse o juízo mais adequado, quer em razão do direito ou dos fatos debatidos ou, ainda, pela relevância da matéria (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 102). Não se trata de ofensa ao Princípio do Juiz Natural (RODRIGUES, 2007, p. 174), mas de estabelecer um modelo com maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

(iii) Com relação à legitimidade para propositura, buscou-se fundamento na Lei do Mandado de Injunção Coletivo (Lei n.º. 13.300/2016), razão pela qual o ente legitimado no caso concreto foi a Defensoria Pública da União. Cabe-nos, todavia, alguns questionamentos.

O STF optou por espelhar a legitimidade do *habeas corpus* coletivo ao mandado de injunção, mas poderia igualmente tê-lo feito com o mandado de segurança coletivo, verificasse, portanto, que optou pela norma com maior elasticidade, é dizer, pelo rol mais extenso de legitimado, uma vez que segundo o art. 5, LXX, da Constituição Federal prevê apenas partido político com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais e entidades de classe ou associações, com o requisito de constituição a mais de 1 ano.

Certo é, também, que tendo reconhecido que o direito em debate era caracterizado como individual homogêneo, poderia ter tratado da legitimação a partir do art. 82 do CDC, que além de ser mais ou tão amplo quando o art. 12 da Lei n.º. 13.300/2016, excluía a necessidade de recorrer à analogia.

Parece-nos que na prática os efeitos seriam muito similares, tendo em vista o julgamento da ADI 3.943/DF, no entanto o STF preferiu a Lei do Mandado de Injunção Coletivo, a nosso ver, pelo expresso arrolamento da Defensoria Pública da União como legitimado, o que atendia aos fins do caso subjúdice.

(iv) Com relação à extensão do *decisum* verificou-se que o entendimento adotado é de que se trata de direitos individuais homogêneos, perfeitamente amoldável, tendo em vista decorrerem de uma origem comum (GIDI, 1995, p. 30-31), podendo tal fato se dar em ambientes geográficos ou históricos distintos, desde que homogêneos. Apesar de a redação legislativa ter esboçado uma concepção atomizada da dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos, concebendo-os como direitos acidentalmente coletivos, isto é, um feixe de direitos coletivamente tutelados, o STF, no julgamento do RE n.º. 163.231/SP, reconheceu o cunho genuinamente coletivo dos direitos homogêneos, é dizer que quando

²⁰ Na defesa da aplicação deste princípio ao processo coletivo, defende VERA MARIA BARRERA JATAHY que “para evitar os abusos, desenvolveu-se uma regra de temperamento, conhecida como *fórum non conveniens*, que deixa ao arbítrio do juízo acionado a possibilidade de recusar a prestação jurisdicional se entender comprovada a existência de outra jurisdição, mais adequada para atender aos interesses das partes, ou aos reclamos da Justiça em geral” (JATAHY, 2013, p. 9).

reunidos e tratados na esfera coletiva os direitos, até então individuais, transformam-se em subjetivamente coletivos, equiparando aos direitos coletivos e difusos para efeitos de tutela integral e assim permanecem, até o momento de sua liquidação execução (DIDIER JR., ZANETI JR., 2016, p. 72).

A leitura integral da decisão não deixa dúvidas que o *habeas corpus* coletivo, assumiu a tutela dos direitos individuais homogêneos por entendê-los na sua dimensão coletiva, tendo esboçado esse sentimento diversas vezes. Preocupa-nos, no entanto, o que não foi dito: é possível o manejo de *habeas corpus* coletivos *stricto sensu*?

Discussão similar deu-se no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo e, na ocasião, prevaleceu a tese ampliativa, segundo a qual "permite a tutela pelo *writ* coletivo dos direitos coletivos *lato sensu*, ou seja, dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos" (ZANETI JR., 2013, p. 70). Esta é a tese que melhor se coaduna com os preceitos de eficácia e tutela integral, presentes no Microssistema da Tutela Coletiva.

Por fim, importante destacar que se no âmbito civil a tutela dos direitos individuais homogêneos possui três fases bem delineadas: a formação da tese individual, a liquidação e a execução, a destinação à um fundo da verba não liquidada (DIDIER JR., ZANETI JR., 2016, p. 73-75), no âmbito penal há a formação da tese geral sucedida da fase de execução do mandamento. Ressaltamos que a individuação segue a mesma ordem, ocorrendo no momento da execução ou se houver ingresso da parte como assistentes litisconsorciais, conforme precisão do art. 94 do CDC. O sistema é também o *opt out*, típico do modelo coletivo brasileiro.

Considerações finais

Evidenciado está que o *habeas corpus* coletivo é resultado de dois movimentos de ampliação: da tutela coletiva, que se expande na medida em que surge a demanda coletiva, a necessidade de cuidar do passivo processual e de garantir a eficácia jurídica de direitos coletivos, e a do *habeas corpus* que como um meio de defender direitos fundamentais tão caros ao convívio social é cada mais flexibilizado, numa ótima mais voltada à concretude das garantias do que aos apegos técnicos-formais.

Todavia, como já expusemos no início do presente estudo, este não se presta apenas a traçar as primeiras linhas do *habeas corpus* coletivo – sem qualquer pretensão de ser estanque – a partir do julgamento do HC 143641/SP, mas também trazer importantes questionamentos.

Parece-nos, por tudo que foi exposto com relação aos microssistemas, que o surgimento de uma nova técnica processual para tutela de direitos coletivos, o *habeas corpus* coletivo, adere a tutela de direitos transindividuais à esfera do processo penal.

Diante disso, vemos não somente a ampliação da cartela de direitos protegidos, mas também do microssistema do processo coletivo, não que já não possuísse normas de índole criminal, até mesmo porque diplomas como o ECRAD e o Estatuto do Idoso já o compõe,

todavia passa a ser composto pelos diplomas penais (Código Penal e Código de Processo Penal), quando o *habeas corpus coletivo* for manejado.²¹

Os avanços de um Estado Liberal em direção ao Estado Democrático de Direito apresentaram cada vez mais a preocupação em proteger a coletividade e, no âmbito penal, manifestou-se com a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente, ao sistema financeiro, ao patrimônio genético, de crimes contra o consumo, entre outros (ANDRADE; FERREIRA, 2016, *acesso online*). Isso, no entanto, não implica dizer que tais direitos ou, em outras palavras, *bens jurídicos transindividuais*, não existiam antes disso, ocorre que a mudança de paradigmas histórico-sociológico revela a preocupação do Estado em apresentar instrumento para tutela eficiente destes interesses (ANDRADE; FERREIRA, 2016, *acesso online*).

É certo que no meio penal há resistência em modernizar as técnicas de tutela de direitos transindividuais, defende-se, inclusive que “a salvaguarda de tais bens somente encontraria espaço no âmbito do poder punitivo, desde que suas vulnerações, por via reflexa, encontrassem análoga afetação a bens jurídicos individuais” interesses (ANDRADE; FERREIRA, 2016, *acesso online*).²²

A mudança de paradigma histórico-sociológico revelou, portanto, a preocupação do Estado em apresentar instrumento para tutela eficiente de direitos transindividuais e acreditamos que, embora tardiamente e com certa resistência, o direito processual penal está encaminhando-se para adequação a este panorama jurídico.

Desta maneira, o *habeas corpus coletivo*, instrumento este que começa a ser moldado a partir da jurisprudência em aberto ativismo jurídico, materializa a modernização da técnica processual penal para tutela de direitos coletivos.

Referências

ANDRADE, Andressa Paula de; Pedro Paulo da Cunha, FERREIRA. Bens jurídicos transindividuais como corolário do atual modelo constitucional: um enunciado de proposta acerca de sua proteção penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, v. 123, ago-set., 2016, *acesso online*. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/>>

²¹ Importante mencionar que para Claudio Jannotti da Rocha, com arrimo em José Roberto Freire Pimenta, defende que o Microsistema do Processo Coletivo envolve também a seara trabalhista, confira-se: “Na busca dessa proteção efetiva ao trabalhador brasileiro, é que se objetivou tutelar não somente os interesses trabalhistas individuais, mas também os coletivos. Com vistas a esse fim, ao somar o microsistema de tutela jurisdicional metaindividual à Consolidação das Leis do Trabalho, alcançou-se o denominado “sistema de jurisdição trabalhista metaindividual” (PIMENTA, 2009, p. 31), que, por seu turno, ensejou o surgimento do processo coletivo trabalhista” (ROCHA, 2017, p. 148).

²² Complementam os autores: “De uma forma ou de outra, negar aos bens jurídicos difusos uma abrangência penal implica, antes de tudo, na reprodução de um discurso ideológico próprio de um Estado liberal, cujas feições já não mais correspondem aos reclames de preservação de interesses que não traduzem mais apenas interesses de uma fração do agrupamento social” (ANDRADE; FERREIRA, 2016, *acesso online*).

- documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.123.01.PDF>, acesso em 09/11/2018.
- BRASIL, STF. CC 26842/DF, 2ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 10.10.2001, DJ. 05.08.2002. Disponível:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900693264&dt_publicacao=05/08/2002>, acesso: 10/11/2018.
- _____, STF. HC 143.641/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandoswki, j. 20.02.2018, não publicado. Disponível:< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>, acesso: 10/11/2018.
- _____, CNJ. CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais. Luiza Fariello. Publicado em 27/08/2018. Disponível: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>, acesso: 09/11/2018.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil. Revista de Processo. São Paulo, n°. 5, p. 128-158, jan.-mar. 1977.
- CARDOSO, Juliana Provedel. O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo, ano 35, n. 179, p. 139-174.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. 10ª. ed, v. 4. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 6. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição brasileira: Modelo de Estado, Estado democrático de direito, objetivos e limites jurídicos. In: Parcerias Estratégicas v.1, nº4, 1997.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. A tutela preventiva das liberdades: habeas-corpus e mandado de segurança. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, v.76, 1981, p. 163-178, acesso online. Disponível em < <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v76i0p163-178>>, acesso em 10/11/2018.
- _____, et alii. Recursos no Processo Penal. São Paulo: RT, 6. ed, 2009.
- IRTI, Natalino. L'Età della Decodificazione. 4ª Ed., Milano:Giuffrè, 1999.
- JATAHY, Vera Maria Barrera, Do conflito de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37). Ver também: BRAGA. Paula Sarno. Competência Adequada. RePro, vol. 219, p. 13-41, 2013, p. 9. Disponível em <https://www.academia.edu/9248971/Compet%C3%Aancia_adequada_Revista_de_Processo_n._219_2013>, acesso em: 09/11/2018.
- LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- MAIOLINO, Eurico Zecchin, Coisa julgada as Ações Coletivas, Revista de Processo, vol. 123, p. 60, mai/2005.

- MAZZEI, Rodrigo Reis. Ação Popular e o microsistema do processo coletivo - Ação popular aspectos relevantes e controvertidos. Luiz Manuel Gomes Jr. e Ronaldo Fenelon Santos Filho (coords). São Paulo: RCS, 2006, prelo.
- _____. Ação Popular e o microsistema do processo coletivo. In DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). Tutela Jurisdicional Coletiva. Salvador: JusPodvim, 2009.
- _____. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez. 2014.
- Miranda, Pontes. História e prática do habeas corpus. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- ROCHA, Claudio Jannotti da. Uma análise histórica e evolutiva do direito do trabalho brasileiro na perspectiva constitucional. Revista do Curso de Direito da UNIFOR-MG, Formiga, v. 8, n. 1, p. 133-153, jan./jun. 2017.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre o princípio constitucional do juiz natural. Constituição e Processo. DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (Org.). Salvador: JusPODIVM, 2007.
- SILVA, Carlos Augusto. O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SOUZA, José Barcelos de. Doutrina e prática do Habeas Corpus. Belo Horizonte: Sigla, 1998.
- STOPPINO, Mario, Ideologia, in Noberto Bobbio; Nicola Mateucci, Gianfranco Pasquino (Orgs.); trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Dicionário de Política. 11. ed., Brasília: UNB, 2005.
- TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. Napoli: Editoriale Scientific, 2007.
- VITORELLI, Edilson. O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. O novo mandado de segurança coletivo. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- _____. O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2016.
- _____. O novo processo civil brasileiro e a constituição: O modelo Constitucional de Justiça Brasileira e o Código de Processo Civil de 2018, no prelo.

Democracia e Direito Processual: o papel do NCPC no exercício da cidadania

Helio Antunes Carlos¹

Jéssica Mendes de Lima²

Thays Conceição Cabidelli da Silva³

Resumo: Este artigo possui como pano de fundo a hodierna sociedade brasileira, a qual se destaca, sobretudo, pela heterogeneidade religiosa, cultural, social, política e étnica, o que proporciona relações interpessoais cada vez mais complexas. Diante esse cenário, faz-se imperiosa a existência de espaços em que o sujeito possa exercer sua cidadania, de forma crítica e autônoma. Nesse sentido, uma estrutura jurídica dotada de mecanismos que estimulem e possibilitem a formação do sujeito como parte do todo, participando e contribuindo para os efeitos derivados do acesso à justiça é imprescindível. É promulgada, pois, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual instaurou um novo paradigma em todo o ordenamento jurídico pátrio. Seguindo a nova tendência, democrática e mais condizente com a sociedade plural brasileira, surge o Novo Código de Processo Civil, o qual atende aos preceitos fundamentais, bem como traz consigo diversas inovações e institutos jurídicos que viabilizam o protagonismo das partes na resolução das controvérsias. É objeto do presente exame, portanto, a fina sintonia do NCPC ao paradigma instituído pela Carta Magna de 1988, a qual assegurou a criação e aperfeiçoamento de institutos processuais que, se efetivados adequadamente, oportunizam a participação e contribuição do sujeito enquanto cidadão.

Palavras-chave: Democracia; Cidadania; Constituição; NCPC.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC). Defensor Público do Estado do Espírito Santo. Membro-pesquisador do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI). E-mail: helio.ac@globo.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5027915198473937>

² Graduada em Letras pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro-estudante do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI). E-mail: jessicamlima04@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0551315717805992>.

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (UFES). Membro-estudante do Núcleo de Estudos em Processo e Tratamento de Conflitos (NEAPI). E-mail: thaystab@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2399031237357426>.

Introdução

O sistema jurídico brasileiro, tradicionalmente, se apresentava como um *sistema híbrido*, uma vez que a Constituição da República de 1891 inovou o ordenamento jurídico pátrio, ao recepcionar a tradição de *common law* norte-americana, a qual influenciou a ordem político-constitucional republicana, de modo que houve um *cruzamento* entre a referida tradição e a tradição romano-germânica, preponderante na Europa Continental, a qual influiu no direito privado, processual, administrativo e penal (ZANETI JR., 2014, p. 16-17, grifo do autor).

Dentre as diversas consequências da tradição constitucional norte-americana na Constituição de 1981, põe-se em relevo a sua forma escrita e rígida, bem como a garantia do *judicial review*, isto é, “a garantia de adequação dos atos do poder e dos atos particulares ao que está preceituado no texto constitucional”. Nesse cenário, o Poder Judiciário passou a ser palco de reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais (ZANETI JR., 2014, p. 13).

No que tange à influência exercida pela tradição romano-germânica, no direito processual civil, destaca-se o paradigma legalista, o qual “cientificou” o direito, momento em que este abdicou de sua vinculação com a história e com a vida, submetendo o cidadão à “*razão técnica*”. Objetivava-se a segurança jurídica, a qual foi erigida como valor supremo, não sendo por menos que no auge do racionalismo, à luz do ideal do Código de Napoleão, pregava-se que o juiz era a boca da lei, sendo proibida a interpretação da mesma (ZANETI JR., 2014, p. 11-12, grifo do autor).

Contrariando tal forma de se posicionar ante a aplicação do direito, evidencia-se que a efetividade e a concretização dos ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito devem ser promovidas em detrimento da visão privatista (ZANETI JR., 2014, p. 11).

Nesse sentido, convém agregar que Luigi Ferrajoli, discorrendo sobre o aparecimento do direito *juridicamente ilegítimo*, no momento em que ocorre divergência deôntica entre o “dever ser” constitucional e o “ser” legislativo, salienta sobre a mudança de posição da ciência jurídica, propondo um papel crítico e projetual em relação ao seu objeto, que é o próprio direito: a criticidade deve valer-se das antinomias, suprimindo-as; a projetualidade refere-se às lacunas, complementando-as (FERRAJOLI, 2015, p. 90).

A contraposição lógica entre as duas tradições jurídicas ocorreu, mais notadamente, com a promulgação do *Código Buzaid*, em 1973. Tal fenômeno foi intitulado como paradoxo metodológico, justamente em virtude das particularidades opostas entre a tradição constitucional norte-americana e a tradição processual civil da Europa Continental (ZANETI JR., 2014, p. 18).

A partir da Constituição Federal de 1988, ocorreu uma alteração paradigmática no que tange às influências políticas, fenômeno que possibilitou a democratização do direito. Nessa toada, passou-se de uma democracia centralista, para uma democracia com abertura participativa, pluralista e que reconhece as inúmeras instâncias de decisão política (ZANETI JR., 2014, p. 52).

Também houve radical mudança no que concerne o discurso jurídico e judicial, especialmente no direito processual, passando-se de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz apodítico e demonstrativo, para um discurso aberto e democrático, fundado na participação das partes, sob a égide da colaboração entre autor, réu e juiz, visando a obtenção de uma tutela adequada e efetiva, mediante o contraditório substancial (ZANETI JR., 2014, p. 52). Esse fenômeno ocorreu em razão da principialização do Direito, na medida em que este passou a conter não apenas regras, mas também princípios (ZANETI JR., 2014, p. 52).

Assim sendo, à luz da constitucionalização no marco do Estado Democrático de Direito, a supremacia da Constituição Federal, as cláusulas gerais e os princípios passaram a constituir a jurisprudência também como fonte primária do direito, ao lado da lei (ZANETI JR., 2014, p. 52).

À vista disso, da Constituição como elemento unificador, o paradoxo entre o direito constitucional e o direito processual infraconstitucional se dissolve, o que representa, na verdade, um falso paradoxo entre ambos. Afirma-se, pois, que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito processual civil se constitucionalizou de modo definitivo (ZANETI JR., 2014, p. 52-53).

Entretanto, os códigos anteriores foram criados sob a égide do paradigma legalista e individualista, bem como foram gerados em regimes de exceção. Dessa forma, não atendiam aos anseios constitucionais e às novas exigências da sociedade. Houve a promulgação, então, em 2015, do novo Código de Processo Civil, o qual foi criado à luz do paradigma constitucional, instituindo em seu diploma diversas normas fundamentais de status constitucional e uma maior flexibilização sistemática, de modo que o acesso à justiça adequado, tempestivo e efetivo, bem como uma maior participação dos cidadãos na resolução de suas controvérsias, tornaram-se palpáveis.

Democracia e exercício da cidadania

No que tange à noção de democracia, o propósito deste trabalho será dimensionar sua razão de ser e conjugando-a aos anseios e às necessidades da hodierna sociedade.

A democracia direta, possui como meios de efetivação, em sentido próprio, dois institutos: o *referendum* e a assembleia dos cidadãos deliberantes sem intermediários. À luz do princípio majoritário, adotando-se um ou outro instituto, ou até mesmo os dois, a democracia direta se mostraria incapaz de suprir as necessidades da hodierna sociedade, cujas relações estão cada vez mais heterogêneas (BOBBIO, 1986, p. 53). Nesse cenário, e sob a égide do princípio majoritário, a democracia direta possui aptidão para se degenerar, tornando-se uma forma de totalitarismo.

No que tange a democracia representativa, pode-se afirmar que ela consiste em um estado no qual as principais deliberações são realizadas por representantes eleitos pelo povo,

sendo fator desimportante o órgão de decisão ou o sistema de governo vigente, isto é, se ele é, por exemplo, presidencialista ou parlamentarista (BOBBIO, 1986, p. 44).

Há que se entender, portanto, que essas duas formas de democracia se apresentam insuficientes na atual sociedade plural. Nesse contexto, Bobbio elenca um *continuum* de formas intermediárias, isto é, um sistema de democracia integral, no qual pode haver tanto a democracia direta quanto a representativa, cada uma delas em conformidade com as variadas situações e variadas exigências. Percebe-se, desse modo, que ambas não são alternativas, mas sim sistemas que podem se integrar reciprocamente (BOBBIO, 1986, p. 52, grifo do autor).

Nessa toada, respeitando-se a pluralidade de direitos nos Estados Democráticos e a unidade da Constituição que os assegura, bem como o poder difuso que é defendido pelo pluralismo, o qual promove uma descentralização dos centros de poder em tantos outros, obtêm-se o que se pode chamar de democracia integral, visto que ocorre uma democratização da sociedade, através do exercício do poder na vida social. Nota-se, pois, que enquanto a democracia luta contra o poder autocrático, o pluralismo luta contra o poder monocrático (ZANETI JR., 2014, p. 124-128).

O Poder Judiciário, em relação aos outros poderes, está à frente na promoção da democracia participativa, permitindo que os sujeitos de direito exerçam sua cidadania no momento de solução das controvérsias, mediante instrumentos processuais constitucionais (ZANETI JR., 2014, p. 128-129). Assim, o Poder Judiciário é espaço privilegiado para o exercício da democracia participativa pelos cidadãos e corpos da sociedade civil.

Sintetizando o que foi exposto, o respeito às posições subjetivas dos cidadãos, sob a égide do pluralismo, em espaços férteis para tanto, possibilita a efetivação da democracia participativa. Tendo em vista essas características, nota-se que o Poder Judiciário é um território singularizado no que concerne ao acesso e à promoção da democracia participativa.

Por fim, faz-se primoroso realizar uma breve mirada sobre o conceito de cidadania. A cidadania, para além de um critério baseado na nacionalidade e/ou em um vínculo jurídico-político com determinado Estado, sob uma perspectiva mais ampla, não diz respeito apenas à titularidade e ao exercício de direitos políticos em sentido estrito, englobando também outras maneiras de participação na ordem pública (SARLET, 2018, p. 276-277).

Concebida como fundamento e princípio, "indica que o *Estado Democrático de Direito* é fundado e mesmo pressupõe a noção de cidadania", o que significa que a cidadania pode ser confundida com a noção de democracia, devendo ser exercitada de maneira ativa e responsável, consoante a dignidade da pessoa humana e a democracia material, de modo a se ampliar cada vez mais, tornando-se mais aberta e tendencialmente global (SARLET, 2018, p. 277, grifo do autor).

O direito à informação e o direito de acesso à informação

O direito à informação, que é o direito de ser informado, inclui o direito de acesso à informação, que consiste na prerrogativa de poder acessar as informações. Trata-se de um direito fundamental, previsto nos incisos XIV e XXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Importante ressaltar que esse direito não era expressamente previsto nas constituições anteriores (SARLET, 2018, p. 538-539).

Os titulares do direito à informação são as pessoas naturais, incluindo-se os estrangeiros, e as pessoas jurídicas, de modo que não há estabelecimento de restrição quanto à determinada qualidade do titular. É, portanto, um direito de titularidade universal (SARLET, 2018, 539-540).

Igualmente como os direitos fundamentais em geral, o direito à informação possui uma dupla dimensão: a objetiva e a subjetiva. Convém destacar, no que se refere à primeira, que é um direito de natureza coletiva, por viabilizar o exercício da cidadania de modo ativo e consciente, essencial, pois, à concretização do pluralismo político (SARLET, 2018, p. 540).

Em relação à segunda, faz-se primoroso versar sobre sua natureza positiva, a qual assegura um direito a prestações informativas, a um direito de proteção e até de participação na organização do procedimento, o que a doutrina intitulou como cidadania ativa processual.

Em outras palavras, o direito à informação, do qual é corolário o direito ao acesso à informação, permite a participação dos cidadãos no processo, bem como, tendo em vista sua natureza coletiva, viabiliza o pluralismo político, podendo ser visto como um direito que assegura a consecução de outros direitos.

A constitucionalização do processo à luz da mudança dos códigos de Processo Civil

A Constituição Federal de 1988 consagrou a *tutela constitucional do processo*, de forma expressa e significativa, ao estabelecer diversas garantias e princípios constitucionais que regem o direito processual (DINAMARCO, 2002, p. 29, grifo do autor).

Foi uma Carta promulgada após um longo período de exceção, cujo caráter democrático e plural se fez imperioso para o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito. Para além disso, sua enunciação detalhada garante uma rigidez ante interpretações que possam degenerá-la.

No que diz respeito à esfera processual, a Lei Maior de 1988 consagra diversas garantias e princípios constitucionais que devem reger o direito processual civil.

Foi realçado, significativamente, o compromisso firmado pelo Estado Democrático de Direito no que tange a uma tutela constitucional do processo, que é orientada pela justiça, isto é, decisões aceitáveis à luz do direito posto e da consciência da nação, pelo tempo razoável e pelo acesso efetivo à justiça (DINAMARCO, 2002, p. 29).

Convém sublinhar sobre as ondas renovatórias propostas por Cappelletti e Garth (1988, p. 31), as quais continuam se aperfeiçoando no direito processual civil brasileiro. A

primeira onda refere-se à assistência judiciária aos financeiramente necessitados, a segunda diz respeito à representação jurídica aos interesses coletivos e a terceira prioriza o “enfoque de acesso à justiça”, que vai muito além da esfera de representação judicial. A última onda pode ser compreendida mediante uma breve mirada sobre as vantagens que podem ser consagradas através dela, a saber:

[...] alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais para a solução de litígios (1988, p. 72).

Com a assunção do direito constitucional e da Carta Magna ao posto de elementos de unidade do ordenamento jurídico, o paradoxo metodológico se esvai. Afirma-se, portanto, que com a Constituição de 1988 houve uma efetiva constitucionalização do direito processual civil (ZANETI JR., 2014, p. 52-53).

Entretanto, os códigos anteriores foram frutos de regimes de exceção, bem como foram fortemente influenciados por uma tradição legalista e individualista, a qual é rechaçada pelo NCCP.

Código de Processo Civil de 1939 ao de 1973

A Constituição Federal de 1981 – nossa primeira constituição republicana – outorgou competência para os Estados-membros da Federação legislarem sobre direito processual comum, reservando à União a competência legislativa de direito processual afeto à Justiça Federal. Contudo, nem todos os Estados-membros exerceram efetivamente tal competência legislativa, permanecendo regidos pelo Regulamento 737/1850 (MAZZEI, 2014, p. 184).

Tal modelo, de inspiração norte-americana, perdurou até o advento da Constituição de 1934, a qual reservou à União a competência legislativa sobre direito processual. Essa nova ordem constitucional, assegurou as condições necessárias para edição do primeiro Código de Processo Civil brasileiro, editado em 1939 (MAZZEI, 2014, p. 185).

Apesar dessa conquista, o Código de 1939 não fez o direito processual sentir os ecos da profunda reforma científica que abrangeu a ciência processual operada pelos alemães e italianos, da segunda metade do século XIX e do início do século XX. Foi um código, pois, indiferente aos avanços mundiais processuais de seu próprio tempo (DINAMARCO, 2002, p. 21-22).

O Código de Processo Civil de 1973 urgiu corrigir os defeitos do seu antecessor, bem como dar roupagem aperfeiçoada e moderna aos antigos institutos processuais que mereciam continuar no ordenamento jurídico. Apesar desse mérito, o Código Buzaid foi retrato do pensamento jurídico-processual tradicional, ou seja, manteve-se individualista, extremamente burocrático, o que tornava os procedimentos menos ágeis, e acrítico, mantendo-se longe dos interesses de grupos vulneráveis, *v.g.*, dos consumidores (DINAMARCO, 2002, p. 23-24).

Nesse cenário, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram inúmeras leis processuais implementadas e duas grandes reformas realizadas no código revogado, as quais tinham como intento adequar o antigo diploma à Constituição Federal, à sociedade e às instituições. Entretanto, houve uma perda de operatividade grave no sistema processual, em razão de não existir uma adequada coordenação funcional, orgânica e mesmo conceitual (DINAMARCO, 2002, p. 39).

Assim sendo, fez-se necessária a criação de um novo código de processo civil.

Código de Processo Civil de 2015

Antes mesmo do advento do CPC/2015, Oliveira já sustentava a necessidade de uma reinterpretação do direito processual à luz da Constituição Federal, a qual daria ensejo ao nascimento de uma nova fase metodológica chamada “formalismo-valorativo” (2010, p. 149-170) – nomenclatura preferível em relação à “neoprocessualismo” ou “processo civil no Estado Constitucional”, em razão dessas nomenclaturas não reproduzirem, linguisticamente, os elementos que singularizam o atual momento do desenvolvimento do direito processual (MADUREIRA, 2017, p. 64-72).

Nesse sentido, cumpre se observar que o formalismo-valorativo se mostra tecnicamente distinto do instrumentalismo por afastar a jurisdição do vértice do sistema para atribuir tal posição ao processo, assim considerado como um espaço dialógico, no qual a forma passa a desempenhar o papel de proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio estatal. O processo é ainda valorativo, porque passa a ser visto como um direito fundamental e ambiente de criação do direito, no qual se estabelece uma relação circular entre direito material e processual (ZANETI, 2014, p. 47).

Embora o diploma revogado não proporcionasse uma funcionalidade adequada e efetiva, em razão das diversas tentativas de adequá-lo aos valores constitucionais o deixarem como uma colcha de retalhos, as reformas realizadas sobre sua estrutura produziram frutos importantes, os quais foram conservados e aperfeiçoados pelo atual código, o qual veio a se harmonizar com as premissas científicas dessa nova fase.

Nesse sentido, como é bem demonstrado nas Exposições de Motivos do CPC/2015, o novel diploma não rompeu com o passado, pois, fez-se importante a continuidade de determinados institutos.

Não houve, também, uma ruptura com o presente, uma vez que o NCPC garantiu uma maior operatividade do sistema, de modo que sua estrutura é rente à Constituição Federal e às necessidades da hodierna sociedade brasileira.

Atendendo aos anseios constitucionais, a Comissão de Juristas instituída pelo Ato nº 379/2009 estabeleceu 5 objetivos que orientam o NCPC, a saber:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas [...]; 4) dar todo o

rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Em sintonia com os referidos propósitos, o NCPC consagrou diversas normas e garantias constitucionais, o que demonstra seu comprometimento com a unidade do direito processual à luz da Lei Maior.

Convém agregar que o novel diploma inclui em seus dispositivos opções legislativas que traduzem seu *modelo*, quais sejam: o *estilo cooperacionista*, o apoio e o incentivo às *soluções consensuais do conflito*, a flexibilização de certas regras do processo e do procedimento (*princípio da adaptabilidade*), a abertura para a *harmonia dos julgados e estabilidade da jurisprudência*, a *valorização dos precedentes dos tribunais* e a disposição que preceitua que o juiz deverá atender aos *fins sociais e ao bem comum*, consoante dispõe seu artigo 8º (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 145-147, grifo do autor).

Houve, pois, uma verdadeira sintonia do direito processual ao direito constitucional, no qual a nova estrutura do diploma processual foi criada de modo a tornar a justiça mais célere, justa e adequada às necessidades sociais, bem como a favorecer e promover a participação dos cidadãos, em um sistema coeso e harmônico.

Normas fundamentais de caráter constitucional que regem o Direito Processual Civil

À luz da recepção do direito napoleônico (tradição romano-germânica) e suas características, pelo Código de Processo Civil de 1973, os princípios teriam uma função limitada e subsidiária, atribuída pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, devendo ser utilizados somente em casos de lacunas (ZANETI JR., 2014, p. 22-23).

No novo cenário instituído por meio da adoção do *judicial review* pela Constituição Federal de 1981, os atos dos demais poderes, bem como o do próprio Poder Judiciário, devem estar consoantes ao que assevera a Constituição Federal. Assim, os princípios, de meros colmatadores de lacunas, passaram a exercer força normativa e papel de destaque na preservação do texto constitucional e de sua unidade (ZANETI JR., 2014, p. 23-24).

A norma pode ser uma regra ou um princípio, eis que o cerne para distinguir essas duas espécies de norma reside no reconhecimento de que os princípios são normas de otimização, as quais podem ser satisfeitas em graus variáveis, sem que tenham afetadas as suas validades, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras podem ser ou não satisfeitas, de modo que a sua não satisfação deve necessariamente decorrer do reconhecimento de existência de exceção à regra ou de sua invalidade (ALEXY, 2015, p. 90-93).

É primoroso ressaltar que o direito processual civil, após a promulgação do CPC/2015, consagrou em seu diploma diversas normas fundamentais, isto é, normas que devem ser utilizadas como norte para a compreensão das outras normas processuais civis, em razão delas estruturarem todo o sistema processual (DIDIER JR., 2015, p. 61).

As normas fundamentais de status constitucional, ou seja, as que decorrem diretamente da Constituição Federal de 1988, podem ser denominadas como normas de Direito Processual Fundamental Constitucional. As normas fundamentais com natureza de direito fundamental, são oriundas do artigo 5º, da CF (DIDIER JR., 2015, p. 62).

Os doze primeiros artigos do NCPC, as quais encontram-se no capítulo intitulado como “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, não fazem parte de um rol exaustivo, visto que as normas fundamentais se fazem presentes em todo o novo diploma processual (DIDIER JR., 2015, p. 62), como se pode verificar, *v.g.*, no §1º do art. 489 do CPC/2015, o qual consubstancia o conteúdo do Princípio da Motivação das Decisões Judiciais.

Os princípios fundamentais comportam um vasto conteúdo e diversas dimensões, são eles: o princípio da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural, do estímulo à solução do litígio por autocomposição, da decisão motivada, da proibição de prova ilícita, do devido processo legal, da dignidade da pessoa humana, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da duração razoável do processo, da igualdade processual (paridade de armas), da eficiência, da boa-fé processual, da efetividade, da adequação, da cooperação, do autorregramento da vontade, da primazia da decisão do mérito e da proteção da confiança– segurança jurídica.

Cumprе salientar o postulado da unidade da Constituição, segundo o qual a Carta Magna deve ser interpretada à luz de todas as suas normas, sob pena de antinomia. Baseando-se neste entendimento, há que se falar em *postulado interpretativo da unidade do Código*, o qual proclama pela interpretação sistêmica e coerente, mantendo-se a harmonia interpretativa no direito processual civil (DIDIER JR., 2015, p. 151-152).

Institutos que consagram a sintonia do NCPC à CF de 1988

O Novo Código de Processo Civil, almejando sistematizar a participação das partes e da sociedade, de modo a influenciar as tomadas de decisões proferidas em todo o procedimento, instaurou e aperfeiçoou institutos, dentre os quais alguns serão discutidos a seguir.

O novo modelo Multiportas de acesso à justiça

O art. 3º do CPC/2015 consagra em seu *caput* o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e vem estabelecendo em seus parágrafos que a arbitragem é admitida na forma da lei, além da obrigatoriedade do estímulo à solução consensual do conflito, por intermédio da mediação, conciliação, bem como de “outros métodos de solução consensual do conflito”.

Note-se que, antes mesmo do advento do CPC/2015, já predominava na doutrina que a arbitragem possuía natureza jurisdicional (CARMONA, 1990, p. 33-40). Novidade advinda com o CPC/2015, diz respeito a admitir que a autocomposição também passa a ter natureza jurisdicional. Nesse sentido, GRINOVER defende que a jurisdição deve ser compreendida, no

atual estágio de desenvolvimento da ciência, como compreensiva da justiça estatal, da justiça arbitral e da justiça consensual (2016, p. 17).

Desse modo, salta aos olhos que o CPC/2015 teve o claro escopo de adotar um novo Sistema Múltiplas Portas – *Multidoor Courthouse System* –, o qual tem por escopo conferir às partes variadas opções de métodos de solução de conflitos mais adequados às características do próprio conflito, além da tradicional técnica de adjudicação, substitutiva da vontade pelo Poder Judiciário (SALES; SOUZA, 2011, p. 208).

Portanto, há uma mudança paradigmática, visto que há um verdadeiro estímulo e legitimação do exercício do poder pelo próprio jurisdicionado, o que representa evidente forma de democracia participativa.

Negócio jurídico processual e a flexibilidade procedimental

No tópico precedente, abordou-se o fato de as partes poderem conciliar, pondo fim à demanda por meio da autocomposição. Contudo, há ainda que se considerar o fato de essas poderem negociar quanto a certas situações jurídicas processuais, tornando o procedimento mais flexível de modo a se adequar aos anseios e necessidades das partes e às peculiaridades do caso concreto. Há, ainda, a possibilidade de essa negociação se dar diretamente com o juiz (NOGUEIRA, 2017, p. 232).

O professor Fredie Didier Jr. enumera como exemplos de negócios jurídicos processuais:

a eleição negocial do foro (art. 63, CPC), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65, CPC), o calendário processual (art. 191, §§ 1º e 2º, CPC), a renúncia ao prazo (art. 225, CPC), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II, CPC), organização consensual do processo (art. 357, §2º, do CPC), o adiamento negocial da audiência (art. 362, I, CPC), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º, do CPC), a escolha consensual do perito (art. 471, CPC), o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I, CPC), o acordo de impenhorabilidade (art. 833, I, do CPC), a desistência do recurso (art. 999, CPC), o pacto de mediação prévia obrigatória (art. 2º, § 1º, Lei 13.140/2015, etc.

Tais exemplos são classificados como negócios processuais típicos. No entanto, há ainda a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos, lastreados na cláusula geral de negociação sobre o processo, prevista no art. 190, do NCPC (DIDIER JR., 2017, p. 426). Para o autor, seria a principal concretização do princípio do autorregramento da vontade.

Alguns negócios jurídicos processuais precisam ser homologados pelo juiz, já outros não necessitam de homologação. Via de regra, dispensa-se a chancela da homologação. Comumente, reserva-se a sua exigência aos negócios jurídicos processuais que tenham por objeto mudanças no procedimento.

No que se refere mais especificamente aos negócios jurídicos atípicos, o art. 190 é uma cláusula geral, da qual se extrai o *subprincípio da atividade da negociação processual* (DIDIER JR., 2017, p. 429). Esse tipo de negócio tem por objeto as alterações no procedimento e nas

situações jurídicas (ônus, poderes, deveres e faculdades), apresentando-se como manifestação do modelo “flexibilização voluntária do procedimento” (GAJARDONI, 2015, p. 260).

Nesse sentido, os negócios jurídicos processuais podem dizer respeito tanto ao objeto litigioso quanto ao próprio processo. Além disso, é importante salientar que devem respeitar os limites fixados no ordenamento jurídico. Devem seguir, então, as prescrições decorrentes no art. 190 e considerar o momento da celebração, que pode se dar antes ou durante o início do processo.

Ademais, para serem válidos, as partes devem ser plenamente capazes e o objeto deve ser lícito. Por outro lado, tem forma livre (CABRAL, 2016, p. 286-290), salvo nos casos excepcionais que exigem forma escrita, como foro de eleição e convenção de arbitragem. Além disso, não podem se relevar, por exemplo, demasiadamente oneroso para uma das partes, uma vez que é imperioso que sigam o princípio da boa-fé objetiva, sob pena de nulidade.

Assim, os negócios jurídicos estão sujeitos ao crivo do órgão julgador que, sem se imiscuir da vontade das partes, deve zelar pelos princípios que regem o Código de Processo Civil.

A doutrina atribuiu a expressão *activus processualis*, criada por Peter Häberle, ao direito de a parte participar de todo o procedimento, que vai desde o momento em que aciona a justiça objetivando salvaguardar algum direito material, passando por todo curso do processo. Mister lembrar que essa manifestação não deve apenas ser recebida, como também ser capaz de influenciar nas decisões jurisdicionais. Assim:

o *activus processualis* tem importante papel, no Estado Democrático de Direito, já que por meio deste se assegura a plenitude de outras formas de status. O projeto do novo CPC reconhece-o expressamente, ao afirmar que “as partes têm direito de participar ativamente do processo” (art. 5º do projeto do novo CPC). Não se pode afirmar ser “Democrático de Direito” o Estado, caso o processo seja avesso à participação ativa das partes. Este, a nosso ver, o ponto de partida do estudo do processo civil, e premissa para que se compreenda o projeto do novo CPC (MEDINA, 2011).

Contudo, há autores que questionam a constitucionalidade dos negócios processuais atípicos, haja vista que, nem sempre a parte tem domínio das expressões jurídicas, das fases procedimentais ou, até mesmo, sabem as consequências dos direitos aos quais estão renunciando, como a renúncia ao prazo recursal. Nessa perspectiva, aconselha-se que, ao celebrar um negócio processual atípico essa esteja assistida por um advogado por defensor público.

O debate quanto aos negócios processuais é vasto e fértil, contemplando, ainda, outros pontos que mereciam ser destacados. Todavia, tem-se por objetivo, no presente trabalho, evidenciar o fato de os negócios jurídicos serem mais uma oportunidade de os envolvidos no litígio poderem manifestar a sua vontade em relação à maneira como o litígio será tratado, traduzindo-se como mais uma expressão democrática e de exercício da cidadania.

Súmula, jurisprudência e precedentes

Como se sabe, tanto as exórdias quanto as peças de defesa obedecem a uma estrutura preestabelecida, a qual é compreendida por “fatos, fundamentação e pedidos”. Nos fatos, assim como nos fundamentos jurídicos, apresenta-se a causa de pedir, isto é, o fato ou conjunto de fatos jurídicos que motivaram a propositura da ação e a relação jurídica, efeito dos fatos jurídicos, trazidos como fundamento do pedido, que é apresentado ao final de suas peças. (DIDIER JR., 2017, p. 622).

É imperioso salientar, contudo, que a fundamentação não se restringe apenas aos dispositivos legais, abrangendo, também, a jurisprudência e os precedentes. Logo, não se deve confundir fundamento jurídico com fundamentação legal.

Nesse sentido, segundo o princípio do contraditório, o juiz deve considerar e confrontar em sua decisão não apenas os fatos e os pedidos, aos quais se encontra limitado, como também os fundamentos, expondo o porquê de determinada jurisprudência exposta, por exemplo, não poder ser aplicadas ao caso concreto em apreço. Desse modo, a parte não apenas tem o direito de ser ouvida, como deve lhe ser conferida a possibilidade de influenciar na decisão judicial, o que deve se suceder desde a propositura da ação, marcada pela petição inicial. Tal participação é imperiosa, pois:

[...] o Estado democrático não se compraz com a edição de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático inspirador da Constituição de 1988, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas (CUNHA, 2012).

O dever de se considerar, na decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte está disposto no art. 489, §1º, VI. Caso não o faça, a referida decisão pode não ser considerada devidamente fundamentada, estando sujeita à anulação.

Nessa perspectiva, ao invocar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente e ter esses apreciados pelo magistrado, a parte está exercendo a sua cidadania e participando ativamente da tomada de decisão, o que se traduz em exercício da democracia participativa.

Amicus curiae

A expressão *amicus curiae* advém do latim e significa “amigo da corte”. Segundo alguns autores, as origens do instituto do *amicus curiae* remontam ao direito romano, mas foi no direito norte-americano que a figura interventiva desenvolveu-se. De fato, o sistema do *common law* adota o modelo do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Desse modo, o precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum

modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge, então, a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam. (HIRTE *apud* ZEITSCHRIFT, p. 14-15).

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do *amicus curiae* já era consagrado nos processos de controle de constitucionalidade pela Lei 9.868/99, permitindo uma efetiva manifestação social acerca das questões constitucionais, promovendo a realização de audiências públicas, oitiva de peritos, apresentação de memoriais, entre outros. Sua admissibilidade nos processos em que se desenvolve jurisdição constitucional decorre da concepção de democracia deliberativa e participativa e da extensão do conceito de intérprete da constituição, que hodiernamente vem sendo visto à luz da constatação do pluralismo social.

É imperioso atentar para o fato de que a previsão do *amicus curiae* no ordenamento jurídico brasileiro já existe há algum tempo, não tratando-se de um instituto novo propriamente dito. O art. 31 da Lei 6.385/76, com a redação dada pela Lei 6.616/78, previu pela primeira vez a intervenção desta natureza por parte da CVM (Comissão de Valores Imobiliários) em litígios em que fossem debatidas questões que no plano administrativo incluem-se nas atribuições fiscalizadoras da entidade.

Entretanto, o CPC de 2015 foi o primeiro diploma a prever a intervenção do *amicus curiae* em qualquer tipo de processo, desde que se trate de causa relevante, ou com tema muito específico ou que tenha repercussão social.

No rol de entes aptos a ser *amicus curiae* encontram-se as pessoas naturais, as jurídicas ou ainda órgãos ou entidades especializadas, nada impedindo a atuação de mais de um amigo da corte no mesmo litígio. Sendo assim, o CPC/2015 ampliou as possibilidades de atuação do *amicus curiae*, bem como daqueles que podem ser entendidos como tal.

Além disso, o diploma tomou partido da discussão doutrinária acerca de o *amicus curiae* ser ou não intervenção de terceiro. O CPC/2015 o entende como sendo hipótese de intervenção de terceiro e, nesta senda, o *amicus curiae* vira parte, atuando em juízo na defesa dos interesses que patrocina. Contudo, apesar de ser parte, o *amicus curiae* tem poderes restritos, cabendo ao juiz ou relator definir quais são os poderes processuais a que tem direito (art. 138, §1º, *fine*, NCPC).

Além da previsão genérica a qual o art. 138, NCPC, faz menção, há outras regras, no mesmo código, que autorizam a intervenção do *amicus curiae*, como a presente no art. 950, §§ 1º, 2º e 3º e art. 983, *caput* e § 1º, CPC (DIDIER JR., 2017, p. 393-394).

A partir dessas breves considerações, é possível aduzir que a figura do *amicus curiae* é um instrumento democrático de participação da sociedade, mediante o qual contribui-se em litígios particulares por se projetar os efeitos em processos de natureza semelhante ou que versem sobre matérias muito específicas. Nesse sentido, há uma preocupação para além do caso concreto que se manifesta pela participação colaborativa.

Defensoria Pública

No Brasil, a Defensoria Pública nasceu na Constituição Federal de 1988 com a missão de prestar orientação jurídica e realizar a defesa, em todos os graus, dos necessitados. Posteriormente, tal instituição sofreu profundas mudanças por força das Emendas Constitucionais n.º 45, 74 e 80, que lhe conferiram caráter permanente e autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como lhe incumbiram, como expressão do regime democrático, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Entretanto, a sua reconfiguração não se limitou ao plano constitucional, uma vez que as funções institucionais da Defensoria, instituídas na Lei Complementar n.º 80/1994, sofreram substanciais modificações pela Lei Complementar n.º 132, de 07 de outubro de 2009.

Note-se que a Defensoria Pública não era prevista no CPC/1973, uma vez que tal diploma antecede a própria criação da instituição. Seguindo a mesma orientação da Emenda Constitucional n.º 80/94, o CPC/2015 passa a tratar a Defensoria Pública autonomamente da advocacia, o que se mostra justificável diante da amplitude da nova missão constitucional da instituição, que autoriza a atuação da Defensoria Pública como representante da parte, como legitimado ordinário ou extraordinário.

Nesse sentido, a Defensoria Pública passa a desempenhar o papel de instrumento de demodiversidade, como expressão do Estado Democrático Constitucional.

[...] 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 gestão da democracia. Não só o Judiciário toma parte nesse processo, também são chamadas todas as demais instâncias de poder, estatais ou não. Aí entra a necessidade de demodiversidade, ou seja, vários meios institucionalizados e abertos para a institucionalização e a participação do indivíduo e da sociedade na formação dos atos decisórios que irão intervir na sua realidade cotidiana (ZANETTI JR., 2014, p. 4).

Portanto, não se pode ignorar que a consagração expressa de capítulo reservado à Defensoria Pública, além de outros dispositivos dispersos no CPC/2015, demonstra uma nova ótica do legislador em relação ao acesso à justiça voltada a garantir assistência jurídica integral – e não apenas a gratuidade de justiça ou a assistência judiciária.

Considerações finais

O presente trabalho buscou atestar o papel do CPC de 2015 no desenvolvimento da cidadania. O tema foi elencado como de notória relevância pelo fato de se considerar imperiosa a existência de espaços em que o sujeito possa participar democraticamente, de forma crítica e autônoma.

Para tanto, foi traçado um panorama histórico até se chegar ao diploma processual que conhecemos hoje, objetivando demonstrar a adesão aos princípios fundamentais previstos na Carta Magna de 1988, que servem como norte para leitura, interpretação e aplicação do referido código (art. 1º, NCPC).

Entendeu-se, assim, que o CPC de 2015 trouxe diversas atualizações condizentes com a atual sociedade diversificada e, por conseguinte, adequou-se melhor ao pluralismo que nos serve como pano de fundo.

Nessa perspectiva, o Código de Processo Civil de 2015, não só apresentou institutos processuais que oportunizam o protagonismo das partes, como também unificou em um único diploma aqueles que já haviam sendo debatidos, corroborando para sua promoção e aperfeiçoamento.

Sabe-se, no entanto, que a presente pesquisa, pautada na apreciação de bibliografia consagrada, não esgota todas as possibilidades de abordagem do tema, tampouco tem a pretensão de servir como instrumento da verdade. O que se almejou demonstrar foi, justamente, a contribuição do CPC de 2015, os avanços incorporados do ponto de vista democrático e de exercício e desenvolvimento da cidadania.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. Revista de Processo, n. 58, p. 33-40, São Paulo, abr.-jun., 1990.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, julho-2012, v. 209, p. 349-374.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma da Reforma. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários ao art. 139 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- HIRTE, Heribert. Der amicus-curiae-brief - das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen. in Zeitschrift für Zivilprozeß. 1,04. Band, v. I, 1991, p. 14-15.
- MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: O processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ?estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 16, p. 177-203, 2014.
- MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. Revista de informação Legislativa. Brasília, n. 190, 2011.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie. Leituras Complementares de Processo Civil. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Ano 5, nº 16, Jul./Set, p. 204-220, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Autocomposição em processos envolvendo a Fazenda Pública

Iago Abdalla Fantin¹

Fabiane Sena Freitas²

Resumo: O presente trabalho busca compreender as possibilidades e limites para realização de autocomposição pela Fazenda Pública em Juízo. A partir do reconhecimento do contexto brasileiro de institucionalização e desenvolvimento dos métodos consensuais de tratamento de conflitos, busca-se demonstrar que os acordos a serem realizados pelos Advogados Públicos podem incidir sobre uma ampla gama de direitos e interesses, inclusive sobre direitos considerados indisponíveis. Em específico, destaca-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público torna imperioso o ato de disposição de direitos e interesses transitoriamente defendidos pelo Poder Público quando contrários ao ordenamento jurídico, o que é feito por meio de simples composição, sem exigência de concessões do particular titular do direito. Nesse caso, não há exigência de autorização legal específica. Quando se tratar propriamente de transação, será necessária autorização legislativa.

Palavras-chave: Meios adequados; Fazenda Pública; Direitos indisponíveis; Transação.

Introdução

De longa data, o professor Kazuo Watanabe identificara a disseminação da cultura da sentença no Brasil, forjada nas academias e na práxis forense, a privilegiar a solução adjudicada dos conflitos, fornecida pela sentença judicial, em detrimento dos meios consensuais de resolução de conflitos.

O processualista atribuíra a cultura da sentença a diversos fatores, como o entendimento de que o processo jurisdicional seria uma conquista da civilização, de modo que os métodos informais de resolução de conflitos foram relacionados a culturas primitivas; a formação acadêmica dos operadores do direito, muito direcionada à solução contenciosa; a atuação da advocacia, também voltada ao litígio; e até mesmo a falsa percepção dos juízes de que conciliar seria uma atividade menos nobre, enquanto a atividade de sentenciar seria sua atividade mais importante, o que é reforçado pelos critérios adotados pelos tribunais para avaliação de merecimento dos juízes, geralmente vinculados apenas à qualidade das sentenças proferidas

¹ Mestrando pelo PPGDIR da Universidade Federal do Espírito Santo.

² Graduanda da Universidade Federal do Espírito Santo.

por esses juízes, sem levar em consideração atividades conciliatórias (WATANABE, 2005, p. 684-690).

Essa realidade vem se alterando vagarosamente. É possível identificar um avanço no reconhecimento da importância de meios consensuais para pacificação social e solução adequada aos conflitos, de modo que o método tradicional de solução dos conflitos, adjudicado autoritariamente pelo Estado, passou a ser compreendido apenas como *um* dos meios para resolver os conflitos, juntamente com métodos consensuais.

Esses métodos não podem mais ser taxados de "alternativos", porque não há superioridade da justiça estatal em relação a eles, passando-se a denominá-los "adequados", porque a opção por um deles em relação ao outro vai depender do direito objeto do conflito e da vontade das partes.

Sabidamente um dos maiores litigantes do Brasil é a Fazenda Pública, responsável por um acervo de milhões de processos tramitando no Poder Judiciário, segundo dados do Relatório Justiça em Números do CNJ, então as perguntas naturais e inevitáveis que se colocam são: há possibilidade de se utilizar os mecanismos referidos para dirimir conflitos envolvendo a Fazenda Pública? E quais os limites para sua utilização?

Sem pretensão de exaurir o tema, este trabalho busca responder tais questionamentos a partir das discussões levantadas pela doutrina. Tem-se, como objeto específico o meio autocompositivo de solução de controvérsias na atuação da Fazenda Pública em Juízo, ante a imprescindibilidade de se fazer um recorte do objeto a ser estudado.

A discussão é importante porque ainda há dificuldade em se compreender a existência de distinção entre direitos indisponíveis e direitos inegociáveis. De fato, a prática empírica em unidades judiciárias da Comarca da Capital do TJES, permitiu constatar que muitos juízes proferem despacho padrão dispensando, de plano, a audiência prevista no art. 334 do CPC/2015, com sucinto fundamento de que a Fazenda Pública lida com direitos indisponíveis.

Assim, pretende-se traçar relevantes discussões acerca dos direitos indisponíveis, mormente quanto à necessária distinção dessa expressão em relação a outras como direitos inalienáveis e direitos inegociáveis, para se compreender a possibilidade de utilização de autocomposição pela Fazenda Pública em Juízo, bem como os limites para essa utilização.

Direitos indisponíveis

Não se encontra definição no ordenamento jurídico brasileiro do conceito de direitos indisponíveis. Contudo, formou-se uma compreensão geral de que se trata de uma categoria especial de direitos atrelados ao interesse público, o que os torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares (indivíduos, grupos sociais ou toda a sociedade). Assim, a indisponibilidade seria uma ferramenta de proteção de determinados direitos fundamentais individuais ou coletivos contra lesões ou ameaças de seus titulares ou de terceiros, o que atenderia o interesse público (VENTURI, 2016, p. 02).

Assim, via de regra, consideram-se passíveis de resolução por meios consensuais (conciliação, mediação ou transação) ou pela arbitragem os *direitos patrimoniais disponíveis*, de modo que se desenvolveram de modo generalizado orientações doutrinárias e jurisprudenciais pugnado pela inviabilidade de adoção desses métodos em caso de direitos indisponíveis. No caso desses últimos, além da aversão histórica do sistema de justiça em admitir *meios extrajudiciais* para resolução consensual de conflitos envolvendo esse tipo de direito, também não se tem admitido *acordos judiciais* cujo objeto seja conflitos relacionados a direitos indisponíveis (VENTURI, 2016, p. 04).

Retratam esse cenário, Ricardo Gueiros e Diogo Nolasco (2018, p. 182-186), ao tratarem da arbitragem em conflitos da Administração Pública, resgatando as clássicas lições de Celso Antonio Bandeira de Mello (*apud* DIAS; PEREIRA, 2018, p. 184) no sentido de que o “interesse primário é a dimensão pública do interesse privado, se referindo ao plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade e o secundário é o interesse particular, individual”, a partir das quais se firmou entendimento de que interesses relacionados a aspectos patrimoniais da Administração são interesses secundários e, portanto, disponíveis e passíveis de solução por métodos diversos da adjudicação pelo Estado.

Dessa forma, a partir da formação garantista historicamente conferida ao modelo processual brasileiro, firmou-se a premissa de que conflitos envolvendo direitos fundamentais (tais como vida e liberdade), direitos relativos a incapazes, direitos transindividuais difusos (como moralidade administrativa, meio ambiente equilibrado, patrimônio público), entre outros, não poderiam ser resolvidos consensualmente por via de transações. Contudo, levantam-se vozes para advertir que essa premissa é falsa (VENTURI, 2016, p. 04).

De fato, não deve haver correlação automática entre indisponibilidade e inalienabilidade (donde se extrai a inegociabilidade) de direitos e interesses.

Tal afirmação encontra amparo, inclusive, na lei processual civil. O art. 334, §4º do CPC/2015, que indica as hipóteses em que a audiência de conciliação não será realizada, afasta a audiência “quando não se admitir a autocomposição”. A leitura atenta desse dispositivo revela que não há referência a *indisponibilidade dos direitos* porque a indisponibilidade não pode ser confundida com vedação à transação (PEIXOTO, 2016, p. 01).

Essa mudança de paradigma, em certa medida, recebe amparo legal pela adoção de um sistema de Justiça multiportas no Brasil, com inspiração no modelo norte-americano de *alternative dispute resolution*. Para configuração desse modelo, são de grande importância diplomas normativos como a Lei nº 13.129/2015, que promoveu alterações na arbitragem, autorizando esse procedimento envolvendo o Poder Público; o CPC/2015 e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), os quais passaram a incentivar procedimentos de conciliação e mediação em âmbito judicial e extrajudicial.

Os novos diplomas legais ainda disciplinam majoritariamente a atuação de mecanismos consensuais de resolução de disputas envolvendo direitos disponíveis, mas, na Lei de Mediação, é possível reconhecer abertura para o caso de direitos indisponíveis, com a previsão do artigo 3º no sentido de ser cabível mediação para conflito que verse sobre “direitos disponíveis que

admitam transação”, muito embora não haja conceituação legal de quais seriam esses direitos, o que espelha o problema já abordado da falta de clareza quanto aos direitos efetivamente abrangidos pela norma (VENTURI, 2016, p. 04).

Por conseguinte, a fim de viabilizar a empreitada de criação de um sistema de Justiça multiportas brasileiro que seja apto a solucionar a maior quantidade de conflitos possíveis, é necessário identificar os direitos indisponíveis que sejam passíveis de negociação, bem como distinguir as técnicas de autocomposição a serem utilizadas (VENTURI, 2016, p. 05).

Nesse sentido, tem-se como principais mecanismos de solução consensual de disputas: conciliação, mediação e negociação, a serem empregados judicial ou extrajudicialmente. É possível identificar a *conciliação* como gênero (acordo), a versar sobre o direito de ação (pedido de extinção sem resolução do mérito) ou sobre as próprias pretensões materiais (reconhecimento jurídico do pedido, renúncia ao direito em que se funda a ação). Assim, a *transação* seria espécie, qualificada por concessões recíprocas de pretensões de direito material (art. 840 do CCB).

A transação tem, portanto, conteúdo material e se distingue da conciliação, que tem conteúdo processual e é o “modo pelo qual se realiza uma transação”. Porém a conciliação também pode ter por objeto uma simples composição, em que não há concessões mútuas, optando-se, por exemplo, por renunciar ao direito deduzido em juízo (autor) ou reconhecer a procedência do pedido (réu), ou deixar de contestar o litígio (réu) ou de interpor recursos ou, ainda, por simples manifestação das partes em Juízo de que querem se conciliar ou se reconciliar (MADUREIRA, 2016, p. 348).

Direitos indisponíveis e Fazenda Pública

O reconhecimento da possibilidade de dispor de direitos e interesses considerados indisponíveis é relevante para compreender os limites dos acordos a serem realizados pelo Poder Público em Juízo, em relação aos direitos indisponíveis com os quais lida a Administração Pública.

Como cediço, um dos princípios que orientam a atuação da Administração Pública é o princípio da indisponibilidade do interesse público. Esse princípio, sob a ótica do direito material, é decorrência do princípio constitucional republicano, no sentido de que os bens públicos pertencem a todos e, por conseguinte, nenhum agente público poderia dispor desses bens. Assim, reconhece-se que há valores, atividades e bens públicos imprescindíveis para existência e atuação do Estado, o que os torna irrenunciáveis e inalienáveis (TALAMINI, 2005).

Contudo, a afirmação quanto a existência de bens, valores e atividades imprescindíveis ao Estado comporta gradações, porque, de fato, existem atividades e bens que tem absoluta essência pública, como o poder de legislar, a titularidade do poder de polícia ou o território nacional, mas em outras hipóteses, “embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Estado renuncie a determinadas

decorrências ou derivações do bem indisponível” (TALAMINI, 2005, p. 03). Como exemplo, tem-se a arrecadação de tributos, em relação à qual é possível haver lei autorizando remissão ou anistia.

Há que se observar, entretanto, que a disposição de um direito ou interesse da Administração não se confunde com o reconhecimento de um direito conferido pelo ordenamento jurídico a um particular. Nesse caso, a Administração Pública está obrigada, pelo princípio constitucional da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB), a dar cumprimento ao direito alheio.

Assim, o princípio da *legalidade* impõe a atuação do Poder Público de acordo com o ordenamento jurídico e se não há direito em favor da Administração, não há interesse público. Meros “interesses pragmáticos da Administração que não encontram amparo no ordenamento não constituem interesse público”, são interesses secundários e ilegítimos (TALAMINI, 2005, p. 04). Essa conduta também tem fundamento no princípio da boa-fé ou moralidade, estampado no artigo 37, *caput* da CRFB, de modo que é dever da Administração cumprir direitos dos particulares ou abdicar de pretensões infundadas quando constata que não tem razão.

Registre-se, inclusive, que o reconhecimento do direito alheio independe de ingresso em Juízo, porque diferentemente da persecução penal ou de hipóteses do âmbito cível que envolvem estado de pessoas, como separação judicial, falência ou insolvência, em que a ação judicial é necessária, via de regra, nas relações da Administração Pública isso não acontece e os direitos existentes devem ser reconhecidos e cumpridos independentemente de processo judicial (TALAMINI, 2005, p. 05).

O dever de reconhecimento do direito alheio permanece após instaurado processo judicial, ressalvando-se apenas as hipóteses de prerrogativas processuais da Fazenda Pública que se constituem em *mecanismos de indisponibilidade processual*, a impedir que eventual inércia do agente incumbido da defesa do interesse público acarrete consequências negativas ao ente público ou a eliminar dificuldades de sua atuação em Juízo (TALAMINI, 2005, p. 07), como por exemplo a não incidência dos efeitos da revelia quanto houver interesse público envolvido (atualmente no artigo 344 do CPC/2015) e a prerrogativa dos prazos dilatados (art. 183 CPC/2015).

Dessa forma, o agente público tem o dever de reconhecer em Juízo sua falta de razão e pôr fim ao litígio, em atendimento ao interesse público primário, à legalidade e à moralidade administrativa.

Ademais, “cabe ao agente público procurar mitigar os prejuízos que a Administração sofreria com a derrota judicial” (TALAMINI, 2005, p. 09). Assim, poderá realizar acordos que reconheçam direitos da outra parte.

Em semelhante linha de raciocínio, Cláudio Madureira distingue as hipóteses com as quais os Advogados Públicos se deparam na sua atividade consultiva e litigiosa e defende, com razão, que a autorização normativa para composição do litígio pela Fazenda Pública é retirada diretamente da Constituição.

Madureira (2016, p. 338) refere-se a posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira em trabalho publicado em 1977, quando defendeu que o procurador não pode se negar a defender a legalidade de ato do Poder Público, mesmo que reconheça sua ilegalidade. Na esteira de outros juristas, como Clovis Beznos, Celso Antonio Bandeira de Mello e Luciane Moessa de Souza, defende que está superado tal entendimento, de modo que, em verdade, faz parte do dever do Advogado Público reconhecer ilegalidades e buscar adotar medidas para reverter seus efeitos, o que avulta a nobreza da profissão.

O autor reconhece ter defendido em trabalho prévio que a disposição de direitos e interesses pelo Poder Público estaria condicionada à edição de leis autorizativas. Todavia, reconsiderou sua posição para defender que essa postura independe de expressa autorização legislativa, eis que a autorização normativa decorreria diretamente dos princípios constitucionais da legalidade, supremacia do interesse público sobre o privado, bem como do princípio da indisponibilidade do interesse público. Em relação ao último, destaca que “o dogma da indisponibilidade não tem aplicação quando se depreende em concreto que a posição sustentada em juízo pelo Poder Público vai de encontro ao direito pátrio” (MADUREIRA, 2016, p. 338-339). Assim, o princípio da indisponibilidade do interesse público, em verdade, torna imperioso o ato de disposição de direitos e interesses transitariamente defendidos pelo Poder Público, primeiro porque esses interesses, por serem contrários ao direito, não correspondem ao interesse público. Também porque se a defesa desses interesses implica, por outro lado, negativa de direitos subjetivos assegurados pelo ordenamento, o interesse público reside justamente na disponibilidade desses interesses transitórios.

Destarte, partindo da premissa de que se a pretensão ajuizada pelo Poder Público ou o ato impugnado em dada ação não tiverem abrigo no ordenamento jurídico-positivo isso impõe aos advogados públicos a adoção de medidas necessárias a reverter-lhe os efeitos. Porque, segundo Luciane Moessa de Souza (*apud* MADUREIRA, 2016, p. 340), o Estado não tem “direito de defender seus erros em juízo”.

Para tanto, pode se valer de atividade consultiva, aconselhando as autoridades administrativas ao reconhecimento da nulidade do ato praticado. Já na atividade contenciosa, propõe-se a adoção de conciliação em suas diversas espécies (desistência, renúncia, reconhecimento do direito ou transação) (MADUREIRA, 2016, p. 340), expressas de modo concreto em: *i*) dispensa de apresentação de defesa ou reconhecimento do pedido; *ii*) autorização para desistência de ações propostas e/ou para renúncia do direito; *iii*) dispensa de apresentação de recursos; *iv*) opção pela conciliação no processo.

Assim, no caso de demandas judiciais propostas pela Fazenda Pública, verificando-se hipótese de as pretensões veiculadas contrariarem o direito, cabe aos procuradores solicitar autorização à sua respectiva procuradoria para formular, em juízo, pedido de desistência dessas demandas judiciais, no caso de vício processual, ou renúncia ao direito em que se funda a ação, com conseqüente resolução do mérito, na hipótese de se verificar inexistência do direito subjetivo material deduzido, como, por exemplo, no caso de propositura de

execução fiscal contra pessoa física ou jurídica que não realizou o fato gerador descrito na lei para a incidência do tributo cobrado.

Nesse caso, registra Madureira (2016, p. 342-343) que há autorização expressa na legislação federal e nas legislações de alguns estados para desistência ou requerimento de extinção de ações judiciais propostas, mas eventual falta de previsão em legislação dos demais estados e de municípios não impede a adoção da mesma providência porque a autorização normativa para disposição (em qualquer de suas modalidades) de direitos e interesses deduzidos em juízo pelo Poder Público mas contrários ao direito decorre diretamente da Constituição, especificamente dos princípios constitucionais da legalidade administrativa, expresso no artigo 37 da CRFB, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, esses últimos implícitos, inferidos do texto constitucional.

O mesmo raciocínio se aplica a Fazenda Pública para deixar de apresentar recursos e ou desistir de recursos interpostos: verificando-se, após a apresentação de defesa, ou seja, passado o momento processual para manifestação do reconhecimento do pedido, da desistência ou da renúncia sobre o direito, devem os procuradores solicitar autorização para deixarem de interpor recursos nos autos ou deles desistir. Igualmente, para estados e municípios que não tenham autorização normativa para disposição, não há óbice, pois a autorização normativa para tanto decorre diretamente da CRFB pelos princípios mencionados (MADUREIRA, 2016, p. 345-346).

Transação envolvendo a Fazenda Pública

Conforme exposto, nos casos em que se constata acerto total ou parcial da posição daquele que litiga contra a Administração, não é necessária lei autorizadora da composição. Já para renúncia da Administração a direito que legitimamente detenha, em transação propriamente dita, deve haver autorização legislativa. Na execução fiscal, por exemplo, a Administração pode constatar erro na inscrição original e cobrança maior que a efetivamente devida e, assim, cancelar a inscrição em dívida ativa ou substituí-la por outra de valor menor, o que pode ser feito, inclusive, em Juízo, no curso da execução. Já para levar a efeito a anistia (perdão) de dívida, precisa de lei autorizativa prévia (TALAMINI, 2005, p. 12).

Outros casos de transação autorizada por lei no âmbito administrativo, *v.g.*, são os acordos em contratos administrativos - artigo 65 e 79 da Lei nº 8.666/1993 - e os acordos nos procedimentos sancionatórios do Cade - artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 (PEIXOTO, 2016, p. 01).

Talamini (2005, p. 12) destaca, contudo, que a autorização legislativa não precisa ser específica, pois muitas vezes a lei pode apenas informar parâmetros gerais, o que tem fundamento constitucional nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, porque

cabe ao advogado público ponderar os custos da permanência na disputa judicial e, caso constate que é menos oneroso encerrar desde logo a disputa, realizar disposição.

De fato, a transação pela Administração Pública em Juízo deve ser pautada pelo custo da permanência na disputa judicial optando-se pelo acordo de concessões mútuas quando houver autorização legislativa, em observância à indisponibilidade do interesse público, e quanto se identificar que a demanda “não vale a pena” financeiramente.

Assim, é de se observar que o acordo pode ser o meio mais adequado para concretizar e efetivar o direito ou interesse (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2017, p. 421). Por meio de acordo de parcelamento fiscal, por exemplo, o Estado assegura o recebimento de crédito que, possivelmente, não seria quitado e, assim pode evitar uma demanda de execução fiscal ou extinguir demanda em trâmite.

Em síntese, Madureira (2016, p. 349) identifica duas ordens de motivação aptas a que direcionar a Advocacia Pública para celebração de conciliação no processo: *i*) o procurador verifica que a outra parte tem razão, ou seja, tem o direito subjetivo que pleiteia ou faz resistência legítima ao direito ventilado pelo Poder Público; *ii*) ou o procurador depreende que a demanda “não vale a pena” quando considerados seus custos e os seus benefícios.

No primeiro caso (o administrado tem razão), não há espaço para a transação, porque o Poder Público não pode exigir concessões do administrado, seja porque não vige nas relações de direito público o princípio da autonomia da vontade, seja porque incide o princípio da indisponibilidade do interesse público, que impõe à Administração Pública e seus agentes a observância da ordem jurídica estabelecida. Assim, o acordo será uma simples conciliação do litígio, caso em que há autorização normativa constitucional para os advogados públicos de todos os entes federativos realizarem o acordo, conforme proposto pelo autor. Já na hipótese de se identificar que a demanda “não vale a pena” quando considerados seus custos e os seus benefícios, torna-se viável a transação. Contudo, nesse caso o acordo só poderá ser implementado se houver expressa autorização legal. “Não se aplica às transações a autorização genérica conferida pela Constituição à disposição sobre direitos e interesses deduzidos em Juízo pelo Poder Público”. Isso porque o ajuste não se funda em erro jurídico, o que afasta a hipótese de violação aos princípios da legalidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público (MADUREIRA, 2016, p. 349-351).

Diante da necessidade de autorização legal para transação, há que reconhecer que, não havendo essa autorização, perde sentido a designação de audiência de conciliação do art. 334 do CPC/2015, sob pena de se designar diligência inócua (PEIXOTO, 2016, p. 03). Daí ressaí a necessidade de as Fazendas Públicas darem publicidade “às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar a autocomposição” (enunciado 573 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Conclusão

Identifica-se uma nova realidade do direito brasileiro associada ao reconhecimento da importância de métodos de solução de conflitos diversos da solução adjudicada pela sentença, com a formação da “cultura de paz” prevista, de maneira otimista, pelo professor Kazuo Watanabe. Fala-se da adoção de um sistema de Justiça multiportas, pela institucionalização dos meios adequados de solução de conflitos, com inspiração em programas de *alternative dispute resolution* do direito norte-americano.

Esse desenvolvimento do sistema de Justiça multiportas e incentivo à utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos alcança os conflitos envolvendo a Fazenda Pública, reconhecidamente uma das maiores litigantes do país, segundo dados do CNJ, responsável pelo acervo de milhões de processos junto ao Poder Judiciário.

Para realização de acordos em Juízo, é imprescindível identificar que a indisponibilidade do interesse público não implica automática inegociabilidade dos direitos e interesses defendidos pela Administração, pois há direitos indisponíveis passíveis de negociação.

É necessário, também, distinguir as técnicas de autocomposição a serem utilizadas pela Fazenda. Nesse caso, tem-se a *conciliação* como gênero (acordo), a versar sobre o direito de ação (pedido de extinção sem resolução do mérito) ou sobre as próprias pretensões materiais (reconhecimento jurídico do pedido, renúncia ao direito em que se funda a ação) e a *transação* como espécie, qualificada por concessões recíprocas de pretensões de direito material na forma do art. 840 do CCB, porém, como mencionado, não limitada ao caráter patrimonial usualmente adotado pela doutrina, pois se admite a transação sobre direitos indisponíveis também.

Essa distinção revela-se ainda mais importante quando se trata de interesses e direitos defendidos pelo Poder Público porque o princípio da indisponibilidade do interesse público torna imperioso o ato de disposição de direitos e interesses transitoriamente defendidos pelo Poder Público, mas contrários ao ordenamento jurídico, o que é feito por meio de simples composição, sem exigência de concessões do administrado titular do direito. Nesse caso, conforme defendido neste trabalho, à luz das lições de Cláudio Madureira, não há exigência de autorização legal específica, porque a autorização normativa para reconhecimento desses direitos deriva diretamente da Constituição Federal, mormente do princípio da legalidade, previsto no artigo 37. Além disso, quando se tratar propriamente de transação, cabível para o caso de o Advogado Público identificar que será mais custoso permanecer no litígio, será necessária autorização legislativa, a qual, todavia, não precisa ser específica, pois muitas vezes a lei pode apenas informar parâmetros gerais.

Imperioso destacar também que o princípio da indisponibilidade do interesse público, associado à compreensão de que os bens públicos pertencem a todos e, por conseguinte, nenhum agente público poderia dispor desses bens, deve comportar gradações. Em análise mais acurada, tem-se que, apesar da indisponibilidade, outros valores constitucionais, a serem

sopesados, podem orientar a renúncia de determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível, para efetivação e concretização desses mesmos direitos.

Referências

- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. Revista FONOMECC. Vol. 1, 2017, p. 368-383.
- DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Nolasco. Arbitragem e administração pública: uma necessária identificação dos interesses públicos disponíveis. *Juris Plenum direito administrativo*, v. 18, p. 175-190, 2018.
- DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. 19. ed, vol 1. Salvador: Ed. Jus Podvim, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: JusPodivm, 2017.
- FISS, Owen. Contra o acordo. In: Um Novo Processo Civil: Estudos Norte-Americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, p. 121-145.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Comentários ao art. 8º. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; GAJARDONI, Fernando da Fonseca FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. Comentários à Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 2. ed. São Paulo: RT, 2011
- MADUREIRA, Cláudio. Advocacia Pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis . Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de solução dos conflitos. *Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso)*, v. 95, p. 245-270, 2016.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; MEIRELLES, Delton R. S.. Meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a administração pública. XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Maringá. Fundação Boiteux, 2009.
- NUNES, Dierle José Coelho; SILVA, Natanael Lud Santos e ; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson ; OLIVEIRA, Moisés Mileib de . Novo CPC, Lei de Mediação e Meios integrados de solução de conflitos familiares. In: Hermes Zaneti Jr.; Tricia Navarro Xavier Cabral. (Org.). Justiça Multiportas: Grandes Temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, v. 9, p. 701-724.
- PEIXOTO, Ravi. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC. *Revista. Cosultor Jurídico*. 2016. Disponível em [<https://www.conjur.com.br>].
- RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2016, p. 384.

- SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos. Tese de Doutorado. Florianópolis: UFSC, 2010.
- TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória), 2005. Disponível em: <www.academia.edu/231461>.
- VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. Revista de Processo, v. 41, n. 251, p. 391-426, jan. 2016. [versão digital]
- WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 684-690.

Definición de cortes constitucionales

José Ángel Cornielles Hernández¹

Resumen: Las cortes constitucionales son órganos jurisdiccionales colegiados que principalmente resuelven casos relevantes en última instancia mediante decisiones conjuntas con la finalidad de formar precedentes. La legitimidad de los órganos de justicia constitucional se obtiene por diversos mecanismos, que no se limitan a la elección directa de sus integrantes mediante el voto ni se reducen a los medios de participación popular en los procesos en estas instancias jurisdiccionales. Su legitimación se deriva de las constituciones que les otorgan la competencia para garantizar los derechos fundamentales, incluso de aquellas que forman parte de las minorías. Una definición adecuada de cortes constitucionales es necesaria para resolver los principales problemas que rodean las actividades de estos órganos.

Palabras clave: Justicia Constitucional; Cortes Constitucionales; Definición.

Introducción

Las cortes constitucionales son órganos jurisdiccionales conformados con varios integrantes que cumplen sus funciones principalmente en conjunto para la producción de decisiones que son el resultado de un proceso deliberativo que conduce a opiniones que deben ser aceptadas por todos sus miembros; normalmente, están ubicados en la cúspide de la estructura de justicia de los Estados y tienen la función de otorgar consistencia y coherencia al ordenamiento jurídico mediante la interpretación del Derecho en última instancia.

Así, jurisdiccionalidad, colegialidad, deliberación, jerarquía y competencia para formación y aplicación de precedentes en casos relevantes y trascendentes, son las características esenciales de las cortes constitucionales. El carácter jurisdiccional se desprende de su atribución constitucional para producción de normas jurídicas obligatorias. Las actividades de las cortes constitucionales son practicadas en el contexto de procesos jurisdiccionales que resultan en normas elaboradas para resolver casos concretos pero que también son útiles en la solución de casos futuros presentados en cualquier instancia judicial o administrativa.

La colegialidad en principio responde a cuestiones aritméticas para lograr que se imponga una tesis frente a otra entre la diversidad de opiniones que pueden ser encontradas dentro del órgano; colegialidad también se considera uno de los tantos elementos dispuestos

¹ Mestrando em Direito Processual na UFES - Universidade Federal do Espírito Santo. Bolsista da Organização dos Estados Americanos - OEA e o Grupo Coimbra de Universidades Brasileiras - GCUB, com financiamento da CAPES. Advogado. E-mail: jose.cornielles@gmail.com.

para la producción de mejores decisiones. La colegialidad no impide que en ciertos supuestos existan decisiones individualmente proferidas.

La deliberación es consecuencia de la colegialidad; la posibilidad de discusión para la búsqueda de un consenso con la disposición de cambiar de opinión es solo posible a través de la promoción adecuada del debate. La deliberación se manifiesta en el proceso de juzgamiento colegiado en varias etapas y en diversas formas. Su dirección es la emisión de una decisión conjunta que contribuya con la institucionalidad del tribunal.

La jerarquía debe ser observada desde dos perspectivas: una que indica que las cortes constitucionales deciden en última instancia, lo que significa que sus decisiones colegiadas no son impugnables; otra que se refiere al valor vinculante de esas decisiones para los tribunales inferiores, para el mismo tribunal y también para la Administración pública.

Finalmente, la competencia para la formación y aplicación de precedentes se basa en la necesidad de consistencia y coherencia del ordenamiento jurídico mediante la solución de casos concretos que son relevantes y trascendentes, lo que no excluye el conocimiento de otras materias que no son exclusivamente constitucionales.

Otros aspectos habitualmente mencionados para la definición de las cortes constitucionales, son la ubicación dentro de la estructura del Estado (dentro o fuera del Poder Judicial), su denominación (Corte, Tribunal, Sala) o que conocen exclusivamente la materia constitucional y en ningún supuesto, materia infraconstitucional, sin embargo, estos son elementos secundarios o complementarios, que no resuelven los problemas más sensibles que rodean a estos órganos.

Definición de cortes constitucionales

Las cortes constitucionales son órganos jurisdiccionales colegiados deliberativos, competentes para resolver casos relevantes y trascendentes en última instancia, con el fin de otorgar consistencia y coherencia al ordenamiento jurídico mediante la formación y aplicación de precedentes. Las características esenciales que describen a las cortes constitucionales son las siguientes: jurisdiccionalidad, colegialidad, deliberación, relevancia y trascendencia de los casos que están llamadas a resolver, jerarquía y competencia para formación y aplicación de precedentes.

Las Cortes Constitucionales, se convirtieron en importantes organismos políticos de poder y de decisión y pasaron a gozar de amplia legitimidad ante diversos segmentos políticos y sociales en la mayoría de las democracias del mundo contemporáneo, en las cuales es prácticamente irrefutable que la jurisdicción constitucional está completamente difundida y consolidada (VALE, 2015, p. 35). En efecto, las cortes constitucionales Son reconocidas como constantes parte del ideal moderno de democracia constitucional (MENDES, 2013, p. 8-9).²

² Para Mendes, un tribunal constitucional es un órgano deliberativo compuesto por varios miembros no electos que, cuando lo provocan actores externos (para promover su independencia e imparcialidad),

En ese contexto, debe considerarse que entre democracia constitucional y la eficacia justicia constitucional existe un vínculo recíproco y permanente (FIX-ZAMUDIO, 2009, p. 166).

La finalidad de una democracia constitucional es la tutela de los derechos incluso en contra de las mayorías (ZANETI JR., 2014). Así, la legitimidad de las cortes constitucionales se deriva principalmente de los textos constitucionales que les otorgan la competencia para la protección de los derechos fundamentales de las personas aún de aquellas que representen las minorías sociales. Las cortes constitucionales, son instituciones encargadas de la defensa de derechos contra los peligros de la opresión mayoritaria (MENDES, 2012). Y, aunque los jueces que las integran no son electos de forma directa mediante el voto, existen bases para afirmar que existen otras fuentes que legitiman su funcionamiento dentro del Estado constitucional democrático.³

En efecto, el principal argumento a favor del papel de los tribunales constitucionales es percibirlos como los defensores de los derechos constitucionales contra las políticas decididas por las ramas políticas del estado y, en particular, de los derechos de las minorías contra la posible tiranía mayoritaria. El argumento apela a los aspectos no mayoritarios de la democracia: el parlamento y el ejecutivo son (al menos cuando funcionan bien) los articuladores de la mayoría, pero estos dispositivos tienen que ser complementados por restricciones a la mayoría, y este es (según el argumento) la esencia del constitucionalismo y de las leyes constitucionales de los derechos en particular (SADURSKI, 2008, p. 84).

La legitimidad de la justicia constitucional, partiendo de la compatibilidad entre el gobierno de la mayoría y el control jurisdiccional de constitucionalidad, se sustenta en tres aspectos: la complementariedad entre Democracia y Estado de Derecho (para la protección de los derechos fundamentales de mayorías y minorías); la composición de los Tribunales Constitucionales (principalmente en la intervención de los demás poderes públicos en el procedimiento de escogencia de sus miembros); y, la fundamentación y aceptación popular de las decisiones de los Tribunales Constitucionales (con relación a la motivación y publicidad de las sentencias). (MORAES, 2003, p. 64-81).

Ahora bien, las reglas y prácticas que orientan la fase de la construcción de las decisiones en las cortes constitucionales, esto es, garantía de colegialidad, presencia de deliberación

puede conocer de la impugnación, por motivos constitucionales, de la legislación promulgada por un representante parlamento. Este órgano debe fundamentar sus decisiones y no se debe a la satisfacción periódica de los electores (MENDES, 2013, p. 9).

³ El tema de la legitimidad de las cortes constitucionales y tribunales supremos es objeto de amplias discusiones con las más diversas posiciones. Los problemas relativos a al ejercicio del poder judicial de competencias para anular actos de los demás poderes públicos con legitimidad directa por haber sido electos por los ciudadanos, fue planteado inicialmente por Alexander Bickel, quien lo denominó la dificultad contramayoritaria (BICKEL, 1986 [1962], p. 16-23). En ese sentido, Waldron entiende que *legitimidad* se refiere a la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales y sostiene que es innegable que existan estos problemas en cuanto al control de la constitucionalidad, toda vez que inevitablemente las decisiones de las cortes no ostentan la misma base de legitimidad que las decisiones de un legislativo elegido, sin embargo, no niega que la legitimidad tenga múltiples fuentes que no se agotan en la perspectiva democrática (WALDRON, 2018, p. 16-17).

y fundamentación adecuada de las sentencias, también constituyen una fuente de la cual emana su legitimidad.⁴

Los modelos de justicia constitucional son diversos y en ese sentido, también son variados los modelos de cortes constitucionales diseñados por los ordenamientos jurídicos mundiales.⁵

Su ubicación dentro de la organización del Estado y la denominación con la que se les identifique, son aspectos comúnmente considerados, sin embargo, una noción actual avanza en otra dirección, incluso se acepta que estos órganos ejerzan competencias que no son estrictamente constitucionales.⁶ Además, existen distinciones con respecto a la tradición jurídica a la cual pertenecen las cortes constitucionales y los tribunales supremos.⁷

La denominación que se atribuye a esos órganos es diversa, por ejemplo, tribunal supremo, corte suprema, tribunal constitucional, corte constitucional, Sala Constitucional, Supremo Tribunal Federal, entre otras; además, se les identifica por el lugar que ocupan dentro de la estructura del Estado, así, podrían estar ubicados dentro o fuera del Poder Judicial.⁸

⁴ Argumentando que los procedimientos que las cortes constitucionales usan para producir derecho pueden ayudar a evaluar su legitimidad, véase: Pasquino (2016). Es lo que Waldron denomina legitimidad institucional y funcional (Cf. WALDRON, 2018, p. 18).

⁵ Es preciso anotar que la frase *modelo de corte constitucional* se usa en el sentido de identificar el proceso decisorio diseñado para que un órgano colegiado de justicia constitucional, que actúa en última instancia para producir, de manera conjunta, una sentencia que tendrá efectos futuros. Esto se diferencia del *modelo de justicia constitucional*, que esencialmente hace referencia a la ubicación del órgano jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, como parte integrante del Poder Judicial o fuera de éste. Sobre los modelos de justicia constitucional, véase: Canotilho (2003, p. 895-896).

⁶ Por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor entiende los tribunales constitucionales son los altos órganos judiciales o jurisdiccionales, situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consiste en la resolución de conflictos o litigios derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional (Cf. FERRER MAC-GREGOR, 2002, p. 59). Nótese que según esta definición se pueden ejercer competencias en otras materias que se deriven de la interpretación de la constitución, por ejemplo, en el ámbito infraconstitucional. En dirección similar, Fix-Zamudio, describe a las cortes constitucionales como organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de los conflictos directamente constitucionales que con independencia de su encuadramiento dentro o fuera del Poder Judicial deciden en última instancia sobre la interpretación definitiva de los principios, valores o normas constitucionales y por ello adquieren, aún cuando no se estatuya expresamente, el carácter de órganos autónomos constitucionales con funciones de carácter jurídico político (Cf. FIX-ZAMUDIO, 2009, p. 163). Conviene destacar que estos autores no incluyen la colegialidad en sus definiciones.

⁷ Por ejemplo, Kelemen señala algunas diferencias que distinguen a las cortes constitucionales de las cortes supremas de *common law*; en primer lugar, los cortes constitucionales en los sistemas de derecho civil realmente coexisten con los tribunales supremos ordinarios y los tribunales supremos especiales. En segundo lugar, los tribunales constitucionales a menudo pueden intervenir en el proceso legislativo, que no es el caso de los cortes supremas de *common law*. En tercer lugar, la revisión abstracta se incluye tradicionalmente entre las características que determinan la naturaleza *sui generis* de las cortes constitucionales (Cf. KELEMEN, 2013, p. 1553-1554).

⁸ Favoreu, argumenta que una corte constitucional debe estar situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Cf. FAVOREU, 2004, p. 15. En el mismo sentido, defendiendo la ubicación de las cortes constitucionales fuera del Poder Judicial, cf. MELLO, 1968, p. 224-227. Mello, indica además que las Cortes Constitucionales son una mezcla de órgano jurídico y político que constituyen el mejor medio posible para armonizar el respeto a las normas y a los principios atendiendo a las exigencias de una sociedad en constante y cada vez más acentuada mutación. MELLO; 1968, p. 240. El argumento principal para esas posiciones es la autonomía e independencia del órgano; no obstante, ello no se garantiza únicamente con la ubicación fuera del Poder Judicial sin considerar otros factores como la

Ahora bien, para construir una definición y también para la identificación de sus principales problemas, deben ser considerados otros los elementos que determinen la esencia de estos órganos, a saber, el carácter jurisdiccional de sus funciones, la colegialidad, la decisión de determinado tipo de casos última instancia de forma conjunta y el impacto que ejercen sus decisiones en otros casos similares que se presenten en el futuro.

Órganos jurisdiccionales

El carácter jurisdiccional usado para definir a las cortes se desprende de su atribución constitucional para producción de normas jurídicas obligatorias en el contexto de procesos. La jurisdicción se define como la función de un tercero imparcial de realizar el derecho de modo imperativo y reconstructivo, para reconocer, hacer efectivo o proteger situaciones jurídicas concretamente deducidas en decisión insustituible de control externo y con aptitud para tornarse indiscutible e inmutable (DIDIER JR., 2015, p. 153 y ss.). En efecto, el proceso jurisdiccional está destinado a la producción de normas jurídicas en razón del ejercicio de la jurisdicción (DIDIER JR., ZANETI JR., 2014, p. 274).

Así, los órganos jurisdiccionales ejercen esencialmente la función de producción de normas jurídicas mediante la interpretación del derecho para ser aplicadas a casos concretos en una actividad que reconstruye el ordenamiento jurídico (MITIDIERO, 2017, versión digital; DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 442.; ZANETI JR., 2017).⁹ Esa tarea de interpretar textos legales o precedentes para producir normas jurídicas es típica de los jueces y es practicada en el contexto de procesos dispuestos para la protección de los derechos fundamentales del ciudadano (ZANETI JR., 2015, p. 36).¹⁰

En efecto, los jueces en el constitucionalismo contemporáneo tienen la tarea de tutelar los derechos fundamentales de acuerdo con las normas constitucionales para que estos sean protegidos y materializados; lo que se legitima por la justificación de la racionalidad de la decisión pues no basta para el juez estar convencido, sino que debe explicar las razones de su convencimiento; en ese contexto, la función del juez es producir una norma jurídica para tutelar concretamente un derecho material (MARINONI, 2012).¹¹ Entonces, tanto los

autonomía presupuestaria y financiera, así como la independencia de los jueces, que refiere al proceso de su designación y lleva a pensar, por ejemplo, en las mayorías de un partido político en el Poder Legislativo y en las relaciones que pueda mantener el juez con el Poder Ejecutivo, cuando esos poderes participan en ese proceso. Por su parte, Mitidiero sostiene que el modelo de Corte Suprema se caracteriza por sus funciones o competencias, por lo que su diseño no depende de la denominación que reciba y por su ubicación dentro o fuera de la estructura del Poder Judicial (Cf. MITIDIERO, 2017, versión digital).

⁹ La idea de "reconstrucción" del ordenamiento jurídico por parte del juez al interpretar el derecho positivo, surge como respuesta a las posiciones que argumentan sobre la *creación* del derecho por los jueces como si se tratase de un tipo de legislador.

¹⁰ Al respecto, Welsch sostiene que la sedimentación de la práctica de la *(re)creación judicial* del Derecho se debe en parte al surgimiento de nuevos derechos y la creciente complejidad de las relaciones sociales y personales, así como el letargo del proceso legislativo para prever y regular dichos derechos y las relaciones de forma temprana y, aún, la contumaz y creciente morosidad estatal frente a las obligaciones, incluso de matriz constitucional (Cf. WELSCH, 2016, versión digital).

¹¹ Pasquino sostiene que la jurisdicción de las cortes constitucionales implica la producción de derecho por

organismos calificados formalmente como cortes o tribunales constitucionales, como las salas especializadas en las cortes supremas y también los tribunales supremos cuya función esencial radica en la solución de conflictos constitucionales, son verdaderos organismos jurisdiccionales (FIX-ZAMUDIO, 2009, p. 162).

En ese contexto, la jurisdicción atiende a un criterio funcional y no exclusivamente orgánico, toda vez que existen instituciones imparciales que no integran el poder judicial pero que también están encargados de atender los asuntos de justicia mediante decisiones que contienen normas obligatorias y definitivas construidas a partir de situaciones jurídicas concretas que se proyectan hacia el futuro. En ese sentido, una teoría de la jurisdicción debe considerar las complejidades del proceso decisorio en los órganos encargados de formar precedentes (KORNHAUSER, SAGER, 1986, p. 115).

Colegiados

La colegialidad es una característica institucional vital de las cortes constitucionales (MENDES, 2012). Los mecanismos de toma de decisión colectiva, se presentan como una cuestión esencial para entender el funcionamiento adecuado y coherente de la jurisdicción en el marco del estado constitucional (PEREIRA, 2018, p. 1-2). La colegialidad representa un factor decisivo para la legitimación de los proveimientos jurisdiccionales (MENDONÇA, 2007, p. 224).

Es la base para definir el valor de precedentes de las decisiones de algunos tribunales¹², es necesaria para determinar la validez de cierto tipo de sentencias¹³ y sirve también para establecer prohibiciones;¹⁴ además, en ocasiones es usada como fundamento por los jueces en algunas de sus opiniones.¹⁵

medio de la interpretación de la constitución (Cf. PASQUINO, 2016, p. 15).

¹² La formación de precedentes implica decisiones del colegio del tribunal. Así, una decisión monocrática (unipersonal), proferida por el juez ponente, no constituye precedente (Cf. CRAMER, 2017, p. 965).

¹³ Nunes refiere la colegialidad en la denominada *reserva de plenario* y la colegialidad correctiva; la primera establece que la declaración de su inconstitucionalidad o de acto normativo del poder público, solo puede ser obtenida mediante su acatamiento por la mayoría absoluta de los miembros del pleno del tribunal competente, esto con base en la presunción de constitucionalidad de la ley; y la segunda, aquella que se usa en general para obtener una corrección decisoria basada en un procesalismo constitucional democrático. (Cf. NUNES, 2016, p. 42).

¹⁴ Al respecto, Talamini explica que las decisiones colegiadas (en teoría formadas por la deliberación de jueces con mayor experiencia), no están sometidas al reexamen o remisión necesaria en casos de decisiones proferidas en acciones de competencia originaria de los tribunales aunque sean contrarias a la Administración pública (Cf. TALAMINI, 2016, p. 141). La remisión necesaria establecida en el artículo 496 del CPC brasileño de 2015, consiste en el sometimiento, en principio, obligatorio al doble grado de jurisdicción, sin que exista apelación, de las sentencias contrarias a la Administración pública, las cuales no producen efecto sino hasta después de confirmada por el tribunal de alzada. Véase CPC en español: ARRUDA ALVIM, DIDIER JR., 2018.

¹⁵ En Brasil, por ejemplo, la Ministra del Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, en el caso del expresidente Luiz Ignacio Lula da Silva, en fecha 4 de abril de 2018, usó en la fundamentación su voto en el principio de la colegialidad, alegando que es éste es imprescindible para el sistema de justicia, pues la individualidad dentro del tribunal tiene un momento delimitado, que cede espacio para la razón institucional revelada en el voto mayoritario de la corte. *Habeas Corpus* 152.752 Paraná. disponible en: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministra-rosa-weber.pdf>>. Acceso en 5 de agosto de 2018. En ese sentido, Edwards explica

Las cortes constitucionales y tribunales supremos son comúnmente órganos colegiados, en el sentido que por regla, las decisiones se forman en momentos sucesivos con la participación de sus integrantes (CARVALHO, 2011). En estos órganos sus miembros se unen en un esfuerzo coordinado para un fin común que obedece a varios estándares de calidad, así, se caracterizan por la existencia de colaboración y deliberación; en ese sentido, son cruciales la interacción y el intercambio de ideas (KORNHAUSER, SAGER, 1993, p. 3-5). La colegialidad es importante porque promueve la eficiencia judicial que en definitiva se traduce en mejores resultados (GINSBURG, 1990).

La colegialidad está marcada por una diversidad cuantitativa y cualitativa de personas que, por intermedio de la discusión de sus puntos de vista, llegan a un acuerdo en busca de la mejor decisión (MENDONÇA, 2007, p. 208-210). La colegialidad puede ser vista desde dos ópticas; la primera, indica que una corte colegiada es aquella donde sus miembros se hablan cortésmente y mantienen un clima de civilidad al comunicar sus opiniones; la segunda, refiere que la colegialidad significa que una corte actúa con la finalidad de expresarse como una unidad (COHEN, 2002, p. 12).

La colegialidad incorpora un ideal de diversidad y prevé que los jueces se basen en sus diferencias en el proceso de trabajo conjunto para interpretar correctamente el derecho; permite que todos los puntos de vista sean ventilados y considerados porque implica disposición de los jueces a escuchar, persuadir y ser persuadidos, en un ambiente de civilidad y respeto; ese proceso ayuda a crear las condiciones adecuadas para lograr un acuerdo (EDWARDS, 2003, p. 1645 y p. 1666).¹⁶

De manera que, por regla, los órganos colegiados deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento de forma conjunta, como resultado de un esfuerzo colectivo. La colegialidad permite que varios individuos se enfoquen en una misma controversia jurídica lo que en teoría disminuye las posibilidades de cometer errores y resulta en una cognición reforzada, toda vez que el contacto entre los jueces y la causa puede generar nuevos cuestionamientos sobre las premisas y la conclusión que están contenidas en la decisión; en ese entorno observado por más de un enfoque, la posición manifestada por uno de los miembros se somete a la crítica de sus pares lo que sirve como un factor potencial de confiabilidad; además, la colegialidad funciona para asegurar la independencia de los jueces que pueden estar más protegidos de las presiones externas, políticas y sociales porque actúan representando a un órgano; también

que ha invocado la colegialidad en una de sus opiniones y añade la existencia de numerosos casos en los que la colegialidad informó explícitamente el razonamiento jurídico en una opinión. Agrega que si bien las invocaciones de colegialidad en las opiniones judiciales son variadas, la colegialidad parece estar asociada con los principios del estado de derecho, como seguir los precedentes, al *stare decisis* y la costumbre de la corte. Claramente, los jueces perciben la colegialidad como un refuerzo de las normas institucionales y del estado de derecho (Cf. EDWARDS, 2003, p. 1679-1682).

¹⁶ Con respecto a su trabajo en la Corte Suprema estadounidense, Ginsburg, señala que a pesar sus fuertes desacuerdos sobre cuestiones cardinales, los jueces se respetan genuinamente, incluso disfrutan de la compañía del otro. En ese sentido, expresa que la colegialidad es clave para el éxito de la misión de la Corte Suprema como la Constitución le asigna (GINSBURG, HARTNETT, WILLIAMS, 2016. Versión digital, p. 20).

la colegialidad actúa para contener el arbitrio individual de las posiciones ideológicas de los jueces (SOKAL, 2011, p. 72-91).¹⁷

En efecto, la colegialidad en muchas maneras mitiga las preferencias ideológicas de los jueces, permite encontrar puntos en común y tomar mejores decisiones; igualmente, juega un papel importante en la mitigación del rol de la política partidista y la ideología personal al permitir que los jueces de diferentes perspectivas y filosofías se comuniquen, escuchen y, en última instancia, se influyan recíprocamente de manera constructiva y respetuosa (EdWARDS, 2003, p. 1640-1645).

Existe en la colegialidad un freno natural impuesto por los propios jueces que integran el órgano; su interacción incita la moderación, motiva a la neutralidad y objetividad, por lo tanto, es una forma de asegurar la independencia, la imparcialidad y la imagen del Poder Judicial (MENDONÇA, 2007, p. 213).¹⁸ En este sentido, la colegialidad debe hacer de los tribunales constitucionales un cuerpo decisorio unitario que impida el desarrollo del individualismo y que promueve procedimientos que contribuyen a la despersonalización de los jueces (VALE, 2015, p. 377-378.).

La colegialidad implica complejidad en los procedimientos para producción de sus decisiones porque en él inciden aspectos jurídicos y extrajurídicos (BARBOSA MOREIRA, 1994. Versión digital) e incluso se argumenta sobre la ideología así como la raza, sexo y la edad de los jueces y otros factores que afectan la colegialidad, como el tamaño del tribunal y la cantidad de casos que deben resolver (EdWARDS, 2003).

Tal complejidad puede ser comprendida desde la perspectiva de la relevancia y trascendencia de las cuestiones que les corresponde resolver, comúnmente en última instancia; y además, se debe observar desde la óptica del proceso empleado para la construcción de las decisiones de estos órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, es fundamental considerar el efecto que tienen las reglas de votación en los tribunales colegiados porque ellas son determinantes para comprender por qué surge una norma en particular (KORNHAUSER, SAGER, 1986, p. 85.).

Las razones que justifican la regla de colegialidad en los tribunales supremos y cortes constitucionales, obedece a diversas razones, por ejemplo, la legitimidad, y autoridad de las decisiones así como el entendimiento según el cual un grupo que es en esencia diverso, tiende a producir mejores resultados cuando son producto de una adecuada deliberación, lo que en el caso del juzgamiento colegiado se traduce en decisiones oportunas, adecuadamente fundamentadas y que tendrán resultados efectivos. En efecto, la colegialidad por sí sola no produce mejores decisiones, se obtiene con varios elementos, entre los cuales ella se encuentra (VIOLIN, 2017, versión digital, p. 8).

¹⁷ Algunas de las ideas son retomadas en artículo publicado por el autor en 2017, cf. SOKAL, 2017, Versión digital, p. 2. La independencia judicial tiene un aspecto externo e interno entrelazado. Se puede analizar la independencia del poder judicial respecto de los otros poderes (el aspecto externo) o la independencia de los jueces respecto de sus colegas y superiores (el aspecto interno) (Cf. KELEMEN, 2013, p. 1359).

¹⁸ Pasquino señala que ante la ausencia de controles derivados de mecanismos democráticos electorales, las Cortes Constitucionales deben exhibir ciertas cualidades: independencia y neutralidad (Cf. PASQUINO, 2016, p. 37).

El origen de la colegialidad se remonta a la actividad decisoria realizada por el colegio de los cardenales para elección del papa, autoridad máxima de la iglesia católica (SOKAL, 2011, p. 67). Ya en el ámbito de la justicia, se sugiere que la colegialidad responde a una *aritmética judicial* como fue establecido, por ejemplo, en la justicia española del siglo XVIII para que las cortes superiores sumaran mayor cantidad de integrantes con respecto a los tribunales de instancias inferiores cuyas decisiones debían revisar para que eventualmente sumaran mayor cantidad de votos para revocar o confirmar decisiones en última instancia (GARRIGA, 2017, versión digital).

Actualmente se trata de la suma de elementos entre los que se incluyen ciertos aspectos aritméticos y jerárquicos, las reglas y prácticas sobre *quorum* son un ejemplo de ello¹⁹; realmente es necesaria una cantidad de jueces y una cantidad de votos, ahora bien, la deliberación de los jueces presentes y el voto sobre el contenido de la decisión, también son elementos a tener en cuenta.

De eso precisamente se trata la complejidad de la colegialidad en la justicia actual: lograr el respeto de sus decisiones en casos relevantes y en última instancia por parte de los tribunales inferiores e igualmente obtener el reconocimiento social. Así, los resultados del juzgamiento colegiado dependen del contexto, la cultura, la política y los constructos puramente artificiales de un juego o de la geometría (KORNHAUSER, SAGER, 1986, p. 91).

Véase por ejemplo, que una tendencia en la doctrina referente al proceso decisorio de la Corte Suprema estadounidense, sostiene que la mayoría numérica de los jueces es un componente necesario de la legitimidad de un precedente, por ello, es necesario una prueba de coherencia desde un enfoque que implica componentes numéricos para la identificación de las coaliciones que apoyan o se oponen a una norma jurídica y al resultado de un caso (KIMURA, 1992, p. 1597-1558).

Otro elemento también aritmético, indica que los órganos colegiados se integran en número impar de miembros suficiente para que las decisiones puedan ser adoptadas con una tendencia dominante, para evitar empates en la emisión de los votos sobre sus decisiones (CROSS, HARRIS, 2012, p. 109-115). Además, es común que los órganos colegiados cuenten con un número mayor de integrantes con respecto a los tribunales cuyas decisiones deben revisar y con mayores credenciales académicas y/o profesionales en comparación a los jueces de los grados inferiores.

Una vez constituido el tribunal, la antigüedad de los jueces como regla de funcionamiento también es un factor determinante. Por ejemplo, en Brasil, para la composición del órgano especial de los tribunales colegiados con más de veinticinco jueces. En esos casos, el órgano especial, se compone con la mitad de jueces considerando su antigüedad y la otra mitad por elección por el tribunal pleno. Ello, conforme lo dispuesto en el artículo 93 inciso XI de la

¹⁹ Por ejemplo, el artículo 93 inciso XI de la Constitución Federal de Brasil (según enmienda constitucional número 45 de 2004 sobre el Poder Judicial) establece que en los tribunales con un número superior a veinticinco jueces, podrá constituirse un órgano especial, con un mínimo de once y un máximo de veinticinco miembros, para el ejercicio de las tareas administrativas y jurisdiccionales delegadas de la competencia del tribunal pleno (Cf. LEITE, 2012, p. 103).

Constitución Federal de Brasil (según enmienda constitucional número 45 de 2004). Es una forma de reconocimiento a la experiencia en la judicatura.²⁰ Igualmente, el procedimiento para la emisión de los votos se realiza con base en el criterio de la antigüedad de los jueces.

El juzgamiento colegiado es adecuado para la construcción de decisiones complejas que exigen, por ejemplo, la construcción de una nueva tesis jurídica, la contraposición de varios argumentos principiológicos, la reconsideración de material fáctico-probatorio complejo y la consideración de los efectos de la decisión (VIOLIN, 2017, versión digital, p. 8).

En ese sentido, la colegialidad cumple un papel esencial en el modelo de precedentes porque contribuye a que sean alcanzados acuerdos a través de la negociación y el intercambio de visiones entre los jueces para que, por ejemplo, en sus decisiones prevalezca un único texto que represente la opinión del tribunal, lo que disminuye los desafíos del intérprete en la aplicación del derecho (SOKAL, 2017, versión digital, p. 16).

Conviene anotar que la colegialidad no impide la existencia de votos disidentes o concurrentes, la compatibilidad en esos casos debe ser con las reglas sobre *quorum* para la aprobación de las decisiones del respectivo órgano. Obsérvese, que en un entorno colegiado, las opiniones divergentes tienen que ver con un adecuado proceso deliberativo, es la colegialidad lo que permite a los jueces discrepar libremente y usar sus desacuerdos para mejorar y refinar las opiniones de la corte porque las relaciones colegiales son respetuosas con la independencia de cada juez (EdWARDS, 2003, p. 1646).

Tampoco la colegialidad niega la posibilidad de actuación de sus jueces en secciones, grupos, cámaras o incluso, de jueces de forma individual. Lo cierto es que la formación de precedentes en los órganos colegiados se orienta por la participación todos o, al menos de la mayoría, de los jueces que lo integran.

Deliberativos

La deliberación es consecuencia de la colegialidad; la posibilidad de discusión para la búsqueda de un consenso con la disposición de cambiar de opinión es solo posible a través de la promoción adecuada del debate. La deliberación se manifiesta en el proceso de juzgamiento colegiado en varias etapas y en diversas formas.²¹ Su dirección es la emisión de una decisión conjunta que contribuya con la institucionalidad del tribunal.

La deliberación representa un elemento característico de los órganos de juzgamiento colegiado y debe ser un aspecto institucional de los tribunales de instancias superiores como incentivo de la actividad interactiva y cooperativa entre los jueces (VALADARES, 2018, p.

²⁰ En sentido contrario, Leite no se posiciona a favor de tal reconocimiento; afirma que los jueces más antiguos de un tribunal no son los más ni los menos aptos a la tarea de interpretar la Constitución; son solo eso, los jueces más antiguos del tribunal (Cf. LEITE, 2012, p. 104).

²¹ La deliberación en las cortes constitucionales, se caracteriza por el desarrollo intersubjetivo e interactivo del discurso argumentativo entre los jueces, lo que ocurre con el mayor énfasis en las sesiones de juicio de los órganos colegiados pero que también puede suceder en otras diversas ocasiones en que se produzca esa interacción argumentativa en el interior de la corte (Cf. VALE, 2015, p. 90).

71-74). Los tribunales constitucionales son órganos deliberativos únicos, en tal sentido, su adecuado desempeño es la consecuencia de una interacción compleja entre los dispositivos institucionales, los rasgos éticos de los deliberadores, los materiales legales y el panorama político (MENDES, 2013, p. 19).²²

El intercambio de ideas y argumentos dirigidos a incidir en los puntos de vista individuales es característico de la deliberación; ello puede afectar la toma de decisiones judiciales en los órganos con varios miembros más aún cuando la justificación de un resultado tiene implicaciones para la solución de casos futuros; en el curso de la deliberación, se espera que los jueces presenten argumentos en apoyo al resultado particular de un caso, lo que incluye la búsqueda de argumentos alternativos, la elaboración de las consecuencias de estos argumentos y la discusión de los criterios para su validez; finalizado el proceso deliberativo, algunos jueces deberían poseer opiniones sobre el resultado adecuado y posiblemente con un razonamiento diferente de los que tenía al inicio (KORNHAUSER, SAGER, 1986, p. 100-101).

Bien sea para mantener una opinión o para readaptarla después del debate, la deliberación colegiada es positiva para el examen de una causa, forzando a que la decisión tomada se soporte en una fundamentación más segura y con un examen más extenso de las cuestiones de hecho y de derecho (SOKAL, 2011, p. 73).

Al estructurar los tribunales en órganos colegiados, se pretende hacer que las decisiones allí proferidas sean esencialmente fruto de deliberación conjunta (TALAMINI, 2001, p. 180).²³ En el proceso deliberativo los jueces participan con la disposición de escuchar y responder a diferentes posiciones, en esta fase el objetivo mutuo de los jueces es aplicar la ley y encontrar la respuesta correcta (EdWARDS, 2003, p. 1646).

Las decisiones colegiadas que son producto de la deliberación tienen mayor probabilidad de alcanzar buenas respuestas en la interpretación constitucional (MENDES, 2012). Así, insertar la deliberación como elemento de la colegialidad, significa intentar atribuir un modelo de racionalidad al juzgamiento colegiado (VALADARES, 2018, p. 208).

Nótese que la colegialidad implica la posibilidad de existencia de varias opiniones. En principio, no hay nada incompatible entre la deliberación, el desacuerdo y la votación, estos son elementos de una democracia deliberativa (WALDRON, 2014, p. 1729). En estas situaciones siempre existirán posiciones en disputa referidas al mismo problema jurídico, por esa razón el derecho prevé la votación por mayoría simple en juicios colegiados (RODRIGUEZ, 2013, p. 200).

²² Mendes, distingue tres fases deliberativas: previa a la decisión, decisional y posterior a la decisión, que se corresponden con tres momentos en los que el desempeño deliberativo puede ser discernido y evaluado. El modelo aísla tres actividades con el fin de diagnosticar y evaluar diversos tipos de problemas y logros, en definitiva, distintos ejemplos de deliberación (MENDES, 2013, p. 19). Mendes explica que las cortes pueden ser un catalizador deliberativo porque simbolizan un esfuerzo para hacer de la democracia un régimen que no solo separe a las mayorías de las minorías, estructure la competencia política periódica y seleccione las élites vencedoras y perdedoras, sino que también sea capaz de discernir entre buenos y malos argumentos (Cf. MENDES, 2008, p. 214).

²³ En este texto el autor explica que es parte de la tradición constitucional brasileña el juzgamiento colegiado en segundo grado.

En ese sentido, es natural que existan divergencias entre los juzgadores, de cualquier forma, la deliberación se dispone para que sean discutidas las posibles soluciones de un caso para lograr producir decisiones en conjunto. Así, el desacuerdo entre los miembros de un grupo debería motivar a que otros evalúen las circunstancias de manera diferente; si dos personas tienen convicciones incompatibles, entonces la posición de cada uno es una razón para que el otro reconsidere su opinión (KORNHAUSER, SAGER, 1986, p. 85).

Las relaciones entre los jueces en los tribunales colegiados afectan de manera significativa las decisiones que estos producen; los tribunales con varios integrantes representan una de las instituciones en las cuales la humanidad, la tolerancia, la paciencia y el respeto tienen un impacto directo en la calidad del trabajo, de allí la importancia de mantener una atmósfera en la que los jueces puedan estar de acuerdo o en desacuerdo de forma libre sin ataques ni represalias personales (WALD, 1989, p. 178-182).

Por regla, estos casos deben ser decididos mediante el acuerdo de la mayoría de los integrantes del órgano sobre la solución del caso y sus fundamentos determinantes, lo que hace resaltar, entre otros aspectos, la efectividad del proceso decisorio adoptado. En esencia, el juzgamiento colegiado comporta la posibilidad de mutua persuasión entre sus miembros para una amplia discusión de la causa que admite incluso cambios de convicción, en la medida en que es por el diálogo que se persigue una decisión justa para la causa (MITIDIERO, 2011, versión digital, p. 2).

En efecto, la colegialidad implica disposición a trabajar en equipo, ausencia de jerarquía entre los jueces (al menos en el sentido de que los argumentos de cualquiera y todos los jueces tienen el mismo valor), disposición a escuchar argumentos presentados por otros jueces, es decir, integrantes abiertos a ser convencidos con buenos argumentos de otros), cooperación en el proceso de toma de decisiones, respeto mutuo entre los jueces y disposición para hablar, siempre que sea posible, no como una suma de individuos sino como una institución, esto es, la promoción del consenso (SILVA, 2013).

Efectivamente, el razonamiento del colegiado no tiene como desarrollarse sin la deliberación explícita de las opciones valorativas simplemente por ser un raciocinio de muchos; la deliberación colegiada es importante no solo para que la justificación sea posible, sino ante todo, para que la decisión sea fruto de un razonamiento colegial racional y representativo del efectivo diálogo entre sus miembros (MARINONI, 2017a, versión digital, p. 15).

Ciertamente, cuando los tribunales con varios jueces enfrentan casos con múltiples problemas, el protocolo para decidir casos puede ser bastante problemático, de allí que el compromiso con la deliberación respalda el ideal de un órgano que actúe como una entidad y no simplemente como un agregado de jueces individuales (KORNHAUSER, 1993, p. 11-13).

La deliberación directa es una condición necesaria que le permite a las cortes constitucionales alcanzar un compromiso entre las posturas de los jueces, si ésta no tiene lugar, o si se desarrolla en un periodo muy corto, la votación puede tomar el lugar de la deliberación, con lo cual se transformará en un micro-parlamento, donde los votos más que los argumentos son el criterio determinante para alcanzar la decisión final (PASQUINO, 2016,

p. 39-40). Más aún, las cortes constitucionales enfrentan expectativas deliberativas especiales y exigentes toda vez que el razonamiento y la deliberación que antecede a sus decisiones juegan un papel importante en la vida pública (FEREJOHN, PASQUINO, 2002, p. 22).

Los discursos argumentativos desarrollados de forma colegiada en las cortes constitucionales pueden ser caracterizados como una forma especial de deliberación, a su vez, deliberación, puede ser entendida como género de discurso público vinculado a la denominada democracia deliberativa; en ese sentido, las cortes constitucionales deben ser consideradas como instituciones deliberativas por excelencia, cuyas prácticas argumentativas pueden funcionar como una medida de la legitimidad de sus decisiones (VALE, 2015, p. 89-91).

Por ello, demostrar los efectos de la deliberación es complejo y en ocasiones, empírico, sin embargo, el supuesto general a favor de la deliberación como una ayuda para corregir el juzgamiento parece razonable a la luz de la experiencia común (KORNHAUSER, SAGER, 1986, p. 102). Ciertamente, un tribunal deliberativo es consciente de su falibilidad y de la inevitable continuidad de la deliberación en la esfera pública y en posibles casos futuros, en ese sentido, la decisión colegiada es una invitación a nuevas deliberaciones, es un instrumento para complementar los casos actuales con precedentes densamente redactados para aprovechar los logros argumentativos y los progresos de casos anteriores (MENDES, 2013, p. 25-30).

Competentes para resolver casos relevantes y trascendentes

Uno de los problemas de la teoría constitucional contemporánea, que abrió paso para una especie de derecho constitucional jurisdiccional, se refiere a los límites de las competencias de los tribunales constitucionales y al ejercicio de poderes discrecionales frente a los derechos individuales (JEVEAUX, 2008, p. 75-79). Efectivamente, una adecuada distribución de las competencias entre las cortes judiciales, desde una perspectiva interna, promueve la economía procesal al viabilizar la racionalización de la propia actividad judicial y al mismo tiempo, desde una perspectiva externa, promueve la tempestividad de la tutela jurisdiccional (MITIDIERO, 2018, versión digital).

En efecto, deben existir límites sobre cantidad y el tipo de casos que las cortes supremas deben conocer y decidir; esos límites son impuestos por los mecanismos de selección de casos sobre la base de criterios como la trascendencia de los asuntos; estos órganos no deben revisar todas las decisiones de los tribunales inferiores y deben ejercer adecuadamente su función institucional dentro de la sociedad, por una parte, para que evitar la sobrecarga de trabajo y por la otra, para garantizar consistencia de sus decisiones (GIANNINI, 2016, p. 38-58).

Por ello, las cortes constitucionales están llamadas a conocer principalmente casos relevantes y trascendentes en materia constitucional, lo que no excluye que les sean atribuidas otras competencias.²⁴ Ciertamente, sus competencias no son exclusivamente constitucionales.

²⁴ Sobre la relevancia y trascendencia de los casos constitucionales que conoce la Corte Suprema estadounidense y planteando una comparación con el Tribunal Constitucional de España el cual parece haber ampliado sus facultades al ámbito también legal con base en la dificultad de determinar si la materia

Ahora bien, relevancia y trascendencia se determinan por el impacto que la decisión tendrá entre las partes y en los casos futuros que se tramiten en el mismo tribunal así como en los tribunales inferiores. Además, estos aspectos se vinculan con la influencia de las decisiones de las cortes constitucionales sobre la actuación de todos los poderes públicos para mantener la estabilidad e institucionalidad del Estado. Visto que sus decisiones mantienen o cambian un paradigma, también inciden en el comportamiento de los ciudadanos. En este sentido, relevancia y trascendencia responden a la necesidad de estabilidad de los casos bajo juzgamiento.

Efectivamente, los discursos producidos por una corte constitucional no se dirigen únicamente a su interior o a las partes de un proceso judicial, sino que se exteriorizan para toda la comunidad política de la que forman parte, concretizando una especie de dialogo institucional con los demás poderes, con la opinión pública y la sociedad (VALE, 2015, p. 80-81 y p. 133).

Por ejemplo, se dice que la Corte Suprema de los Estados Unidos esencialmente tiene dos funciones: resuelve controversias y suministra una guía para las cortes inferiores cuando en el futuro conozcan casos similares (NOVAK, 1980, p. 757). Por ello, se argumenta que un juez de la Corte Suprema tiene la oportunidad de dejar una huella en la vida de la nación ya que sus decisiones tendrán efectos en el funcionamiento adecuado del Estado y del alcance que sea otorgado a los derechos de las personas (SCHWARTZ, 1996a, p. 4).

Ciertamente, las decisiones de la Corte Suprema han sido determinantes en los diferentes momentos de la historia estadounidense; su poder actual se debe a su influencia en la política, la economía y en los derechos de sus ciudadanos. De allí que se afirme que la Corte Suprema es más que el tribunal de justicia habitual, es principalmente una institución política, en cuyo mantenimiento se encuentra el destino constitucional de una nación poderosa (SCHWARTZ, 1996b, p. 26).

En última instancia: Jerarquía

La jerarquía debe ser observada desde dos perspectivas: una que indica que las cortes constitucionales deciden en última instancia, lo que significa que sus sentencias colegiadas,

es constitucional o legal, por ejemplo, en el caso del recurso amparo por violaciones a la tutela judicial efectiva, cf. FERRER MAC-GREGOR, 2002, p. 56-57. Lo señalado por Ferrer Mac-Gregor sobre el Tribunal Constitucional español puede servir para explicar el ejercicio de algunas competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano cuyo contenido constitucional no es tan simple de definir y que en ocasiones ha encontrado respuesta en la interpretación conforme a la constitución (Cf. CASAL, 2008). La interpretación constitucional conforme según Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor, tiene su origen en los aportes de los fallos del Tribunal Federal Constitucional de la República Alemana, tesis jurisprudencial que en esencia significa que las disposiciones legislativas poseen presunción de constitucionalidad y por lo tanto, salvo en el supuesto de que la inconstitucionalidad legislativa es evidente e insuperable, previamente a la declaración general de inconstitucionalidad resulta conveniente el intento de conciliar las normas legales impugnadas con las normas fundamentales, por conducto de una interpretación obligatoria, lo que evita los inconvenientes de la declaración general de inconstitucionalidad (Cf. FIX-ZAMUDIO, FERRER MAC-GREGOR, 2009, p. 31).

cuando se construyen con el *quorum* mínimo requerido, no son impugnables²⁵; otra óptica se refiere al valor vinculante de esas decisiones para los tribunales inferiores, para el propio tribunal²⁶ y también para la Administración pública.

La jerarquía de los tribunales es la característica organizativa que parece ser común a todos los sistemas modernos de justicia y su análisis puede ser revelador para comprender el fenómeno del precedente porque en principio significa que la mayor autoridad se ubica en el nivel más alto y que existe cierto grado de subordinación de los tribunales inferiores (TARUFFO, 2016 [1997], p. 437-439).

La actuación de las cortes constitucionales siempre es en última instancia, es decir, en el grado máximo de la administración de justicia, mediante el ejercicio de competencias originarias o en fase de recursos, lo que implica la imposibilidad de impugnación de sus decisiones.

Efectivamente, la existencia de un tribunal constitucional por sí solo no es suficiente para garantizar el respeto de la constitución (GRIMM, 2016, p. 102), sin embargo, su creación se justifica precisamente porque en todos los países debe existir una instancia definitiva de solución adecuada de los conflictos constitucionales que otorgue un pronunciamiento que además sea útil para el tratamiento de casos futuros.

Para otorgar consistencia y coherencia al ordenamiento jurídico

La función de las cortes constitucionales para la formación y aplicación de precedentes se basa en la necesidad de consistencia y coherencia del ordenamiento jurídico.

La consistencia es simplemente el estado de no contradicción; dos reglas legales son inconsistentes si y solo si son contradictorias. Un sistema es consistente si todos sus elementos son derivables de un conjunto de premisas no contradictorias. La coherencia se encuentra entre estos límites: un sistema coherente debe ser consistente, pero no necesariamente ser sólido. Por lo tanto, la coherencia trae cierto orden y estructura que de otro modo podría ser un revoltijo de proposiciones consistentes. Al igual que la consistencia, la coherencia no es difícil de justificar como una virtud jurisdiccional, ya que sirve los mismos objetivos de tratar a las personas sujetas al proceso decisorio de manera justa y permitir que dichas personas anticipen los resultados legales y, en consecuencia, planifiquen sus asuntos (KORNHAUSER, SAGER, 1986, p. 103-105).

En efecto, los precedentes son de uso general, no solo de los tribunales y abogados, por ello, su importancia se compara con la de otras fuentes legales (TARUFFO, 2016 [1997], p. 445). Así, las decisiones jurisdiccionales ayudan a dar forma a la conducta de los abogados, de los tribunales y del público en general ya que pueden facilitar las decisiones de litigar, acordar

²⁵ Además, el hecho de que las decisiones de los tribunales constitucionales sean definitivas y no puedan ser apeladas puede tener un impacto en su estilo argumentativo. Cf. KELEMEN, 2013, p. 1553. Disponible en: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-14-no-08/>>. Acceso en: 6 ago. 2018.

²⁶ Mitidiero explica que la primera condición para que exista un sistema de precedentes y de compatibilización vertical de las decisiones judiciales es el respeto por parte de las Cortes Supremas a sus propios precedentes (Cf. MITIDIERO, 2015, p. 342).

o no actuar en absoluto; además, la articulación de los principios jurídicos subyacentes a una decisión particular y la adhesión a esos principios en casos posteriores, sirve como un freno a la parcialidad y la arbitrariedad judicial. Igualmente importante es que crea una apariencia de impersonalidad, equidad y coherencia que fomenta confianza en el proceso judicial (NOVAK, 1980, p. 757-758).

La finalidad de las decisiones de las cortes constitucionales y tribunales supremos formar es precedentes, como herramienta para construir un ordenamiento jurídico coherente, estable y seguro. Así, estos órganos son competentes para orientar la interpretación y la aplicación del Derecho mediante precedentes formados a partir del juzgamiento de casos concretos que revelan una importancia fundamental para la consecución de la unidad Derecho (MITIDIERO, 2017, versión digital). Esto es, elaborar reglas y desarrollar el derecho mediante precedentes partiendo de casos concretos para estimular decisiones dotadas de universalidad (MARINONI, 2017b, versión digital, p. 4).

En efecto, la función principal de las cortes supremas es asegurar el control de legitimidad a través de la fijación de precedentes destinados a proyectarse como puntos de referencia sobre las decisiones de los otros jueces (TARUFFO, 2007, p. 98). Esa proyección se dirige a los jueces de tribunales inferiores, a los jueces del mismo tribunal en el cual se formó el precedente y en ocasiones, también orienta a la Administración pública.

De manera que, el precedente, en todas sus formas, necesita de las instituciones que construyen precedentes y sus prácticas para la toma de decisiones porque estas instituciones y sus líderes no pueden funcionar sin precedentes (GERHARDT, 2008, p. 204). De allí que los diversos ordenamientos comúnmente confían en las cortes supremas la tarea de realizar la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del derecho (TARUFFO, 2015, p. 133-134). Por esa razón estas instancias son identificadas como el lugar más común al que recurren las personas para recibir orientación sobre los precedentes (GERHARDT, 2008, p. 9). Por ello se afirma que un tribunal supremo de precedentes es indispensable en el Estado contemporáneo porque no existe Estado de derecho sin orden jurídico coherente (MARINONI, 2015, p. 108).

No se concibe pues, una Constitución que no prevea en su estructura institucional un sistema de justicia constitucional que funcione como último intérprete del derecho para controlar la actividad de los órganos del poder público y garantizar el ejercicio y disfrute efectivo de los derechos constitucionales (CARRASQUERO, MERCHÁN, 2013, p. 17-20).

Conclusiones

La definición de cortes constitucionales es una premisa necesaria para la identificación de los problemas principales que rodean a estos órganos. Las características principales de las cortes constitucionales son: jurisdiccionalidad, colegialidad, deliberación, relevancia y trascendencia de los casos que están llamadas a resolver, jerarquía y competencia para formación y aplicación de precedentes como mecanismo para lograr la consistencia y

coherencia del ordenamiento jurídico. La denominación que reciban, la ubicación dentro de la estructura del Estado y el eventual ejercicio de competencias del ámbito legal, son aspectos secundarios de las cortes constitucionales.

La colegialidad puede ser observada desde varios puntos de vista; como fuente de legitimidad de los órganos jurisdiccionales de segundo grado, supremos y cortes constitucionales, como requisito para validez de ciertas decisiones (*quorum*), como garantía del debido proceso y de tutela judicial efectiva, como mecanismo para asegurar la independencia, la imparcialidad así como para contener el arbitrio judicial y, como presupuesto de la deliberación. La colegialidad se sirve de la deliberación para lograr sus fines.

Por su parte, la deliberación garantiza la consideración de los argumentos que soportan las diversas ideas, persigue que la opinión de los jueces sobre la solución y los fundamentos de un caso sean discutidos para que las premisas adoptadas sean consistentes y coherentes. Ciertamente existen factores jurídicos y extrajurídicos que inciden en la deliberación, no obstante, las afirmaciones que pueden realizarse en ese sentido deben provenir de estudios empíricos así como de la experiencia de los jueces en órganos colegiados. Lo cierto es que la deliberación es una consecuencia lógica de la colegialidad que sirve a varios fines, internos y externos, relativos al funcionamiento de las cortes constitucionales.

El reconocimiento que reciben estos órganos jurisdiccionales dentro de las democracias constitucionales se debe a que sus actividades se orientan para la tutela de los derechos de las personas incluso en contra de las mayorías. Su legitimidad en ese sentido, se deriva en principio de los textos constitucionales que las crean y les otorgan competencias para funcionar armónicamente dentro de las democracias constitucionales.

Ahora bien, existen diversas fuentes de legitimidad, algunas de las cuales se desprenden de la integración y el modo de funcionamiento, esto es, la forma de organización de las cortes constitucionales y el procedimiento empleado para la construcción de las sentencias colegiadas.

Referencias

- ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie (coords). Código de Proceso Civil brasileño de 2015. Salvador: Juspodivm, 2018. Disponible en: <https://www.academia.edu/36691583/CPC_Brasileiro_em_espanhol>. Acceso en 18 jul. 2018.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 75, jul.-sep. /1994. Versión digital.
- BICKEL, Alexander. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University Press. 2. ed. 1986 [1962].
- CÂMARA. Alexandre Freitas. A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 282, ago./2018. Versión digital.

- CANOTILHO, José. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina. 7. ed., 2003.
- CARRASQUERO, Francisco; MERCHÁN, Carmen de. Los Derechos Humanos en el Siglo XXI y la misión de los Tribunales Constitucionales. Cuadernos Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia, número 1. Caracas: Fundación Gaceta Forense, 2013.
- CARVALHO, Fabiano. A função do relatório no julgamento colegiado. Manifestação do princípio do contraditório. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 198, ago./2011. Versión digital.
- CASAL, Jesús María. Constitución y justicia constitucional. Caracas: UCAB, 2008.
- COHEN. Jonathan Matew. Inside appellate courts: The impact of courts organization on judicial decision making in the United States Courts of Appeals. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2002.
- CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes do novo CPC. In: NUNES, D.; MENDES, A.; JAYME, F. (coords.) A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CROSS, Rupert; HARRIS, James. El precedente en el Derecho Inglés. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- DIDIER JR., F.; BRAGA, P. ; OLIVEIRA, R. Curso de direito processual civil, v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil - vol. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Conceito de processo jurisdicional coletivo. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 39, vol. 229, mar./2014. Disponible en: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=230&sid=22>>. Acceso en 6 ago. 2018.
- EDWARDS, Harry. The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making. University of Pennsylvania Law Review. vol. 151, n. 5, p. 1639-1690, 2003. Disponible en: <https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol151/iss5/1/>. Acceso en 06 ago. 2018.
- FAVOREU, Louis. As Cortes Constitucionais. São Paulo: Landy, 2004.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (Ed.). Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective. The Hague: Kluwer Law International, p. 21-36, 2002.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Los tribunales constitucionales en Iberoamérica. Santiago de Querétaro: Fundap, 2002.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. La legitimación democrática del juez constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (Coord.). El juez constitucional en el siglo XXI. Tomo I, p. 135-187. México: UNAM, 2009. Disponible en: <<https://>>

- biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2725-el-juez-constitucional-en-el-siglo-xxi-tomo-i>. Acesso en: 6 ago. 2018.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales. Lima: Adrus, 2009.
- GARRIGA, Carlos. Aritmética judicial. Las operaciones de la justicia española (siglo XVIII). In: LOPES, José; SLEMIAN, Andréa (Org.). Histórias das justiças 1750-1850: Do reformismo ilustrado ao liberalismo constitucional. São Paulo: Alameda, 2017. Versión digital.
- GERHARDT, Michael. The power of precedent. New York: Oxford University Press. 2008, p. 204.
- GIANNINI, Leandro. El Certiorari, la jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas. Tomo I. La Plata: Platense, 2016.
- GINSBURG, Ruth. Remarks on Writing Separately. Washington Law Review. vol, 65, n. 1, p. 133-150, ene./1990. Disponible en: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/washlr65&div=11&id=&page=>>. Acesso en: 9. fev. 2018.
- GINSBURG, R.; HARTNETT M.; WILLIAMS W. My Own Words. New York: Simon & Schuster, 2016. Versión digital.
- GRIMM, Dieter. Constitutionalism: past, present, and future. United Kingdom: Oxford University Press, 2016.
- JEVEAUX, Geovany. Direito constitucional: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- KELEMEN, Katalin. Dissenting opinions in constitutional courts. German Law Journal. v. 14, n. 8, p. 1346-1372, 2013. Disponible en: <<http://www.germanlawjournal.com/volume-14-no-08/>>. Acesso en: 6 ago. 2018.
- KIMURA, Ken. Legitimacy Model for the Interpretation of Plurality Decisions, 77 Cornell Law Review. v. 77 n. 6, 1992. Disponible en: <<https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol77/iss6/11/>> Acesso en: 25 jul. 2018.
- KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. The one and the Many: Adjudication in Collegial Courts. California Law Review. v. 81, n. 1, 1993. Disponible en: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol81/iss1/1/>>. Acesso en: 30 jun. 2018.
- KORNHAUSER, Lewis; SAGER, Lawrence. Unpacking the court. The Yale Law Journal. v. 96, n. 1, 1986. Disponible en: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7038&context=yjl>>. Acesso en: 30 jun. 2018.
- LANES, Júlio. Comentários ao art. 942 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- LEITE, Fábio. Pelo fim da "Cláusula de Reserva de Plenário". Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. n. 40, p. 91-131, jan-jun./2012. Disponible en: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=230&sid=22>>. Acesso en 6 ago. 2018.

- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado constitucional. 21 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/?s=A+JURISDI%C3%87%C3%83O+NO+ESTADO+CONSTITUCIONAL>>. Acesso em: 10/12/2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura, unidade del derecho y cortes supremas. Lima: Raguel, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento Colegiado e Precedente. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 264, fev./2017. Versión digital.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos: um sério problema no direito estadunidense. Revista de Processo Comparado. vol. 5, en.-jun./2017. Versión digital.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz.; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao artigo 942. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Versión digital.
- MELLO, José. Da separação de poderes á guarda da constituição: as cortes constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968.
- MENDES, Conrado. Constitutional Courts and deliberative Democracy. United Kingdom: Oxford University Press, 2013.
- MENDES, Conrado. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.
- MENDES, Conrado. O projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana [et. all] (Org.). Jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENDONÇA, Henrique Guelber de. O princípio da colegialidade e o papel do relator no processo civil brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 1, n. 1, oct.-dic./2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23673>>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Versión digital.
- MITIDIERO, Daniel. Juiz natural e julgamento colegiado pendente julgamento, pode novo membro alterar o voto de seu antecessor? Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 200, oct./2011. Versión digital.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista de Processo. vol. 245. São. Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2015.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Parte II. 3. Versión digital.
- MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2003, p. 64-81.

- NOVAK, Linda. The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions. *Columbia Law Review*. vol. 80, número 4, may./1980. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1122139>>. Acesso em: 9. feb. 2018.
- NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3a Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3a Região. Ano XXVII n. 128, p. 39-55. jan-mar./2016.
- PASQUINO, Pasquale. ¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales? Precedente, *Revista Jurídica*. vol. 9 Cali, p. 9-43. jul.-dic./2016. Disponível em: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/2424>>. Acesso em: 26 en. 2018.
- PEREIRA, Paula. Qual a melhor regra de decisão para a jurisdição constitucional: maiorias ou supermaiorias? Uma velha discussão não tão conhecida na história constitucional. *Revista de Processo Comparado*. vol. 7, jan.-jun./2018. Versión digital.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Sydney: Springer, 2008.
- SCHWARTZ, Bernard. *Decision: how the Supreme Court decides cases*. New York: Oxford University Press, 1996.
- SCHWARTZ, Bernard. *The Unpublished Opinions of the Rehnquist Court*. New York: Oxford University Press, 1996.
- SILVA, Virgílio da. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*. New York: Oxford University Press. vol. 11, núm. 3, p. 557-584, jul. 2013. Disponível em: <<https://academic.oup.com/icon/article/11/3/557/789359>>. Acesso em: 31 en. 2018.
- SOKAL, Guilherme Jales. O procedimento recursal e as garantias fundamentais no processo: a colegialidade no julgamento de apelação. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- SOKAL, Guilherme. A nova ordem dos processos no tribunal: colegialidade e garantias no CPC/15. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 272, oct./2017. Versión digital.
- TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas pelos integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. Remessa necessária (reexame necessário). *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 24, ano 4, p. 129-145. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun./2016.
- TARUFFO, Michele. Las funciones de las Cortes Supremas: entre uniformidad y justicia. In: PRIORI, Giovanni (Coord.). *El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación: Ponencias*

- del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. Lima: Palestra, p. 133-144, 2015.
- TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. *Revista Jurídica Precedente*. Anuario jurídico 2007, p. 86-99. Cali. Disponible en: <<https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434>>. Acceso en: 2 feb. 2018.
- TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: McCormick, Neil. Summers, Robert (Edit.). *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, p. 437-460, 2016 [1997].
- VALADARES, André Garcia Leão Reis. *O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015.
- VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 268, jun./2017. Versión digital.
- WALD, Patricia. Calendars, collegiality, and other intangibles on the Courts of Appeals. In: HARRISON, Cynthia; WHEELER, Russell (Eds.). *The Federal Appellate Judiciary in the Twenty First Century*. Washington: Federal Judicial Center, 1989.
- WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*. vol. 27, n. 1, p. 7-28. Chía: Universidad de La Sabana, jun./2018. Disponible en: <<http://ref.scielo.org/g89nfr>>. Acceso en: 4 sep. 2018.
- WALDRON, Jeremy. Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts? *The Yale Law Journal*. v. 123, n. 6, p. 1626-2133. Abr./2014. Disponible en: <https://www.yalelawjournal.org/article/five-to-four-why-do-bare-majorities-rule-on-courts#_ftnref30>. Acceso en: 28 ago. 2018.
- WELSCH, Gisele. *Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Versión digital.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 942. In: CABRAL, Antonio; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. *Cuadernos Jurídicos lus et Tribunalis*. año 1, n. 1, p. 31-49, en.-dic./2015.

Idealismo e processo: a influência de Kant nas bases do positivismo jurídico

Lara Ferreira Lorenzoni¹
Tatiane Priori Galimberti²

Resumo: No século XVIII, uma virada de ordem econômica, política, social e cultural instaurou uma nova forma de se entender a justiça e o direito: a lei positivada tornou-se o principal norte e fonte jurídica. Todos passaram a ser obrigados a seguir o que diziam os códigos, inclusive o Estado. Essa mudança, cujos ventos já vinham soprando desde a Idade Média, é o resultado prático de um emaranhado de teorizações sobre o universo, o homem e a vida em sociedade. A filosofia de Immanuel Kant teve uma especial participação nessa empreitada, pois atendeu exatamente aos anseios da época: autonomia do ser humano por intermédio da razão, porém, sem retirar dele a certeza e a segurança de que ainda precisava. No direito, isso influenciou o entendimento e a aplicação do positivismo jurídico.

Palavras-chave: Kant; Iluminismo; Positivismo; Processo; Idealismo.

Introdução

O presente trabalho promoverá uma análise da influência da filosofia de Immanuel Kant nas bases do positivismo jurídico brasileiro, sob uma perspectiva eminentemente histórica e filosófica. Buscar-se-á compreender a atuação dos conceitos por intermédio da razão propostos pelo filósofo, a fim de expressar sua relevância sobre o processo judicial, destacando-se o vínculo inexorável entre racionalismo e iluminismo.

O primeiro capítulo consistirá numa breve introdução à vida e obra de Kant, destacando-se os pontos essenciais ao presente estudo, que servirão de base às análises seguintes, e demonstrando-se o caráter altamente metafísico e determinista de sua filosofia.

Após, indicar-se-á as principais influências que foram absorvidas pelo homem enquanto legislador, que apregoava a liberdade do ser humano enquanto ser autonomamente pensante, logo, capaz, por si mesmo, de alcançar a melhor maneira de se viver em sociedade, ou, em termos kantianos, a lei moral universal agora de forma positivada.

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, com pesquisa no campo da História do Direito sob o título: "Tribunal do Júri: controvérsias e (in)viabilidade de uma justiça cidadã no Processo Penal Brasileiro (séc. XIX)";

² Especializanda em Direito Penal pela Instituição Damásio de Jesus do Espírito Santo.

Finalmente, chega-se à conclusão, na qual aduzir-se-á que a base teórica kantiano-metafísica proporcionou, principalmente, mudanças na ótica principiológica, atribuindo valor normativo aos princípios fundamentais basilares da democracia e também do devido processo legal, positivando-os, como se conhece atualmente, bem como os limites impostos pelo Estado para uma boa cooperação entre as partes nos litígios.

Immanuel Kant

Biografia e contribuições filosóficas mais relevantes

Immanuel Kant (1724-1804) nasceu e morreu na cidade de Königsberg, capital da Prússia Oriental (atual Kaliningrado, na Rússia). De pais luteranos, recebeu uma educação religiosa e severa, baseada em princípios que apregoavam uma vida simples e obediência à moral, o que é externalizado de forma muito evidente em sua filosofia. Na escola da cidade onde nasceu, aprendeu latim e línguas clássicas. Aos dezesseis anos, ingressou na universidade de Königsberg, na qual se aprofundou na filosofia de Gottfried Wilhelm Leibniz e de Christian Wolff, sob a orientação de Martin Knutzen, um racionalista que apresentou a Kant a física de Newton.

Em 1746, após a morte do pai, o pensador foi obrigado a interromper os estudos universitários e começou a dar aulas particulares. Contudo, não se afastou de suas pesquisas, tanto que, em 1749, publicou sua primeira obra filosófica: "Pensamentos sobre o verdadeiro valor das forças vivas". Finalmente, em 1754, conseguiu retornar à universidade e concluir o doutorado, tornando-se professor universitário. Lecionou lógica, metafísica, filosofia moral, matemática, física e geografia (KANT, 2008, p. 7-8).

Kant foi um verdadeiro entusiasta do racionalismo. A possibilidade de se alcançar a "verdade" por meio da razão humana parece ser seu grande motor de estudo e, talvez, aquilo o que lhe permitia dar sentido ao mundo. Para ele, a prerrogativa humana de pensar livremente era algo tão incrível que somente a preguiça e a covardia poderiam afastá-la, mantendo-se o homem em seu estado de minoridade, que significaria "[...] a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo" (KANT, 2004, p. 115). Isto é, a razão seria libertadora, pois permitiria ao homem pensar o universo independentemente de autoridades externas, de modo a se alcançar a sua "maioridade".

Em sua trajetória, Kant tenta romper com a dicotomia entre empirismo e racionalismo. Com relação ao primeiro, o filósofo prussiano o considera demasiadamente cético, posto que se pauta tão-somente nas experiências materiais com os objetos do mundo. No tocante ao segundo, que ele chama de "idealismo", tenta contestar a ideia de que somente existe o ser pensante e as coisas percebidas seriam apenas representações nos próprios seres pensantes. Diversamente, Kant acredita que há elementos dados no universo independentes da cognição, dos quais conhecemos apenas os "fenômenos" (suas manifestações imperfeitas apreendidas

pelos sentidos), e não, sua essência, ou seja, os objetos em si mesmos. Para esse pensador, portanto, não há uma intuição intelectual que possa nos fornecer acesso direto à essência das coisas, tal como encontramos na metafísica tradicional de Platão. Por definição, a essência é o incondicionado, e, para conhecê-la, é indispensável o contato por meio da experiência (MARCONDES, 2001, p. 207).

Para os fins aqui pretendidos, o mais importante é estabelecer que Kant, fosse essa sua pretensão ou não, não rompe totalmente com o empirismo e, principalmente, com o idealismo. Embora insira a experiência no processo cognitivo, o pensador não supera a concepção de existência de uma realidade virtual, da “coisa em si” (*ding an sich*). Veja-se:

[...] todas as representações que nos ocorrem sem a intervenção de nosso arbítrio (como as dos sentidos) nos dão a conhecer os objetos de modo não diferente daquele como nos afetam, permanecendo-nos assim desconhecido o que eles possam ser em si mesmos [...] (KANT, 2004, p. 84).

E segue-se que “[...] por detrás dos fenômenos, há que admitir e conceder ainda outra coisa que não é o fenômeno, quer dizer, as coisas em si [...]” (KANT, 2004, p. 84). Portanto, o filtro da razão, utilizado sobre aquilo o que se obtém pela experiência, é o que permite que se chegue à “verdade”.

Isso incide, também, em sua filosofia moral. Assim como, para o pensador, há verdades absolutas e essenciais, há, também, leis morais verdadeiras e absolutas, alcançáveis por intermédio da razão. No entanto, diferentemente de seu racionalismo prático, a ética kantiana é estritamente racional: os princípios éticos derivam somente da racionalidade humana, não estando restritos a qualquer experiência pessoal, nem a hábitos e práticas sócio-culturais e valem para todo e qualquer tempo e lugar. Isso fica bastante claro, por exemplo, na seguinte passagem:

Pelo que foi dito vê-se claramente que todos os conceitos morais têm sua sede e origem completamente *a priori* na razão, e isso tanto na razão humana mais vulgar como na mais especulativa; que tais conceitos não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico, o qual, portanto, seria puramente contingente; que precisamente nessa pureza da sua origem reside a sua dignidade para nos servir de princípios práticos supremos (KANT, 2004, p. 42).

Dessa feita, existiria um “imperativo categórico”, uma lei moral universal, cujo sentido seria: “Age de tal forma que sua ação possa ser considerada como norma universal” (MARCONDES, 2001, p. 213). Essa lei é diferente do que o autor ora em análise denomina imperativo hipotético:

No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária em uma vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, o imperativo é categórico (KANT, 2004, p. 45).

Esse pensamento, no contexto do século XVIII, em parte, ia de encontro com a lógica monárquica da Idade Média e do Antigo Regime, pela qual o Rei e a Igreja eram os detentores da verdade, e à população cabia seguir o que lhe era determinado por tais entes, sem contestações. Esse paradigma apenas subverte-se a partir do momento em que o ser humano se vê como autonomamente pensante, cujas conclusões e interesses não necessariamente coincidiriam com os das autoridades dominantes. Esse foi um fator determinante para o triunfo do liberalismo na virada entre os séculos XVIII e XIX, movimento do qual Kant foi um dos pensadores de maior influência, o que culminou com o advento do Estado de Direito na Europa Ocidental desse período.

Surgimento do Estado de Direito no Ocidente

É difícil encontrar, entre os historiadores (com exceção dos de linha hegeliano-marxista), uma separação precisa entre Estado Moderno e Estado Contemporâneo. Muitos utilizam esses termos como sinônimos, em virtude da complexidade histórica que envolve a formação da instituição social Estado, tal como hoje se conhece. Outros – e, entre esses, encontram-se diversos juristas –, de maneira por demais simplória, separam-nos de forma estanque, atribuindo ao Estado Moderno o período de um suposto “absolutismo monárquico” (“absolutismo” esse que, na prática, jamais ocorreu), e ao Estado Contemporâneo, ou Estado Liberal, o momento em que os monarcas “absolutistas” são destituídos de seu poder, assumindo o sistema social do ocidente europeu as feições e os ideais burgueses.

Ius commune

Antes de se adentrar na temática propriamente dita, cumpre destacar que, entre os séculos XV, XVI e XVII, ocorreu uma tendência para a unidade dos vários ordenamentos jurídicos europeus. Diversos fatores confluíram para isso, sendo o principal deles a releitura do direito romano. Neste ponto, válido é o ensinamento de António Manuel Hespanha (1998, p. 70), ao aduzir, na literalidade:

[...] nos meados do século VI, o imperador Justiniano, um apaixonado pela cultura clássica e um nostálgico das antigas grandezas de Roma, empreende uma tarefa de recolha de textos jurídicos da tradição literária romana, desde as obras dos juristas romanos clássicos, que mandou reunir numa compilação a que chamou *Digesto* (*i.e.*, resumo, selecção) ou *Pandectas* (*i.e.*, obra enciclopédica), 533 d. C., até à legislação imperial dos seus antecessores, que foi recolhida no *Código* (*i.e.*, livro), 529 d. C. A sua obra de recolha foi completada por um manual de introdução, as *Instuições*, 530 d. C., e por uma compilação póstuma, as *Novelas*, 565 d. C., as <<constituições novas>> promulgadas pelo próprio Justiniano depois da saída do *Código*.

É este conjunto de livros – a que, a partir do século XVI, se dá o nome de **Corpus iuris civilis** – que vai constituir a memória medieval e moderna do direito romano [...] (grifo nosso).

Não por acaso, os séculos de recepção do direito de Roma (séculos XIII a XVI) são os do desenvolvimento inicial da economia mercantil e monetária européia, nos quais se buscava um direito estável, único e individualista – não que o direito romano (precipuaemente, o direito do Império Romano), de fato, tenha reunido todas essas características, melhor atribuíveis à *memória* que se forjou de tal sistema jurídico no medievo.

A esse corpo jurídico medieval de influência romana deu-se o nome de “direito comum” (ou *ius commune*). Nas palavras de Hespanha (1998, p. 86), “O direito comum foi basicamente um direito romano-canônico, apesar de neles estarem também inseridos institutos dos direitos tradicionais dos povos europeus”.

Paulatinamente, o *ius commune*, cosmopolita e genérico, foi absorvido por um direito racional, nacional e específico, de acordo com as novas demandas sociais típicas da modernidade, que eram muito distintas daquelas concernentes à Baixa Idade Média (Adriana Pereira Campos, 2005, p. 24).

Durante o século XVI, a escola humanista foi a preponderante na interpretação do direito. Foi a derradeira a colocar em evidência o *Corpus iuris*, mas com uma abordagem em muito distante da que se utilizavam os glosadores e comentadores da Idade Média. A novidade essencial consistiu na aplicação do método histórico, pelo qual os seus adeptos consideravam os erros e anacronias nas análises dos estudiosos medievais, tornando mais precisos os conhecimentos acerca do *iuris civilis*. Significa dizer, os humanistas viam os textos romanos como uma obra humana, um fenômeno histórico, diferentemente de quem os compreendia como uma revelação escrita de uma incólume verdade universal. Todas as adaptações por oportunidade e conveniência das leis romanas realizadas no medievo foram fortemente combatidas pelos humanistas, que, prezando pela “pureza” de tais escritos, reduziram o direito romano à condição de relíquia acadêmica, retirando desse corpo jurídico o status de uma autoridade absoluta enquanto um direito universal (CAMPOS, 2005, p. 25).

Isso permitiu que uma nova concepção de direito fosse deflagrada no período moderno. Nela, o direito natural representava um corpo de princípios básicos, alcançável pela razão e a partir do qual construir-se-ia o direito positivo. *A fonte primordial do direito não era mais as escrituras romanas: era a própria razão*. Partindo-se da premissa da existência de uma natureza humana, seria possível, por critérios lógico-rationais, chegar-se aos axiomas gerais que deveriam reger as condutas de todo e qualquer ser humano, o que o filósofo racionalista Immanuel Kant (1724-1804) chamava de “lei moral”. Trata-se do *jusracionalismo*.

Nessa conjuntura, a crítica à política e ao direito vigentes até então calcava-se na ausência de igualdade diante da lei, tendo-se em vista a persistência de antigos e injustificáveis privilégios remanescentes da Idade Média, em se tratando, mormente, da parasitária nobreza, já economicamente decadente devido à desvalorização de suas terras.

Havia, ainda, a crítica à arbitrariedade das intervenções reais, à exclusão do povo das decisões políticas, à intolerância religiosa e ao caráter desumano das penas, considerando-se que “[...] Os velhos costumes medievais e os textos romanos eram insuficientes para superar esses obstáculos à igualdade e à liberdade” (CAMPOS, 2005, p. 27).

Kant, também em crítica ferrenha ao Antigo Regime, em sua obra “À paz perpétua” – que traz uma espécie de “tratado internacional” de paz em pleno século XVIII -, chega a afirmar, *in verbis*:

Como, pelo contrário, em uma constituição em que o súdito não é cidadão, que, portanto, não é republicana, isso é a coisa sobre a qual menos se hesita no mundo, porque **o chefe, não sendo membro do Estado, mas proprietário do Estado**, não tem o mínimo prejuízo por causa da guerra à sua mesa, à sua caçada, a seus castelos de campo, festas da corte etc., e pode, portanto, decidir sobre a guerra por causas insignificantes como uma espécie de jogo de recreação [...] (2008, p. 27, grifo nosso).

Assim, consolidou-se uma nova forma de conceber o mundo, na qual o homem figurava como o responsável pelo seu destino e, portanto, deveria ser livre. Daí a emergência de um novo direito, racional, lógico, concebido pelo homem e para o homem, irradiado da natureza humana por meio da razão e, dessa forma, aplicável de maneira mais prática, simples e direta.

Juridicamente, esse conjunto de ideias deu às classes emergentes da época um amplo arcabouço ideológico no qual alicerçar seus interesses, que convergiam em defender a liberdade individual juntamente com a moral. Ao se dizer que a verdade e a lei universal advêm do próprio homem, de sua própria natureza, e que os preceitos incólumes do universo podem ser atingidos tão-somente pelo pensamento racional, cria-se uma autonomia individual que ia de encontro com toda a lógica da Idade Média e do Antigo Regime.

Ora, se o homem é livre, até mesmo para conhecer os segredos do cosmos, ele não precisa de um líder religioso, nem de um líder político para lhe dizer o que fazer (inclusive como gerenciar suas leis de mercado). Entretanto, não se está, nesse momento, defendendo qualquer liberdade: é uma liberdade a título racional, que não admite incivildades e selvagerias; é a liberdade do kantiano estágio de maioridade do ser humano. Admitindo-se, todavia, que nem todos os homens se encontrassem em tal privilegiada situação, haveria que se instituir um Estado de leis para guiar os membros da sociedade ao melhor comportamento possível: o Estado por excelência dos liberais, isto é, o Estado de Direito. Nas palavras de Immanuel Kant, tratar-se-ia de um “reino dos fins”, cujas máximas pertenceriam a uma legislação universal (2004, p. 66).

Alcançar o liberalismo político não significaria, portanto, que os seres humanos viveriam sem critérios e sem leis. Em verdade, exprime-se que os conviventes numa dada comunidade tenham autonomia para gerir suas existências de acordo com as suas convicções pessoais do que seja bom ou ruim, mas sempre colocando-se abaixo das leis estipuladas pelo ente estatal competente e adequando seus comportamentos a tais corolários, pois seriam essas as leis imutáveis advindas da natureza humana e que permitiriam a harmonia social, na medida em que proporcionam a liberdade racional e individual.

Estado de Direito

O século XVIII ficou historicamente conhecido como “o século das luzes”, em virtude da grande efervescência de ideias, convergindo todos os pensamentos e ações para uma mesma conclusão: a razão é o meio inescapável à aquisição de todo o conhecimento.

A liberdade é erigida à categoria de bem supremo; o homem é livre e pode alcançar a verdade sem a necessidade de recorrer a quaisquer meios externos, fazendo-se suficiente o seu próprio raciocínio lógico. A verdade é objetiva e pré-constituída: o homem não a cria, mas pode atingi-la sozinho, pela sua razão.

O Estado de Direito trouxe consigo, teoricamente, a perspectiva de universalização da cidadania: todos são iguais perante a lei, e a lei será universal, isto é, uma só para todos. É o momento em que os apadrinhamentos, clientelismos e privilégios por critérios estritamente pessoais são veementemente hostilizados; é a prevalência do indivíduo – considerado puramente enquanto ator social anônimo e despersonalizado, sem ideologias e representações peculiares – sobre a pessoa, com toda a sua rede de relações interpessoais concretas, hierarquias e influências (Roberto DaMatta, 1997, p. 218).

Implementa-se uma separação precisa entre público e privado. Os conflitos devem ser submetidos a um único sistema jurídico, com um único conjunto de regras procedimentais iguais para todos, em que a legitimidade para julgar universaliza-se no Estado, detentor do monopólio da violência legítima.

Do ponto de vista da justificação filosófica, o direito de julgar universalmente foi sustentado pela filosofia das luzes, da racionalidade universal, da igualdade de todos, da forma republicana, liberal e democrática de Estado. Por isso:

A constituição instituída primeiramente segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (como homens), em segundo lugar segundo os princípios da dependência de todos a uma única legislação comum (como súditos) e, terceiro, segundo a lei da igualdade dos mesmos (como cidadãos) – a única que resulta da ideia do contrato originário, sobre a qual tem de estar fundada toda legislação jurídica de um povo – é a constituição republicana (KANT, 2008, p. 24).

Da perspectiva das instituições, caminhou-se pelo desenvolvimento da profissionalização do direito, pela organização da burocracia profissional e especializada e, porque não dizer, pelo estabelecimento da força pública, da violência propriamente dita, monopolizada pelo Estado. Este é o modelo herdado pelas instituições jurídicas atuais (José Reinaldo de Lima Lopes, 2003, p. 408). A ideia geral era: “[...] nada se espere da inclinação humana, e tudo se aguarde do poder supremo da lei e do respeito que lhe é devido” (KANT, 2004, p. 56).

Em tal situação, apenas um rei (Antigo Regime), ou apenas uma entidade abstrata (Estado de Direito) pode intervir para salvar os homens de seus instintos avassaladores e, assim, instaurar a harmonia e a paz no convívio em sociedade, garantindo-se a verdadeira

liberdade (a liberdade racional), “[...] pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma só e mesma coisa” (KANT, 2004, p. 80).

Isso se reflete diretamente no direito, vez que a elaboração dogmática do pensamento jurídico do iluminismo absolutista identifica juridicidade com legalidade, imputando às normas legais positivas o *status* de única fonte para a ciência do direito. A ideia de direito dissolve-se na pretensão de legalidade positiva, de tal modo que o objeto da metodologia jurídica aparece definido como uma atividade de mera aplicação da lei, entendendo-se a atividade interpretativa como apenas persecução da *voluntas legislatoris* (HOMEM, 2003, p. 436). O direito não mais se cria, apenas se descobre e se implementa.

Em tal modelo de Estado, este não pode mais interferir na esfera privada dos seus cidadãos, a não ser em situações excepcionais, previamente estipuladas, e de forma muito justificada. As regras do jogo estatal, agora, devem ser claras, explícitas e prévias.

Logo, as sentenças judiciais não podem mais esconder suas razões, mas torná-las públicas e em conformidade com o que diz a lei, e não, a pura concepção do magistrado.

A influência iluminista no positivismo moderno

A construção principiológica e normativa do ordenamento jurídico ocidental passou por três fases: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Nas duas primeiras, os princípios não possuíam valor normativo, ou seja, eram apenas fontes de auxílio na aplicação da lei.

Inicia-se com a fase jusnaturalista, também chamada de “metatísica e abstrata dos princípios” onde os princípios não possuíam valor normativo. Eram apenas fontes de inspiração e auxílio ético sem que estes fossem de fato positivados, pois eram vistos como algo abstrato e sem aplicabilidade por parecerem nulos e duvidosos (BERTONCINI, 2002).

O segundo estágio da juridicidade dos princípios é o positivista e o juspositivista, onde os princípios passam a ter mais relevância, porém, ainda sem possuir normatividade, tornando-se apenas fonte subsidiária com a função de preencher lacunas, como elucida o autor supracitado.

Finalmente, na terceira fase, chamada de pós positivista e ainda segundo os ensinamentos de BERTONCINI (2002, p. 36) se propõe uma nova forma de pensar e valorar os princípios como normas estando expressas e implícitas no ordenamento jurídico, vinculando um grande papel interpretativo.

Entrementes, com essa virada na forma de se pensar o Direito e a adequação de certas normas à democracia, insta salientar que o jusracionalismo, ao admitir a existência de verdades éticas absolutas - em claro acolhimento à filosofia kantiano-objetivista -, e admitindo que tais verdades seriam acessíveis a todos por intermédio da razão, deu lugar a inúmeros casuísmos judiciais (justamente o que se pretendia evitar).

Os juízes, ao serem livres para decidir racionalmente com vistas a uma suposta verdade comum (coisa cuja existência real é altamente contestável), cometeram notáveis discrepâncias

jurídicas na resolução de casos concretos, o que comprometia sobremaneira os ideais liberais de liberdade e igualdade e que conforme analisamos, pode, até hoje continuam ferindo alguns princípios constitucionais que norteiam o processo.

Desse modo, entendeu-se que o magistrado, enquanto funcionário do Estado, deveria estar fortemente adstrito às regras por este emitidas. Os estatutos legislativos foram eleitos a única fonte legítima do direito, devendo os julgadores ater-se estritamente ao que o texto daqueles estabelecia. Surge a figura do juiz "boca da lei" e o movimento de codificação difunde-se por toda a Europa ocidental.

Passou-se a compreender o direito, definitivamente, como parte do Estado, e alicerçou-se a prevalência da lei como fonte do direito. Nesse prisma, o papel do juiz altera-se radicalmente. A função judiciária torna-se extremamente despersonalizada e atribuída a um magistrado concebido como "[...] *homos burocraticus*, que agia, assim, segundo a lógica burocrática e cuja atividade era previsível, fungível, e controlável" (Nicola Picardi, 2008, p. 65).

Afinal, "[...] No século XVIII, é cada vez mais importante o ideal de certeza, previsibilidade e calculabilidade das decisões jurídicas" (LOPES, 2009, p. 112). Nesse quadro, ao juiz, cabia somente aplicar automaticamente os preceitos legislativos às controvérsias jurisdicionizadas, e era seu dever fundamentar suas decisões, a fim de que, às partes, estivesse assegurado o cumprimento da lei na demanda em que se encontravam envolvidas (controle endoprocessual), bem como, à sociedade, estivesse garantida a precisa execução da vontade legiferante e, por conseguinte, a realização da justiça (controle extraprocessual).

Frise-se que as reformas processuais ocorridas no século XVIII não eliminam, ainda que incidam de maneira notável no panomara global, a heterogeneidade das soluções normativas ocorridas nesse período.

Enfim, pode-se dizer que o modelo estatal atual tem uma fundamentação teórico-ideológica profundamente relacionada ao racionalismo, ao iluminismo e ao liberalismo, sendo que a filosofia kantiana, se não foi a principal influenciadora nesse processo, logrou notória participação.

Fundamentação das decisões judiciais

Atualmente, verificou-se a necessidade de um novo Código de Processo Civil Brasileiro, sendo apelidado doutrinariamente de NCCP. O novo código de 2015 buscou priorizar a uniformização da jurisprudência com o objetivo de que houvesse uma maior estabilidade, integridade e coerência nas decisões proferidas pelos Tribunais.

É notável a importância de se questionar quais foram as principais influências na criação do que já se encontrava positivado anteriormente para que a nova legislação, conciliasse as demandas atuais, as condições do Judiciário brasileiro e a dificuldade que as partes encontram de se sentirem seguras com as decisões proferidas nos Tribunais.

Isto porque, uma vez que o livre convencimento dos magistrados permite que as leis sejam interpretadas de acordo com a vontade dos mesmos, tornam-se facilmente corruptíveis.

O ser humano, em sua constante busca por clareza e esclarecimento se vê com o objetivo de eliminar sentenças que constam fundamentações inconsistentes, muitas vezes genéricas, sem reflexão sobre o texto escrito e sem utilização da cognição, não sendo assim possível extrair a *ratio decidendi* da decisão.

Para que o processo ocorra de forma democrática e que as partes cooperem entre si, o novo CPC trata com maior rigor o princípio da boa fé e não só entre os litigantes mas também para os magistrados, impondo-lhes os deveres de esclarecimento, prevenção, diálogo e de auxílio aos envolvidos no processo (THEODORO; NUNES; BAHIA, PEDRON, 2015).

A devida fundamentação das decisões judiciais tornou-se dessa forma, um direito fundamental garantidor. A Constituição Federal de 1988, advoga para que todos os elementos estejam presentes com clareza no bojo das decisões para que as partes consigam visualizar qual foi o raciocínio empreendido e aplicado na decisão proferida.

Quanto ao instituto da fundamentação das decisões judiciais, é perceptível a influência iluminista e racionalista, que atende a uma dupla função exigida pelo homem racional: as partes precisam entender todo o processo no qual a decisão foi pautada e os cidadãos, enquanto soberanos, podem exercer seu poder de controle sobre o magistrado.

Nesse sentido, há uma "ordem jurídica", pautada em leis gerais e abstratas no âmbito do direito material, e tal ordem precisa ser mantida. Obviamente, o ideal é que os indivíduos de uma sociedade convivam pacificamente entre si e, em caso de discórdia, entendam-se desde logo, dentro do que estipula a norma primária do sistema jurídico estatal (pretensão não resistida). Contudo, há situações em que a contenda não é solucionada automaticamente entre os sujeitos envolvidos (pretensão resistida), de modo que o Estado, em sua faceta jurisdicional, precisa intervir para fazer valer as normas jurídicas estabelecidas. Essa ingerência, via de regra, não se dá sem a provocação de uma das partes pelos meios oficialmente previstos. Uma vez provocado o Estado-juiz, é estabelecida a relação jurídico-processual, há o que se denomina processo.

Como operação, o processo se desenvolve numa série de atos: atos dos órgãos jurisdicionais, dos sujeitos da lide e até mesmo de terceiras pessoas não envolvidas na demanda inicial. Essa série de atos obedece a uma ordem, tendo em vista a conclusão que perseguem. "Processo, assim, é a disciplina dos atos coordenados, tendentes ao fim a que visam" (SANTOS, 2007, p. 276, grifo nosso).

O princípio da fundamentação das decisões carrega consigo um dos pilares da garantia fundamental ao direito de defesa, sendo de extrema importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Afinal, há de se convir, é somente pela ampla defesa e pelo contraditório que o cidadão pode permanecer com dignidade perante qualquer demanda contra ele interposta. De acordo com Enrico Tulio Liebman (1983, p. 79),

A história do processo, nos últimos séculos, pode ser concebida como a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito do arbítrio do juiz, e fazer com que as operações que realiza submetam-se aos imperativos da Razão. Antes de tudo, há a lei, naturalmente. Mas não basta. Porque é exatamente a lei que, de forma cada vez mais penetrante, quer que

o magistrado, ao realizar as diversas tarefas de ordem material e intelectual a ele confiadas, tenha um comportamento racional, equilibrado, de acordo com a lógica natural, compreensível e convincente, para quem esteja interessado nas peculiaridades do caso ou as observe com atenção.

De maneira geral, é possível inferir que, até o século XVIII, nas civilizações ocidentais, o ato de motivar a decisões judiciais não era uma obrigatoriedade. Inclusive, frequentemente, o procedimento de expor o juiz suas razões de julgar era considerado inconveniente e prejudicial à manutenção da justiça. Esse foi o entendimento predominante durante a Idade Média e boa parte da modernidade.

A partir do referido momento histórico, urge mais do que nunca a necessidade de haver um corpo de leis escritas, formalizadas, documentadas e de público acesso. O segredo e o casuísmo passam a ser sumamente repelidos. Surge o Estado de Leis, ou Estado de Direito, imparcial, abstrato e universalizante. Desenvolve-se uma patologia legiferante que a fobia do imprevisto articula, levando-se a uma absurda tentativa de se prever, de maneira atemporal e incontestável, todos os dilemas sociais passíveis de tutela jurisdicional, o que dá início ao movimento de codificação.

Kant e o positivismo jurídico

Para filosofia de Kant, a razão seria o mais elevado estágio do conhecimento humano. Através dela seria capaz de se opor ao ócio e prever, através do já desbravado pela ciência, situações precisas e não vagas e, nesse sentido, promover o positivismo, o ideal real.

Outrossim, é possível notar uma grande influência da filosofia kantiana ao valorizar o homem como centro e objeto detentor da razão e da racionalidade. É a partir do homem e para o homem que existiriam leis que resguardassem a sua dignidade, eis que surgem importantes princípios tais como o da dignidade da pessoa humana e o princípio do contraditório, que permite ao réu apresentar sua defesa.

Ao observar o princípio mais importante resguardado pela CF que é o da dignidade da pessoa humana e portanto, merece maior destaque, este torna-se a base do ordenamento republicano e democrático no qual a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi constituída, sempre priorizando que o indivíduo seja objeto central e tenha garantia de proteção.

No entanto, este princípio só se tornou norma positivada quando o homem começou a pensar sobre o próprio Direito e o que ele pretendia resguardar.

Além da preocupação em positivizar o “valor fonte” do pensamento ocidental, houve um grande cuidado em proteger a dignidade do indivíduo e isso lhe atribuiu caráter normativo moldando segundo esse princípio fundamental, todo o sistema político, jurídico e social. Tornou-se o fundamento da República e do Estado Democrático de Direito (MARTINS, 2003).

É a forma na qual o indivíduo passa a ser respeitado em relação à sua própria individualidade, independentemente de qual classe ou grupo social pertença, o que dialoga perfeitamente com os escritos de Immanuel Kant.

A dignidade da pessoa humana trata-se de um mínimo vulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, sempre sem retirar a necessária estima que merecem todas as pessoas, enquanto seres humanos (MORAES, 2004).

Para Kant, também é imprescindível que constantemente se questione, em caso de conflito, se há consonância entre a verdade que se quer sobrepor a ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não sendo possível outra resolução que não aquela que se adequa ao preceito em tela.

Na obra "Fundamentação da Metafísica dos Costumes", o filósofo aduz que a realidade das coisas é determinada por leis universais, cujo imperativo categórico consistiria em "age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza" (KANT, 2004, p. 52).

Portanto, a fim de que as partes processuais e a sociedade em geral saibam se o Estado-juíz está atuando conforme os ditames legais e necessários, isto é, em obediência às leis universais e ao imperativo categórico, de acordo com Kant, seria vital, por exemplo, que o magistrado expusesse as razões que o levaram à conclusão da sentença. A fundamentação das decisões revela-se um ponto nevrálgico do Estado de Direito, que, ao passar pela cognição e racionalização do mesmo enquanto Estado-legislador, deve predizer todas as possibilidades de intervenção pública na esfera privada (ou seja, na liberdade) dos indivíduos e, no espectro de Estado-juíz, tem a obrigação de tornar públicos os motivos dessa ingerência, as razões de decidir. Não há Estado de Direito sem leis e sem fundamentações decisórias públicas que certifiquem o cumprimento da lei, entendimento esse tão vigorosamente consolidado que impera até hoje.

Conclusão

O Estado de Direito é instituição amplamente pautada na ideia kantiana de verdades objetivas e de ética universal. Ele é o que garante a supremacia de tal ética cósmica em sociedade. Embora se reconheça toda a evolução democrática que isso significa para a humanidade, há que se convir que as bases desse processo são essencialmente metafísicas.

Desde o surgimento do Iluminismo na Idade Média, o humanismo e o racionalismo preponderaram; a razão é eleita o meio por excelência para se chegar à verdade. Nenhum deus, nenhuma autoridade secular ou religiosa, nenhuma instituição seria necessária para se alcançar os preceitos gerais regentes do mundo: o homem é livre pelo seu próprio pensar, pois detém o raciocínio lógico e, por meio exclusivamente dele, pode chegar à ética ideal. Esse é, em grossas linhas, o pensamento de Immanuel Kant.

Contudo, essa liberdade não é qualquer uma: é a liberdade racional. Admitindo-se o estado selvagem de natureza humana, os homens necessitam, por meio de um contrato social, abdicar de sua liberdade sem limites em nome de um bem maior. Precisa-se de um Estado que garanta o cumprimento das máximas universais incontestáveis.

Urge mais do que nunca a necessidade de haver um corpo de leis escritas, formalizadas, documentadas e de público acesso. O segredo e o casuísmo devem ser sumamente repelidos. Surge o Estado de Leis, ou Estado de Direito, imparcial, abstrato e universalizante. Desenvolve-se uma patologia legiferante que a fobia do imprevisto articula, levando-se a uma absurda tentativa de se prever, de maneira atemporal e incontestada, todos os dilemas sociais passíveis de tutela jurisdicional, o que dá início ao movimento de codificação.

Ao juiz, nessa celeuma, cumpre apenas observar as previsões cuidadosamente dispostas nos suportes físicos legislativos, recolhendo-se ao papel de “boca da lei”. Os códigos, acreditava-se, traziam em seu bojo todas as questões sociais relevantes para o direito em qualquer espaço-tempo, fazendo-se plenamente dispensável o entendimento particular do julgador. A garantia da justiça está, agora, na lei, e não, no juiz.

Outrossim, ao buscar a liberdade, o legislador acabou aprisionando-se. Kant pautava sua filosofia ao refletir sobre a própria reflexão e isso é primordial na ciência do Direito. Grandes mudanças ocorreram e ainda ocorrem em nosso ordenamento em função dessa pré-disposição humana ao questionamento.

O processo de valoração normativa dos princípios constitucionais está intimamente ligado ao processo judicial como um todo, seja através do princípio do contraditório, seja pelo corolário da dignidade da pessoa humana, o homem está em constante busca de mecanismos que, de alguma forma, o proteja e o coloque como protagonista.

Referências

- BERTONCINI, Mateus. Eduardo. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro* 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAMPOS, Adriana P. (Org.). Uma introdução à História do Direito Moderno. In: *Velhos temas, novas abordagens: História e Direito no Brasil*. Coleção Rumos da História, vol. II. Vitória: PPGHis, p. 9-37, 2005.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1998.
- HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *Judex perfectus: função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal*. Lisboa: Almedina, 2003.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. "Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença". In: RePro, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 79-81, 1983.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Curso de História do Direito. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de história do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 397-431, 2003.
- MARCONDES, Danilo. Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2001.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito". In: Temas de direito processual: 2ª série. São Paulo: Saraiva, p. 83-95, 1988.
- PICARDI, Nicola. Jurisdição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O que deseja “o Código”? Notas sobre a complexidade de realização do imaginário de sujeitos do campo do direito na transição de paradigmas normativos implementados pelo Estado

Leonardo Barros Souza¹

Resumo: Trata-se de ensaio sobre as expectativas de sujeitos do campo do direito sobre o CPC/2015, via comparação das expectativas sobre o Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas para a unificação do direito nacional e análise crítica reveladora de uma tensão entre a tradição e a novidade.

Palavras-chave: História; Direito; Processo; Código; Campo.

O que deseja o Código?

“O que deseja o Código?” foi uma pergunta retida durante as conferências magnas do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual realizado entre 11 e 14 de abril de 2018, por iniciativa do Programa de Mestrado em Direito Processual *stricto sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES), e que, naquele momento, possibilitou uma interessante abertura para a reflexão sobre algumas expectativas positivas depositadas no novo Código de Processo Civil, o de 2015, muitas ali explicitadas, e as possíveis dificuldades quanto a sua realização. Essa abertura, por sua vez, motivou a elaboração desse breve ensaio².

Especulações iniciais sobre expectativas decorrentes do advento de um “novo Código”

Há alguma relação entre o Esboço do Código Civil (Esboço) elaborado por Augusto Teixeira de Freitas na década de 50 do século XIX e o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC/2015)? A princípio, as diferentes dimensões de tempo e tema indicariam que não, salvo para quem, do campo do direito, tem a consciência da instrumentalidade entre o direito processual civil e o direito civil. De todo modo, esses Códigos estariam inseridos em tempos diferentes, a infirmar tal função. As possíveis relações devem então ser pensadas em

¹ Doutorando em História Social das Relações Políticas pelo PPGHIS-UFES, Mestre em Direito e Sociologia pela UFF, professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado da FDV. E-mail: leonardobarrossouza@terra.com.br.

² Sobre o ensaio ver SANTOS (2014).

contextos menos fechados em termos dogmáticos, com maior dose daquela especulação inicial inerente a praticamente toda reflexão.

Como pesquisador do contexto histórico e social vivido por Augusto Teixeira de Freitas durante o processo de construção do Esboço³ e pontualmente desafiado⁴ a refletir sobre algumas das perspectivas sobre o CPC/2015, posicionado numa fase inicial de especulação é possível direcionar a reflexão a partir do imaginário⁵ de sujeitos do campo do direito⁶ a respeito da novidade que ambos os Códigos representam, cada um no seu tempo e contexto específico.

Essa mesma fase autoriza uma abordagem no formato de ensaio, com apoio ao menos em um texto de referência, até mesmo a fim de reduzir o âmbito de incerteza decorrente da especulação.

No caso do Esboço, tem-se, num primeiro momento, uma construção inserida num contexto de demanda por direito nacional e por sua unificação, em especial advogados, com destaque para os reunidos em torno do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), até como medida decorrente da Independência, a denotar o rompimento com a legislação portuguesa que ainda era aplicada.

Os sujeitos do campo do direito foram porta-vozes da necessidade de unificação e codificação do direito nacional.

Francisco Inácio de Carvalho Moreira (1862), por exemplo, em discurso proferido na sessão do IAB de 07 de setembro de 1845, alertou para a insegurança jurídica causada pela “deplorável desordem, em que se acha o foro pelos defeitos, lacunas, obscuridades, e immensidade de nossas leis civis” (*idem*, p. 148), “as leis fundamentaes da sociedade; pois ellas que regularisão a família natural, fundão a família civil, e consolidão, ou garantem o direito de propriedade” (*idem*, p. 149), que constituem “o laço primitivo da sociedade, a ancora de sua estabilidade” (*ibidem*), defendendo a necessidade de revisão e metodização geral (*idem*, p. 152), para o que “Uma codificação [...] é um immenso benefício para a nação” (*idem*, p. 156).

A novidade residiria no próprio papel inovador e unificador do que resultaria no primeiro Código Civil Brasileiro, como marca jurídica e necessária da Independência política, a alimentar expectativas de correspondência entre o direito posto e a realidade histórica e social vivida.

³ O projeto de doutorado submetido e aprovado pelo PPGHIS-UFES no processo seletivo 2018/01 tem como tema “A construção história de uma nova dogmática jurídica no Brasil Império (1843-1872) por Augusto Teixeira de Freitas”.

⁴ Refiro-me à proposta de apresentação de uma comunicação no GT3 (Tutela de direitos e novas técnicas processuais) do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual que me foi feita por minha orientadora, Profa. Dra. Adriana Pereira Campos, e ao desafio que representou, considerados os temas de fundo abordados no evento.

⁵ O termo designa um determinado “modo como em diferentes lugares e momentos uma determinada realidade social é construída, pensada e dada a ler” (CHARTIER, 1989, p. 17).

⁶ Trata-se do conceito de “campo” formulado por Pierre Bourdieu. Uma síntese sobre ele pode ser encontrado em CATANI et al. (2017, p. 64-66).

A novidade do CPC/2015 aparenta ser mais plural, com destaque da proposta de servir de instrumento para “a propiciar a tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo”⁷, com expectativas no grau correspondente a essa necessidade. O novo Código surgiria como solução para os problemas de efetivação de direitos materiais, em resposta a demandas sociais por uma melhor prestação do serviço jurisdicional e com correspondência em princípios da Constituição Federal de 1988, posterior ao Código de Processo Civil de 1973, normativamente desatualizado, em descompasso com o tempo.

Uma das questões que se colocam refere-se a essas expectativas em grande parte fundadas na novidade e na crença nutrida por sujeitos do campo do direito quanto à capacidade das mudanças de paradigmas instituídas pelo Estado conformar ou alterar a realidade histórica e social, com sua necessária participação, por que seriam os intérpretes autorizados do novo instrumento.

Ecos de uma crítica ao Esboço. O velho subjacente a novidade representativa de mudança paradigmática

A expectativa, no imaginário social de sujeitos do campo do direito, especificamente do campo do direito processual civil, de que o novo representa a novidade e o progresso pode ser traída pela tradição.

Em retrospectiva, uma crítica à obra de Augusto Teixeira de Freitas pode lançar luzes sobre as expectativas depositadas no CPC/2015 e a possibilidade de sua implementação por sujeitos do campo do direito.

Em análise do Esboço, situado na transição do Brasil Colonial para o Independente, Airton Cerqueira-Leite Seelander (2017) foca a atenção para as relações entre o poder patriarcal ou tradicional, associado à “casa”, e o poder político ou do Estado, numa perspectiva conflituosa fundada na menor ou maior margem de intervenção do Estado na “casa” via uso da técnica do direito. No caso, a proposta de codificação do Direito Civil encarregada a um sujeito do campo do direito qualificado como doutrinador e seus efeitos nas coisas inerentes ao espaço da “casa”.

Nesse espaço de tensão, a novidade, representada não só pelo Código, mas pelos institutos que autorizam a tutela estatal de questões antes decididas no âmbito privado, observada a hierarquia patriarcal, encontraria dificuldade de se apresentar e operar em razão da permanência de elementos da “casa”, inclusive de forma legionária no próprio texto do Esboço.

⁷ Texto extraído do material de divulgação referente ao Grupo de Estudo III do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual.

A questão principal, abordada inclusive como prova da permanência da “casa” no novo modelo de organização da vida social, via inequívoca intervenção do Estado, reside no conceito de família.

Trata-se do convívio, num mesmo documento, de um conceito tido como inovador, moderno, por que positivado sem referência ao poder patriarcal (Esboço, art. 139⁸), e de um outro considerado antigo, vinculado à tradição do pai como centro ou vértice de poder (Esboço, art. 140⁹).

Para Cerqueira-Leite, essa diferença conceitual demonstraria que a inovação não conseguiu resistir à tradição.

Para fins deste ensaio, nesses breves marcos, essa constatação sinalizaria que as expectativas advindas da novidade e o esforço de sujeitos do campo do direito em sustentá-las e concorrer para que sejam efetivadas podem encontrar elementos da tradição entre os vários limites a esse projeto.

A chave de análise fornecida pela crítica ao Esboço vem ao auxílio reflexão sobre a possibilidade de realização das expectativas no marco do CPC/2015 e de seu compromisso com “a tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo”¹⁰.

Permanências que podem dificultar a realização do novo. Doutrinadores como sujeitos de ação limitada no campo do direito¹¹

É possível afirmar, sem medo de erro crasso, que é grande a expectativa depositada por sujeitos do campo do direito, em especial do direito processual civil, com relação à potência do CPC/2015 para a “tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo”¹², a ressaltar o compromisso com a dimensão instrumental do direito processual na urgente necessidade de afirmação do direito material, como forma de efetivar os princípios assentados no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, quais sejam, o da duração razoável do processo e o da celeridade de sua tramitação.

Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 51):

O objetivo de criar um sistema **mais eficiente**, está por trás de muitas regras do NCPC [Novo Código de Processo Civil, neste texto designado CPC/2015], pois um

⁸ “Entende-se por *família*, no sentido da inscrição deste §, e da distinção do art. 18, o complexo de indivíduos de um e outro sexo, que são neste Código considerados parentes.”

⁹ “Quando não se tratar de pessoas ou de direitos em geral, mas pessoas determinadas, entender-se-á por *família* o complexo de indivíduos de um ou outro sexo, que viverem na mesma casa, ou em diversa, sob a proteção de um pai de família.”

¹⁰ Ver nota 6.

¹¹ As reflexões deste item são devedoras das duas conferências magnas do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual proferidas no dia 12 de abril de 2018 pelos Professores Eduardo Otienza e Flávio Luiz Yarshell.

¹² Ver nota 6.

código de processo que não garante a realização concreta de direitos, esvazia a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

A maior eficiência do processo, e do ordenamento jurídico como um todo, é decorrente de um Judiciário cuja 'performance' seja excelente, e o NCPC tem potencial de aprimorar a atuação deste Poder, pois contém instrumentos de julgamento conjunto de demandas idênticas e aprimora os já existentes.

Enfatiza-se a necessidade de se incentivarem os meios alternativos de solução de conflitos, principalmente a mediação e a conciliação (esta última, não no sentido do acordo, mas no de processo conciliatório), como forma de contribuir com a criação da 'cultura' do acordo.

Cria-se, com o NCPC, o processo que *rende*: que resolve *de vez* a controvérsia subjacente à demanda.

O preceito do artigo 4º do CPC/2015 é central nesse contexto, ao afirmar o compromisso do Estado com a solução de conflitos sociais mediante o julgamento de mérito das demandas, ou seja, com a solução da questão de direito material submetida a análise e julgamento do Poder Judiciário.

Nesse contexto, institutos tidos como novos, afinados com os referidos princípios, podem sofrer a intervenção da tradição.

É o caso, por exemplo, a mais uma vez a título especulativo, do postulado da consensualidade, entendida como solução de conflitos de forma consensual, em oposição a uma tradição de resolução de demandas via "soluções adjudicadas", tutelas diretamente pelo Estado, no caso, o Estado-Juiz.

Também é o caso do novo sistema de colaboração ou maior protagonismo das partes, que implica numa redução dos poderes do juiz, ao qual pode ser opor a tradição do protagonismo quase absoluto, onipotente, do juiz togado, concursado, efetivo, na prestação da atividade judicial.

É o caso ainda dos mecanismos de estabilização e uniformização de interpretações e, por consequência, de decisões judiciais, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/1975, art. 976 e seguintes) que podem encontrar resistência dos juízes, em defesa de sua independência.

Entende-se melhor, assim, o seguinte apelo feito por Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 61):

Para que os efeitos do NCPC sejam visíveis, no que diz respeito a minimizar a duração dos processos, além de alterações da lei, é imprescindível a boa vontade e o espírito cooperativo de todos os "personagens" que lidam no foro: juízes, advogados, promotores e as próprias partes.

Inequívoca antevisão de dificuldades provenientes da prática de sujeitos do próprio campo do direito, embora nele fechada.

Da análise referente ao foco possível de resistência da tradição à novidade extrai-se também a relevante questão da possibilidade de atuação (e seus limites) dos vários sujeitos do campo do direito.

A experiência concreta¹³ sinaliza para um maior compromisso de doutrinadores com o novo paradigma de prestação jurisdicional instituído pelo CPC/2015 e um forte polo de resistência na magistratura, provavelmente muito tributável¹⁴ à tradição do bacharelismo¹⁵ em sua formação histórica.

Essa tradição, por seu turno, revela um importante aspecto cultural a respeito das formas de resolução de conflitos sociais, a contar com o Poder Judiciário, o Estado, como mecanismo institucional praticamente único a ser procurado, desdobramento de um fenômeno sintetizada por José Murilo de Carvalho (2014) como “estadania”, deturpação do entendimento e prática da cidadania na medida em que os sujeitos de direito atuam geralmente com dependência do Estado.

Trata-se de elemento que milita contra os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos positivados no CPC/2015.

Todos esses exemplos orientam a possibilidade de reflexão sobre as possibilidades de efetividade do novo paradigma de prestação da atividade judicial firmado no CPC/2015 e a antevisão, como limites possíveis, de elementos oriundos da tradição operados inclusive por sujeitos do próprio campo do direito, como instrumentos de manutenção de suas posições tradicionais.

Sugestões de problematização para a reflexão: o retorno da “casa” e a resistência do “Estado”?!

Caso se entenda que as especulações e reflexões pretéritas sejam pertinentes e profícuas para traçar alguns caminhos para a reflexão sobre a potência do CPC/2015 como marco na transição de paradigmas quanto à prestação da atividade judicial, uma possibilidade é a inversão da chave de análise crítica do Esboço de Augusto Teixeira de Freitas utilizada por Cerqueira-Leite.

Considerando os exemplos acima referidos quanto à tensão entre as expectativas do novo e as resistências da tradição, vê-se, mesmo que liminarmente, tentativas de permanência do “Estado”, no caso, mais uma vez, o Estado-Juiz e toda a constelação de carreiras jurídicas que a ele se atrelam, contra a tentativa de reintrodução, pelo próprio Estado, do protagonismo da “casa”, não mais, é certo, estruturada pelo poder patriarcal, mas

¹³ Por “experiência concreta” designa-se aqui a atuação profissional do subscrevente, tanto acadêmica como na prática forense, e as constatações feitas durante o III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual, inclusive no GT3.

¹⁴ Trata-se, aqui, de mais uma ideia trabalhada no texto de tipo “ensaio”, com o único intuito de se prestar a provocação da reflexão.

¹⁵ “Entende-se por bacharelismo a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país” (KOZIMA, 2007, p. 378), presente na história do Brasil ao menos desde sua Independência e com ênfase na formação em Direito, inclusive como forma de acesso às carreiras públicas (CARVALHO, 1980), até os dias atuais, sendo um dos fatores responsáveis pela centralidade da judicialização para a resolução de conflitos sociais (PEREIRA, 2015).

na instituição e instrumentalização de mecanismos aptos a garantir o equilíbrio entre os sujeitos em conflito.

Essa nova configuração do significado das categorias "Estado" e "casa", por si só aberta a questionamentos, amplia as perspectivas de análise crítica do CPC/2015 pela ótica das tradições (que resistem à inovação) da solução de conflitos pelo Estado-Juiz (em oposição ao consensualismo), do protagonismo processual do juiz (em oposição ao sistema de colaboração entre as partes) e da importância institucional da magistratura na prestação da jurisdição (em oposição aos mecanismos de uniformização da jurisprudência), no relevante contexto do imaginário social.

Destacam-se nesse imaginário social o estamental, institucional, corporativo, mas também, e talvez principalmente, "popular", em especial pelos significados da garantia fundamental de acesso à justiça (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV), identificada (a justiça) com o Poder Judiciário.

Uma outra importante linha de questionamento que pode ser extraída da análise crítica de Cerqueira-Leite sobre o Esboço de Augusto Teixeira de Freitas diz respeito à capacidade dos sujeitos do campo do direito que se identificam e atuam como "doutrina" atuarem como protagonistas na implementação de um novo paradigma, em especial diante da forte presença e peso na atuação do elemento tradicional que insistiria na continuidade de seu protagonismo, o juiz.

"Será que a 'doutrina'¹⁶ seria capaz de vencer a tradição via desenvolvimento da técnica e diante de resistências de ordem prática?", "Quem está autorizado a falar sobre o que representa o CPC/2015?", "De quem seria a fala autorizada sobre esse tema?", "Como lidar com o peso de ordem prática da jurisprudência¹⁷?", são algumas das possíveis questões nesse contexto.

Novamente, está-se diante de sinalizações advindas da mudança de paradigmas instituída pelo Estado.

Conclusão

A análise quanto às possibilidades de efetivação ou não do novo paradigma de prestação da atividade judicial instituído pelo CPC/2015 pode abrir interessantes caminhos se se servir de análises de outros momentos de transição de paradigmas instrumentalizados por

¹⁶ Por doutrina entende-se uma posição ocupada por agentes do campo do direito que são responsáveis por refletir sobre seus vários elementos e institutos, discuti-los, criticá-los, disseminá-los, alterá-los propositivamente, entre outras práticas e estratégias interessadas, nem sempre exercidas de forma coordenada, homogênea, inclusive diante da possibilidade de ocupação dessa posição por agentes que ocupam outras, como, por exemplo, a magistratura, a advocacia. A referência é Pierre Bourdieu (1989), no quadro de sua definição e reflexão sobre o campo e os agentes que nele atuam.

¹⁷ Utiliza-se o termo como sinônimo de decisões de agentes do campo jurídico que integram a categoria dos magistrados, singularmente ou coletivamente (como integrantes de órgãos colegiados que em geral compõem Tribunais).

institutos do Direito posto pelo Estado, refletidos em marcos não necessariamente inerentes ao campo do direito ou à dogmática jurídica.

Este ensaio serviu-se de uma crítica ao Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, feita por Cerqueira-Leite a partir de uma chave de análise centrada na tensão entre “casa” e “Estado”, respectivamente identificadas como tradição e novidade, reveladora das dificuldades de implementação de mudanças de paradigma impostas pelo Estado, para sugerir perspectivas de análise sobre o CPC/2015 no marco da mesma tensão, só que invertida, agora entre “Estado”, associado a tradição, com foco no protagonismo dos juízes, e a “casa”, retornando ao debate como novidade, mas não mais estruturada pelo poder patriarcal, mas no pressuposto do equilíbrio entre aqueles que se envolvem num conflito e buscam uma solução não judicializada.

A pretensão, com isso, não é reler o passado, nem iluminar o futuro, mas aproveitar “chaves” para reflexão do presente, desde que não deslocadas do contexto histórico, social e político, contribuindo assim, no contexto específico desse texto, para o debate sobre a efetividade do CPC/2015.

Nos restritos marcos desse ensaio, “o que deseja o Código” dependerá do resultado da tensão entre a novidade e a tradição no embate entre os diversos sujeitos do campo do direito que os representam.

Referências

- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem. A elite política imperial. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo caminho. 12. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- CATANI, Afrânio Mendes et al. (Org.). Vocabulário Bourdieu. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- CHARTIER, R. A história cultural: entre práticas e representações. Lisboa: Difel, 1987.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil. Esboço. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952.
- KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MOREIRA, Francisco Inácio de Carvalho Moreira. Discurso em homenagem ao primeiro ano do Instituto dos Advogados Brasileiros. In: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Anno I, Tomo I, n. 3, Parte Quarta, Rio de Janeiro: Typographia de Quirino & Irmão, 1862.
- PEREIRA, Paulo Fernando Soares Pereira. O bacharelismo está no meio de nós! Rogai por nós contendores! In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPENDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPENDI, 2015.

SANTOS, N. M. P. Ensaio e Artigo: confluências e divergências entre dois gêneros da esfera acadêmica. Dissertação (Dissertação de Estudos Linguísticos). UFU, Uberlândia, 2014.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à Modernidade. In: Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Rio de Janeiro, ano 178 (473): 327-424.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

As ondas de acesso à justiça de Mauro Cappelletti e o acesso transacional à justiça

Lívia Heringer Pervidor Bernardes¹

Yandria Gaudio Carneiro²

Resumo: O presente artigo busca analisar as três ondas do acesso à justiça proposta pelo doutor Mauro Cappelletti, buscando compreender os aspectos e fundamentos de cada uma delas. Para tanto fez necessário uma abordagem sobre a justiça, analisando os vieses sobre a concepção desse termo, buscando compreender o que seria o “acesso à justiça”, qual vai além do acesso ao judiciário. Juntamente com esse estudo será abordado sobre o acesso transacional a justiça, a compreensão sobre esse tema e uma análise da forma de efetivar o acesso à justiça no âmbito internacional, como sendo uma quarta onda diante do contexto atual. Conclui-se com a importância de compreender os aspectos do acesso à justiça para que seja de fato efetivado e que diante dos conflitos transnacionais é necessário que se tenha uma harmonização dos sistemas jurídicos internacionais a fim de que seja garantido um efetivo acesso à justiça a todas as pessoas.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Ondas de acesso à justiça; Direitos Fundamentais; Justiça transacional.

Introdução

O acesso à justiça pode ser conceituado de diferentes maneiras. Alguns autores entendem que é o acesso ao judiciário, já outros entendem que vai além disso e se trata de acesso efetivo aos direitos garantidos na legislação. Há um consenso de que o direito ao acesso à justiça é um direito fundamental e que este é a porta de acesso aos demais direitos.

Contudo, para que o acesso à justiça seja efetivado o autor Mauro Cappelletti dispôs em sua obra “O Acesso à justiça” publicada em 1988, sobre três ondas que visam transpor os obstáculos enfrentados pela sociedade da época. A primeira onda diz respeito a assistência judiciária gratuita, em que as pessoas que não possuem condições de arcar com advogados

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

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direito Existenciais e Patrimoniais. Advogada do Escritório Caetano e Carneiro Advogados Associados. Assessora Jurídica na Câmara Municipal de Vila Velha/ES. E-mail: yandriagc@gmail.com.

e os custos do processo, o Estado iria proporcionar o acesso a demanda jurisdicional de forma gratuita.

A segunda onda está relacionada a representatividade nos direitos difusos e coletivos. Com isso, quando se tratar de direitos que envolve várias pessoas num mesmo caso concreto, tais pessoa poderão ser representadas, fazendo com que o processo aconteça da melhor forma possível e todos os envolvidos alcance a justiça.

Por sua vez, a terceira onda proposta pelo Cappelletti, visa o acesso à justiça, além do mero acesso ao judiciário, propondo que os conflitos sejam resolvidos da melhor forma, e através de métodos adequados, visando efetivação dos direitos e solução dos litígios. Para tanto o autor demonstra que os métodos autocompositivos, como a mediação e conciliação podem ser uma alternativa para alcançar o acesso à justiça.

Desse modo, após três décadas que o autor apresentou essas ondas para um efetivo acesso à justiça, a sociedade passou por mudança e hoje, com a globalização, é cada vez mais comum os conflitos internacionais.

Nesse sentido, a quarta onda do acesso à justiça que se propõe está relacionada a justiça transnacional, a qual através a harmonização dos sistemas jurídicos internacionais, convergindo as legislações para obterem valores semelhantes fundamentais, será possível efetivar o acesso à justiça no âmbito internacional.

O conceito de acesso à justiça

A conceituação do termo “acesso à justiça” é feita por diversos autores partindo de pontos de vista diferentes. A Carta Magna de 1988 prevê no inciso XXXV, do artigo 5º, que “a lei não excluirá do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”. A partir desse artigo, alguns autores definem o direito de acesso à justiça como direito ao acesso à tutela jurisdicional.

Entretanto, o artigo transcrito nos traz apenas os limites objetivos do acesso à justiça, qual seja, poder haver exame jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça a direito que esteja previamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Em outro lado, os limites subjetivos dizem respeito (FARIAS, 2012, p. 55-56) a qual será legitimado para alcançar tal acesso, a prestação jurisdicional.

Sendo assim, conforme afirma Adriana Fasolo Pilati Sheleder (2006, p. 157), compreender o acesso à justiça como um simples acesso ao Judiciário é equivocado, devendo ser entendido de forma ampla sem limitações, como sendo “um direito natural, um valor inerente ao homem por sua própria natureza, e a sede de justiça que angustia o ser humano tem raízes fincadas na teoria de direito natural” (SCHELEDER *apud* BEZERRA, 2006, p. 154).

O acesso à justiça é um direito humano fundamental, consagrado em todo e qualquer sistema jurídico compromissado com a efetivação, a adequação e a tempestividade e sendo muito mais de que uma garantia formal de acesso ao Judiciário (GORETTI, 2012, p. 55).

Portanto, o acesso à justiça é um verdadeiro princípio constitucional fundamental, um *direito fundamental* que deve nortear a interpretação constitucional e servir como diretriz para a atividade interpretativa, influenciando, assim, todo o ordenamento jurídico, desde o momento legiferante, passando pela aplicação concreta da lei até a necessidade de se franquear opções para a sua efetivação, justamente o que possibilita uma construção da democracia de forma justa e igualitária (TRISTÃO; FACHIN, 2009, p. 53).

Um outro conceito dado ao acesso à justiça está relacionado ao Estado proporcionar meios adequados a fim de se alcançar uma solução eficaz para os conflitos de interesses, ao estado assegurar a todas pessoas, de forma equitativa, meios capazes de gerar decisões que levem a solução justa dos conflitos de interesses, individuais e coletivos (PAROSKI, 2006, p. 229).

Meios adequados, muitas vezes, não serão proposto por decisões judiciais, podendo ser meios extrajudiciais, como por exemplo, os meios autocompositivos de resolução de conflitos, e através disso poderá visualizar a edificação de uma democracia concreta, que responde aos anseios sociais (FACHIN; TRISTÃO, 2009, p. 55-56).

Nesse sentido, o acesso à justiça está ligado também à seara da boa instrução que deve ser dada ao povo para que este possa, por exemplo, conhecer suas leis, participar de movimentos sociais de maneira consciente, de debates a respeito de política e situações que o atingem diretamente, ou seja, para que o povo possa exercer a cidadania de maneira plena e participativa. Dessa forma, o cidadão não ficará assistindo a todos os fatos que interferem em sua forma "bestializada", ou seja, sendo apenas um telespectador, mas irá participar de forma efetiva (RAMIRO, 2006, p. 61).

Portanto, a interpretação trazida deixa transparecer que a noção de tal acesso está muito além do simples acesso à jurisdição.

Ressalta-se que, o acesso à justiça tem sido positivado nos catálogos de direitos fundamentais em constituições e tratados de direitos internacionais, com sentido que vai além de um mero acesso ao Poder Justiça. Talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados (PAROSKI, 2006, p. 228).

O acesso à justiça, visto como direito fundamental, garantido pela Constituição da República, excede aos acanhados limites de mera possibilidade de propor uma demanda perante os órgãos jurisdicionais, devendo ser concebido como acesso aos próprios direitos contemplados pelo ordenamento jurídico substancial e processual, assegurando-se àquele que tem razão a efetiva entrega do bem jurídico tutelado, com menor custo e tempo possível.

Diante disso, verifica-se que o que o acesso à justiça é também acesso efetivo aos direitos declarados pelo ordenamento jurídico, sendo assim, o Estado proporcionará tal acesso à população quando disponibilizar a todos os direitos por ele declarados, como por exemplo, direitos fundamentais à moradia, educação, saúde, lazer, cidadania, etc.

A partir dos conceitos acima demonstrados podemos concluir que em resumo há duas maneiras de se enxergar o significado de acesso à justiça. A primeira atribuindo ao

significante justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano (RODRIGUES, 1994, p. 28).

Para uma melhor compreensão, faz necessário mencionar o conceito de justiça, na qual se divide em "comutativa", "distributiva" e "social". A primeira diz respeito a uma dimensão individual, que relaciona o indivíduo com o seu próximo. A segunda, porém, relaciona o justo com o adequado, proporcional, trazendo a ideia de igualdade entre as pessoas. Por sua vez, a justiça social é aquela que envolve todas as relações dentro de uma sociedade, trazendo consigo a noção do que é comum a todos (RAMIRO, 2006, p. 59).

Nessa feita, iremos utilizar nesse trabalho a ideia de justiça "social", como sendo uma das necessidades básicas que o ser humano precisa para sobreviver no contexto da sociedade em que está inserido. Tais necessidades são positivadas no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Republicana de 1988, sendo denominadas de direitos fundamentais. Assim, será utilizado o conceito mais amplo de acesso à justiça, que não exclui o Poder Judiciário, porém, amplia para o acesso a todos os direitos fundamentais do ser humano.

O problema de enxergar o acesso à justiça tendo o Poder Judiciário como o único meio de se obter uma solução para os conflitos foi ocasionado pelo próprio ordenamento jurídico, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema de jurisdição uma, assumindo o Poder Judiciário um papel de fundamental importância na tutela e garantia de direitos individuais (BEZERRA, 2008, p. 103-104).

O acesso à justiça é um problema ético-social, sendo social porque é o maior ou menor acesso do cidadão aos direitos e valores desejáveis, que determina o fluxo dos conflitos sociais. A seguir, analisaremos a visão social do conceito de acesso à justiça, objetivando, demonstrar os obstáculos existentes para, assim, propor soluções eficazes (BEZERRA apud SANTOS, 2008, p. 147).

Os três obstáculos ao acesso à justiça

Ilustramos acima o conceito amplo de acesso à justiça e sua importância. Entretanto, obstáculos surgem para impedir sua efetivação, mas necessário será rompê-los (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 16).

O primeiro obstáculo diz respeito ao alto custo de um processo, no qual a parte vencida terá que arcar com as despesas processuais, honorários advocatícios e verbas sucumbenciais. Por mais convicta que esteja uma parte de sua vitória, com as incertezas do processo judicial, não há garantias de que não terá custos para arcar.

Nesse sentido, exemplificaram tal obstáculo com pesquisas realizadas na Europa que demonstram que nas ações de pequenas causas o custo do processo pode ultrapassar o do mérito requerido e que os processos mais demorados também auferem aumento nesses

custos e tendem a pressionar a parte mais frágil a desistir de seu direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 19).

O segundo obstáculo se refere a possibilidade das partes, que demonstra que aqueles que possuem uma melhor condição financeira certamente obterão um melhor resultado, pois conseguem arcar com custas do processo e contratar bons advogados para defenderem suas causas.

Em certos momentos, a falta de informação também traz consequências aos resultados do processo. Isto porque a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais", uma vez que sem conhecimento e incentivo à parte pode abster-se de lutar por seu direito (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 23).

Nesse sentido, a autora Bruna Malveira Ary (2010, p. 279), menciona que o "formalismo presente na máquina judiciária acentua as desigualdades entre as partes, prejudicando os litigantes ocasionais, especialmente os mais humildes [...]", uma vez que estes possuem pouca experiência com os procedimentos da tutela jurisdicional.

Ademais, os litigantes habituais tem vantagens (GALANTER, 1994, p. 4-5), tais como a experiência de prever resultados por terem participado de outras causas anteriormente, podendo estruturar a próxima atuação e elaboram estratégias com facilidade. Outra vantagem é ter acesso imediato a profissionais especialistas e, pela quantidade de casos, tem custos iniciais baixos para qualquer causa. Não bastasse, os habituais têm oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instituição, inclusive das instâncias decisórias.

O terceiro obstáculo apresentado na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 26-27) são os direitos difusos, na qual as pessoas individuais que possuem um interesse em comum, podem estar dispersas e não possuem oportunidade de se unirem e lutarem juntas pelos seus direitos, sendo assim, a divisão enfraquece e as organizações, ao contrário, se fortalecem unidas.

Insta salientar, que os autores (1988, p. 28-29) atentam para o inter-relacionamento entre tais barreiras e obstáculos, pois todos estão de certa forma relacionados e que quando for atacar deve-se atentar para as possíveis consequências, já que pode gerar desvantagens.

O quarto obstáculo: falta de harmonização e cooperação transnacional

Como relatado acima, Cappelletti traz os três impedimentos ao acesso à justiça existentes em 1988, época em que foi escrita a obra. Contudo, passado os anos, podemos afirmar que um novo obstáculo surge ao acesso à justiça, que é a denegação por falta de harmonização das normas processuais globais e a falta de cooperação jurídica transnacional.

Isso porque, diante do atual contexto mundial globalizado, caracterizado pela crescente mobilidade de pessoas, capitais e serviços, torna-se imperiosa a necessidade de concretude e de expansão dos direitos fundamentais, com especial enfoque no acesso à justiça e à justa e efetiva prestação jurisdicional.

A luta pela efetividade da prestação jurisdicional pressupõe desafios na própria evolução da sociedade democrática global, no sentido de serem assegurados direitos fundamentais, sobretudo, o direito à cidadania processual.

Há de se dizer que as regras relacionadas à jurisdição, execução e ao reconhecimento de sentenças estrangeiras ainda são temas objeto de discussões no âmbito da solidariedade e da cooperação entre os Estados nacionais e, conseqüentemente, do próprio movimento de democratização transnacional à luz da construção normativa do direito internacional privado.

Neste sentido, muitas vezes a pessoa tem seu direito de acesso à justiça negado por falta de harmonização das normas dos Estados ou pela falta de cooperação entre os países em busca da realização do bem maior da pessoa, apresentando-se, atualmente, como o quarto obstáculo ao acesso à justiça.

As ondas de Cappelletti e a quarta onda

Ante esses impasses ao efetivo acesso à justiça encaminharam a busca de soluções práticas para se acatar tais obstáculos e barreiras e buscar ampliar e realizar o acesso da população à justiça esperada. Desse modo, Mauro Cappelletti trouxe soluções para os três primeiros obstáculos aos quais denominou de "ondas" e a separou em três etapas distintas.

A primeira onda: a assistência judiciária gratuita

A primeira onda de reforma do judiciário a fim de proporcionar um efetivo acesso à justiça diz respeito à assistência jurídica aos necessitados. Com isso, os governos da maioria dos países ocidentais se deram conta que não basta apenas dizer "positivar" através de normas os direitos do indivíduo, mas é preciso principalmente que tais direitos sejam realmente reconhecidos e garantidos pelo Estado, de uma forma igualitária.

Nesse sentido, a maior reforma da assistência jurídica foi com a utilização do sistema *judicare*, conforme relata Cappelletti e Bryant (1998, p. 35), no qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei, os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do sistema *judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.

A desvantagem desses sistemas é o fato de não tratar os economicamente desfavorecidos como clientes, se preocupando em apenas dar o auxílio. Desse modo, tal classe é altamente prejudicada, uma vez que precisam ser levadas em conta suas características peculiares para, assim, os advogados particulares pagos para atendê-la possam identificar a verdadeira necessidade de cada um e alcançar resultado efetivo.

De outro lado, os Estados Unidos da América através dos serviços jurídicos do *Office of Economic Opportunity*, criaram um modelo de advogados remunerados pelos cofres públicos.

Este se difere do *judicare* no fato não são advogados particulares, mas sim contratados pelo próprio governo; atendem os pobres em sua comunidade; e buscam orientá-los sobre os seus direitos e criar um desejo de lutar por esses direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 39).

Algumas vantagens surgem do modelo americano, dentre as quais o fato de atacar o problema da falta de informação dos pobres; apoiar os interesses da classe dessa população; criar uma equipe de advogados eficientes capazes de atender aos anseios da classe dos pobres. Assim, concluirão que tais vantagens vão em direção aos pobres para auxiliá-los a reivindicar os seus direitos e criam uma categoria de advogados eficientes para atuar pelos pobres enquanto classe (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 41).

Outrossim, alguns países, como a Suécia, adotaram um modelo combinado com o *judicare* e os advogados remunerados pelos cofres públicos. Nele, como o descrevem os autores (1988, p. 44), se “[...] permite que os indivíduos escolham entre os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mas sintonizados com os problemas dos pobres.”

Portanto, podemos observar que diversos países adotam medidas que entendem serem as mais eficientes para proporcionar uma assistência jurídica àqueles que não possuem condições de arcarem com esse custo. Porém, ainda havia outros obstáculos que precisavam ser vencidos para um real acesso à justiça, o que desencadeou na necessidade de medidas adotadas na segunda onda, a qual será analisada a seguir.

A segunda onda: representação dos direitos difusos

A segunda onda vem trazer uma solução ao problema da representação dos interesses difusos. Primeiramente é preciso entender que o processo civil tradicional foi criado para atender aos interesses individuais de duas partes, porém, os direitos que dizem respeito a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas ficam a mercê desse processo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50)

Dessa feita, surge o termo conhecido como “direito público”, o qual envolve algumas mudanças no sistema judiciário. Uma mudança traz a ideia sobre a legitimidade ativa, a qual permite que “indivíduos ou grupo de pessoas atuem em representação dos interesses difusos”. Outra está relacionada com a ampliação dos conceitos básicos dentro do processo civil, como o de “citação”, o do “direito de ser ouvido” e a transformação do papel do juiz, isto porque, em se tratando de direito difuso não há como citar todos os interessados, nem mesmo permitir que se ouça todos aqueles envolvidos direta ou indiretamente com o litígio. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50)

Assim, para solucionar tal impasse apresenta a necessidade de uma representação dos direitos difusos, uma vez que não há possibilidade de todos os integrantes desses direitos fazerem parte do polo ativo e serem citados individualmente na ação.

Nesse sentido, os governos de vários países agiram com intuito de buscar uma representação adequada para atuar em nome dos interesses coletivos. Com isso, surgiu a

representação pelo Ministério Público em alguns países, como na França, as agências públicas regulamentadoras e outras instituições análogas sustentadas pelo Estado.

Outrossim, cria-se as ações coletivas e as ações de interesse público como outra forma de solucionar a representação dos interesses difusos. A exemplo disso, surgem as *class action* utilizadas nos EUA, as quais permitem que “um litigante represente toda uma classe de pessoas, numa determinada demanda” e com isso, faz com que não seja necessário a criação de uma organização permanente (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 60).

O ordenamento jurídico brasileiro instituiu o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, consoante ao disposto no artigo 127, caput, da Constituição Republicana de 1988. Ademais, suas funções, conforme previsto no artigo 129, da referida Constituição, *in verbis*, tem um importante papel na busca pela efetivação do acesso à justiça:

Assim, evidencia que tal instituição fará com que os interesses coletivos e difusos não sejam mais um obstáculo ao efetivo acesso à justiça pelos indivíduos, uma vez que irá representá-los em ação civil pública para que seus direitos sejam garantidos e protegidos.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, criado pela Lei nº 8.078, em 11 de setembro de 1990, positiva a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública, em seu artigo 82. Além disso, em seu artigo 1º, 2º e 6º, prevê a proteção ao grupo de pessoas que são vulneráveis dentro do mundo capitalista, os consumidores, elencando os seus direitos.

Existem, na estrutura do Ministério Público, câmaras especializadas na defesa de diversos direitos, como consumidor cidadania, urbanismo e meio ambiente, infância e juventude (CASTILHO, 2006, p. 29).

Dessa forma, observa-se a grande contribuição desta instituição no Brasil na luta por um efetivo acesso à justiça, na medida em que presta assistência aos que se encontram “desprotegidos”, como crianças e adolescentes, idosos, consumidores, e até mesmo o meio ambiente.

A terceira onda: novo enfoque ao acesso à justiça

Apesar de todas as soluções criadas na primeira e na segunda onda para se obter um efetivo acesso à justiça, estas não foram suficientes e, ainda, era perceptível que havia uma necessidade ir além ao que o sistema judiciário propunha. Nesta senda, alude Cappelletti e Garth (1988, p. 70), que “poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário”.

Esse novo enfoque ao acesso à justiça vai se preocupar em distinguir os diferentes tipos de litígios e procurar um meio eficaz de solucioná-lo. Dessa feita, esse enfoque (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71) encoraja a realização de reformas, como alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou criação de novos tribunais,

o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

Nesse pormenor, há também o obstáculo processual ao movimento de acesso à justiça. Este, diz respeito ao fato que nem sempre o Poder Judiciário, através do tradicional processo judicial, trará uma solução eficaz ao conflito apresentado. Neste contexto, busca-se nos métodos alternativos a efetivação do direito proposto.

Contudo, Cappelletti (1994, p. 88) propõe uma conscientização da sociedade moderna a fim de que ela encontre motivos sólidos para preferir os meios alternativos. Dessa forma, aduz que tais motivos "incluem a própria essência do movimento de acesso à justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores a população".

Nesse toar, a preocupação não deve apenas estar pautada em criar meios alternativos, mas sim em conscientizar toda população de que métodos paralelos à via judicial podem trazer a real efetivação de um direito e, por conseguinte, do direito ao acesso à justiça. Em que pese, não adianta apenas proporcionar esses métodos é preciso apresentá-los e informar a sociedade de que eles podem vantajosos em detrimento da via judicial.

Ademais, propõe entraves a essa proposta que devem ser encarados, os quais sejam: qual a melhor instituição a ser utilizada em cada caso; quais as ideias para se trabalhar nessas instituições. Outra questão que chama atenção diz respeito à determinação de padrões e garantias mínimas a serem postas nos métodos alternativos de órgãos julgadores e procedimentos (CAPPELLETTI, 1994, p. 89).

Tais métodos já são utilizados tantos nos países ocidentais como nos orientais e têm-se obtido resultados positivos. A título de exemplo tem-se o Canadá com os seguintes movimentos: "mediação judicial" feita por um juiz, diferente do julgador, com intuito de intermediar acordos; "mediação nas causas familiares"; "remessa obrigatória à mediação" (CAPPELLETTI, 1994, p. 84).

Em uma perspectiva diversa, analisa-se a questão apresentada baseando-se na filosofia, da qual o acesso à justiça se enquadra numa tentativa de acrescer uma dimensão "social" ao Estado de Direito, sendo "uma filosofia para a qual os pobres fazem jus a representação e informação, [...] enfim, uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em que tais alternativas possam ajudar a tornar a Justiça equitativa e mais acessível.", consoante ao mencionado por Cappelletti (1994, p. 96).

Para concluir, devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedentes (CAPPELLETTI; GARTH, 1994, p. 94).

Nesse sentido, nota-se que as reformas sugeridas para o sistema legal não incluem apenas alterações dentro da máquina judiciária, ao contrário, grande parte dos reformadores buscam alternativas que devem ser utilizadas paralelamente, sem que o Judiciário tradicional seja anulado. Ao mesmo tempo em que a conciliação e a mediação extrajudiciais são apontadas como caminhos para a superação das barreiras ao acesso à justiça, a criação de “tribunais populares” permitem a ampliação da participação das partes no procedimento e reduzem o abismo cultural e psicológico entre os tribunais e os litigantes. Sua criação apresenta-se como grande avanço na busca do acesso efetivo, o que evidencia a concomitância das propostas judiciais e extrajudiciais.

Ademais, Paulo Cezar Santos Bezerra (2008, p. 140) alude “que o processo gera, inexoravelmente, mais conflito social, que as decisões nem sempre refletem justiça; que a parte sucumbente no processo, alimentará, sempre, um gosto amargo de derrota frente a que litiga no polo da relação jurídica processual”.

Dessa forma, um efetivo acesso à justiça pode não ser alcançado em uma tutela jurisdicional ou em uma decisão judicial, mas sim através de meios alternativos de resolução de conflitos.

A quarta onda: o acesso à justiça transnacional

Podemos propor como quarta onda o acesso à justiça transnacional por meio da harmonização dos sistemas jurídicos internacionais, para que se conduza a uma reflexão sobre a necessidade de se construir, no plano internacional relações de confiança, baseadas na incorporação de valores fundamentais comuns capazes de orientar o exercício da solidariedade nas interações transfronteiriças.

Tal harmonização parte da ideia de que a comunidade internacional compartilha de um mínimo universalizável de valores básicos, encontrando por alicerce os direitos humanos. Sendo assim, são criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, em prol da promoção e da proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 71).

A primazia da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador da prática jurídica de conexão mundial, devendo ser adotada como parâmetro de valoração orientador da interpretação e compreensão do sistema de valores fundamentais, em âmbito processual transnacional.

Os direitos humanos de dimensão internacional foram inseridos nas Constituições nacionais, o que propiciou a preconização do acesso à justiça como princípio fundamental e o conseqüente reconhecimento da obrigação de os Estados cooperarem juridicamente entre si com o escopo de realização e de proteção dos direitos humanos, em especial do direito de acesso à justiça em escala transnacional.

Temos no cenário mundial consagração de recentes instrumentos de soft law, dentre os quais se destacam os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS)³, que apontam a elevação da ideia de cooperação jurídica internacional ao patamar de princípio geral do processo civil internacional. Os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS) estabelecem padrões mínimos para garantir o acesso à justiça, sem discriminação por nacionalidade ou residência. O instrumento em voga promove uma ruptura com os ditames formalistas, preconizando a flexibilização da aplicação e da interpretação de seus vetores. Intenta estimular esforços multilaterais dos Estados no aprimoramento de técnicas de cooperação e de apoio internacionais.

Portanto, a harmonização jurídica transnacional pode ser alcançada, de modo a assegurar a continuidade e a uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas. Para tanto, mister se faz promover e garantir a estabilidade do fenômeno jurídico multifacetado, por meio da unidade valorativa entre os diversos sistemas processuais interessados, adequando seus métodos processuais ao conjunto de princípios de direitos fundamentais.

Conclusão

Conclui-se que o acesso à justiça é um direito fundamental que vai além do mero acesso ao judiciário. Assim, devido aos inúmeros conflitos transnacionais existentes na sociedade atual, é imprescindível que o acesso à justiça seja efetivado também em âmbito internacional. Para tanto é necessário ocorra uma harmonização dos sistemas jurídicos internacionais, através da qual os Estados se comprometem a garantirem uma unidade de valores básicos, adequando seus métodos processuais ao conjunto de princípios de direitos fundamentais universal.

Referências

- ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- ARY, Bruna Malveira; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Reformas do judiciário, desigualdade e formalismo: obstáculos a efetividade do acesso à justiça. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

³ Instrumento aprovado pela Assembleia Geral da ASADIP, na reunião realizada em Buenos Aires, no dia 12 de novembro de 2016.

- CAMARGO, Solano de. Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição? 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP. 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CASTILHO, Ricardo. Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca e GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Item 20. v. I.
- FARIAS, Jéferson Albuquerque. Garantia de Acesso à justiça. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. São Paulo, v. 12, n. 77, maio/jun, p. 49-61, 2012.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Argentina: Zavalía, 2003, p. 203.
- HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Trad. de Marcos Augusto Maliska e Eise Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Coleção Fórum ANAPE. v. 2.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. rev., atual, e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. Scientia Iuris. Londrina, v. 10, p. 225-242, 2006.
- RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Acesso à justiça: elementos para uma definição de justiça participativa. Intertemas, v. 11, 2006.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SANTOS, Ricardo Goretti. Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.
- SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. Manual de teoria da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. O significado constitucional do acesso à justiça. Revista brasileira de direito constitucional. São Paulo, n. 7, v. 2, p. 144-160, jan/jun, 2006.
- TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2013
- TRISTÃO, Martins Ivan; FACHIN, Zulmar. O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos. Scientia Iuris. Londrina, v. 13, p. 47-64, 2009.
- ZANETI JR., Hermes. A Constitucionalização do Processo: o Modelo Constitucional da Justiça Brasileira e as Relações entre Processo e Constituição. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.

A eficácia das decisões judiciais proferidas nas ações coletivas para concretização de políticas públicas: análise da Ação Civil Pública 0150735-64-2008-8.26002

Livia Mayer Totola Britto¹

Lorena Rodrigues Lacerda²

Tatiana Mascarenhas Karninke³

Resumo: O presente trabalho teve por escopo analisar a eficácia da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no bojo da Ação Civil Pública nº 0150735-64-2008-8.26002, como forma de concretização do direito social à educação de crianças com idade para frequentarem creches e pré-escolas no Município de São Paulo. Por meio da pesquisa, pretendeu-se analisar os caminhos judiciais e extrajudiciais percorridos pelos autores da ação desde os anos de 2008 até o acordo realizado em setembro de 2017, entre a Prefeitura Municipal de São Paulo e as associações representativas, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; Direito à educação; Intervenção judicial; Políticas públicas; Análise de caso.

Introdução: Dimensão histórica dos direitos sociais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu um significativo avanço na positivação dos direitos sociais como direitos fundamentais, tornando referidos direitos cada vez mais exigíveis.

Referido avanço originou-se da transição do Estado Liberal para o Estado Social, que promoveu significativas alterações do papel do Estado perante a sociedade impondo-lhe a incumbência de promover a efetivação dos Direitos Sociais ao atuar sobre a realidade social com o objetivo de modificá-la. Conforme salienta Ada Pellegrini Grinover:⁴ "Nesse quadro o direito existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos

¹ Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

⁴ GRINOVER, 2017, p. 425.

fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social.”

Nessa mesma época, demandas objetivando a implementação de direitos sociais aumentaram, acarretando a ampliação dos debates entre os Poderes Executivo e Judiciário, tendo em vista que este último poder se concretizou como protagonista na arena política, em razão da reformulação do texto constitucional.

Para Suzana H. da Costa,⁵ o Poder Judiciário: “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.”

O Poder Judiciário passou, portanto, a desempenhar uma postura no sentido de entender as normas programáticas como sociais, proferindo decisões de significativos níveis de justiciabilidade, levando a um acentuado ativismo judicial, até então não exercido no Estado Liberal.

Direito Social à Educação e a ausência de vagas em creches e pré-escolas.

O Direito à educação consagrou-se, a partir da Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental social positivado em seu art. 6º,⁶ cujo cumprimento e efetivação são de atendimentos prioritários, nos termos do art. 208, inciso IV⁷ e art. 227, da CF/88,⁸ haja vista ser garantidor de outro direito fundamental, o direito ao trabalho dos pais ou responsáveis pela criança, previsto no art. 7º, XXV, CF/88.⁹

À vista disso, como forma de regulamentação, foi editada, em 1996, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação (Lei nº 9.394/96), cujo objetivo era proporcionar a criação de planos nacionais estabelecendo metas a serem cumpridas pelo Poder Executivo e, por conseguinte, exigidas pelos cidadãos no caso de omissão.

Após a edição da aludida lei, foi criado, em 2001, o Plano Nacional de Educação - PNE (Lei nº 10.172/2001), estabelecendo metas de atendimento em creches e pré-escolas a serem alcançadas até o ano de 2011. O referido plano estipulou que, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da população na faixa etária de creches (0 a 4 anos incompletos) e 80% (oitenta

⁵ COSTA, 2017, p. 452.

⁶ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; [...]

⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas.

por cento) da população na faixa etária de pré-escola (4 anos completos a 6 anos) deveriam estar matriculadas até 2011.¹⁰

A fim de conferir maior efetividade à implementação desse direito, o Município de São Paulo editou, em 2006, a Lei nº 14.127/2006 que impôs a obrigação de a Municipalidade registrar as solicitações de vagas em todas as unidades de ensino, bem como divulgar informações sobre a demanda escolar, permitindo-se, assim, a verificação da demanda não atendida.

Em 2014, após o término da vigência do Plano Nacional de Educação editado em 2001, o Governo Federal, com o objetivo de adequar a implementação do direito social à educação às novas exigências compatíveis com a realidade social, editou novo Plano Nacional de Educação, com vigência entre 2014 a 2024, Lei n. 13.005/2014, estabelecendo 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% (cinquenta por cento) das crianças de 0 a 3 anos em creches.

No Município de São Paulo os dados retirados dos Censos Demográficos revelam que o Município não atende aos planos de metas regulamentados pelo Governo Federal há muito tempo.

Conforme ressalta Heloisa Couto dos Santos:¹¹

[...] de acordo com o Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, residiam no Município de São Paulo, 714.891 crianças com idade de matrícula em creche e 298.503 com idade de matrícula em pré-escola. No mesmo ano, de acordo com o censo escolar (MEC/INEP), existia no Município de São Paulo, somando-se as instituições públicas e privadas, 245.182 matrículas em creche e 252.206 matrículas em pré-escolas.

Em breve análise, se vê que as matrículas registradas em creche correspondem a apenas 34,3% das crianças na faixa etária. Os dados oficiais relatam que a demanda não atendida chegou, em junho de 2012, a 148.185 crianças com idade até 4 anos incompletos e 6.328 crianças com idade entre 4 e 6 anos incompletos, totalizando 154.513 crianças.

[...]

Os dados analisados em 2011 mostraram que 321.524 crianças, com idade de até 4 anos incompletos, não se encontravam, nem matriculadas, nem cadastradas. Em 2014 o Município ofereceu vagas para apenas 39% da população.

Dessa forma, a fim de solucionar a deficiência de atendimento da demanda escolar de crianças em idade de frequentarem creches e pré-escola, e, após diversas tentativas infrutíferas de diálogo entre o Movimento Creche e o Poder Público,¹² foi proposta em 2008, a Ação Civil Pública nº 0150735-64.2008-8.26002, pelas entidades representativas do aludido movimento.

O objetivo inicial da demanda consubstanciava-se nos seguintes pedidos:¹³ (i) obrigação de fazer consistente na construção de creches para atender 736 crianças adiante arroladas;

¹⁰ RIZZI, 2014, p. 8.

¹¹ SANTOS, 2017, p. 558.

¹² “Entre 2007 e 2008, assim, diversas tentativas de diálogo foram tentadas e os responsáveis pela expansão da rede de educação infantil não se mostraram dispostos nem a discutir suas ações nem a tornar públicos seus planejamentos”. RIZZI, 2014, p. 13.

¹³ Ibid., p. 13-14.

(ii) obrigação de fazer consistente na apresentação em apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) no Município de São Paulo, de forma a atender, com garantia de qualidade, toda a demanda oficialmente cadastrada, respeitados os patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei nº 10.172/2001), a serem alcançados até 2011, tudo conforme o melhor interesse das crianças; (iii) obrigação de fazer consistente na ampliação de vagas e construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) no Município de São Paulo, nos termos do plano referido no pedido de mérito anterior, de forma a atender, com garantia de qualidade, toda a demanda oficialmente cadastrada, respeitados os patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei nº 10.172/2001), a serem alcançados até 2011; (iv) imposição de multa diária não inferior a R\$ 10,000,00; (v) indenização às crianças cujo direito à educação vinha sendo violado, por danos morais e materiais difusos.

A ação foi extinta inicialmente sob o fundamento sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que o Poder Judiciário não poderia invadir a discricionariedade administrativa. Na fundamentação da sentença extintiva estava a justificativa de que:

Não cabe ao Poder Judiciário [...] obrigá-la [a administração pública] a apresentar plano para ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil. [...] O princípio da separação funcional dos poderes (Art. 2º, Constituição Federal) deve ser mantido.¹⁴

Em face dessa decisão¹⁵ foi interposta apelação, que foi julgada em maio de 2009 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo acórdão anulou a sentença de primeiro grau e determinou o retorno dos autos à primeira instância para instrução e novo julgamento.

Todavia, ao retornar à primeira instância, a Ação Civil Pública foi processada e, em 2012, foi proferida nova sentença que também extinguiu o feito sem resolução de mérito, com relação ao pedido de obtenção de vagas para 736 crianças, uma vez que os referidos menores já se encontravam matriculados em instituições de ensino, bem como determinou a improcedência dos demais pedidos de obrigação de fazer, pagamento de multa e indenizações às crianças.

Diante deste cenário, as entidades autoras da ação civil pública interpuseram novamente recurso de apelação reiterando o pedido principal contido na inicial, qual seja, criação de 150.000 vagas em creches e pré-escolas.

Ao apreciar o recurso de apelação, em abril de 2013, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela conversão do julgamento em diligência, remetendo-se os autos ao setor de conciliação.

Após tentativa de conciliação infrutífera, o Desembargador Relator Samuel Junior designou, em medida pioneira, audiência pública em que foram ouvidas as partes, especialistas em educação infantil e representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública.

¹⁴ Ibid., p. 14.

¹⁵ Ibid., p. 14-15.

Segundo Ester Gamardella Rizzi e Salomão Barros Ximenes,¹⁶ na audiência pública foram demonstradas as dificuldades encontradas pela população para a obtenção de uma vaga em creche pública. A defensoria relatou a enormidade de ações que propunha diariamente para obtenção de vagas que não existiam. Todavia, na referida audiência não se chegou a um acordo, uma vez que a criação de 43 mil vagas que foi oferecida pela Municipalidade não era suficiente para atender a demanda escolar na faixa etária.

Assim, diante da impossibilidade de uma solução consensual do conflito a Apelação nº 0150735-64.2005-8.26002 foi julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 16 de dezembro de 2013, que decidiu por dar parcial provimento ao recurso, condenado o Município de São Paulo: (i) a criar 150.000 vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo, em 03 (três) anos, entre os anos de 2014 e 2016, para crianças de 0 a 5 anos de idade, disponibilizando-se 50% nos primeiros 18 meses, das quais 105 mil seriam em tempo integral em creches para crianças de 0 a 3 anos de idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantindo a qualidade da educação infantil; (ii) em obrigação de fazer consistente em incluir na proposta orçamentária a ampliação de rede de ensino atinente à educação infantil; (iii) a apresentar no prazo de 60 dias, de plano de ampliação de vagas e de construções de unidades de educação infantil para atendimento da obrigação de oferta de vagas determinadas; (iv) determinou, ainda, que a obrigatoriedade de o Município apresentar relatórios semestrais para informar o atendimento das medidas tomadas para cumprimento da decisão, bem como o acesso a esses relatórios pela Coordenadoria da Infância e Juventude, a quem caberia a tarefa de fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, a forma de acompanhamento da execução da decisão; (v) não foram determinadas metas ou penalidades no acórdão para o caso de descumprimento, mas restou alertada a possibilidade de fixação de multa pelo juízo condutor da execução provisória, caso necessário.¹⁷

Mudança do padrão decisório do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O contexto da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0150735-64.2008-8.26002, naquele momento, acarretou sensível mudança de padrão decisório pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e, por conseguinte, intervenção judicial nas políticas públicas adotadas pelo Município acerca do direito à educação.

A ação coletiva possibilitou ao Poder Judiciário ter uma visão macro do sistema de educação infantil no Município de São Paulo. Na maioria das vezes as demandas individuais propostas, até então, apenas alteravam a ordem de espera e, assim, conseqüentemente, o Judiciário ficava incapaz de ampliar efetivamente a garantia do direito à educação para a população.

¹⁶ Ibid., p. 19-20.

¹⁷ A decisão pode ser encontrada em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>>.

No Município de São Paulo a busca pela efetivação do direito à educação vinha sendo perquirida tanto pela propositura de ações individuais, que visavam a obtenção de vagas nas creches e pré-escolas, os chamados “fura filas”, como pelo ajuizamento da Ação Civil Pública em referência.

Segundo Susana Henriques da Costa,¹⁸ de acordo com a perspectiva procedimental, o acesso individual à justiça das crianças (e genitores) que não tinham vagas em creches e pré-escolas fornecidas pelo Município era bastante restrito, pois a maior parte das crianças e genitores que se encontram dentro desta parte da litigância não conhecia os seus direitos, não conhecia os responsáveis por sua violação, as instituições hábeis a fazê-lo juridicamente, não chegando, por esses motivos, às vias judiciais.

Ademais, o tratamento individualizado projeta-se apenas no caso concreto, do direito social do autor. As ações propostas individualmente objetivam apenas conseguir vagas nas instituições de ensino ou entrar na lista de espera “furando” a fila, ou seja, não há uma solução efetiva do problema. Isto porque, na análise destes pedidos o judiciário concede aos autores o direito pleiteado, o que impede uma visão macro do problema, que só pode ser alcançado por meio das ações coletivas. Também há interferência no planejamento da política pública em curso, uma vez que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais.

Também de acordo com a citada autora Susana Henriques Costa,¹⁹ observa-se que a litigância coletiva tem potencial para superar os problemas identificados na demanda individual possibilitando reforma estrutural do conflito perante o Poder Judiciário. Traz contradições sociais para o seu equacionamento permitindo a análise de toda a política pública *sub judice*, suas limitações estruturais e orçamentárias. Permite uma decisão mais completa, adequada à realidade, e com maior legitimidade política.

Além disso, ao determinar a criação de 150.000 vagas para crianças em idades de creche e pré-escola, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo revela um exemplo clássico de que, na atualidade, o papel do Juiz não se resume mais ao de mera “boca da lei”, como era no liberalismo clássico.

Ao contrário, o papel hoje desempenhado pelo juiz e órgãos colegiados pode ser considerado de verdadeiro agente político, uma vez que suas decisões acabam por interferir diretamente nas políticas públicas adotadas pelos agentes políticos eleitos pelo povo, nos Municípios e Estados da Federação. E, exercendo este papel, as suas decisões acabam por modificar ou alterar a alocação de recursos financeiros.

Isto se deve ao fato de que nas ações coletivas que objetivam implementar políticas públicas trabalha-se com interesses públicos de ambos os lados da relação processual. De um lado, os litigantes coletivos que objetivam a concretização de um direito constitucionalmente

¹⁸ “Partindo do número oficial da Secretaria Municipal de educação, de que havia mais de 160 mil crianças na fila de espera para a vaga em creche em setembro de 2014, o montante de 140 mil determinações judiciais de inclusão recebidos pelo município representa cerca de ,73% dessa litigância”. COSTA, 2017, p. 462.

¹⁹ *Ibid.*, p. 464-465.

previsto e, de outro, o Poder Público que também invoca interesses e direitos sociais como defesa para se eximir do cumprimento da obrigação exigida.

Neste impasse, o juiz acaba interferindo em um destes interesses e, por conseguinte, beneficiando outro, o que acarreta, muitas vezes, um papel político do magistrado ao eleger um interesse mais relevante e que merecerá no caso a proteção. E desempenhando esta atividade o magistrado acaba não apenas aplicando um direito ao fato, pois dentre as suas escolhas e convicções concebe uma opção política, exercendo, portanto, um poder semelhante aos representantes da sociedade.

Todavia, tendo em vista que a proteção de um direito social, nestas ocasiões, acarretará uma violação a outro direito, que também é importante, as decisões judiciais devem obedecer a certos critérios como ao da proporcionalidade, da adequação, da exigibilidade e da busca pelo interesse público, a fim de que se tornem legitimadas a produzirem efeitos concretos na efetivação dos direitos constitucionais tutelados.

Conforme salienta Sérgio Cruz Arenhart:²⁰ “[...] toda esta consideração impõe a adequada interpretação do texto constitucional pelo magistrado. Esta interpretação não se assenta em critérios aleatórios do juiz, mas deve fixar-se em elementos sólidos hermenêuticos.”

Diante disso, de acordo com a aplicação do princípio da proporcionalidade três aspectos, segundo o mencionado autor²¹, devem ser considerados: a proporcionalidade em sentido estrito (apresentar o resultado mais vantajoso, que obtenha o melhor resultado), adequação (sempre se deve optar pelo meio mais adequado para a solução do conflito) e a exigibilidade (menos sacrifício possível ao outro interesse), considerando-se a finalidade dos dispositivos legais em conflito.

Conforme ressalta Susana Henriques da Costa,²² a função judicial politizada deve ter uma postura: (i) Consequencialista: ponderação dos efeitos sobre os efeitos materiais da sua decisão à sociedade; (ii) Estratégico: postura adotada na execução de decisões envolvendo a implementação da política pública e; (iii) Mediador : quando decide pela reforma estrutural do Estado, por exemplo, reestruturação do sistema educacional, será o grande mediador desta transformação possibilitando uma necessária interlocução entre as instituições envolvidas para o cumprimento da decisão da melhor forma possível.

A nova forma de atuar exige do magistrado não mais uma atuação de mera aplicação da lei, mas sim que tenha consciência do seu papel enquanto autoridade incumbida de mudar a realidade. E para que tal papel não extrapole os limites de sua atuação deve o magistrado pautar-se no balanceamento dos direitos fundamentais em jogo, pois só assim a intervenção judicial em políticas públicas estará legítima e apta a surtir efeitos concretos na evolução do atendimento dos interesses sociais envolvidos.

Ademais, dentro desta nova perspectiva, observa-se que o modelo clássico de separação de poderes em que ao Poder Executivo cabe administrar, ao Legislativo, legislar,

²⁰ ARENHART, 2009, p. 05.

²¹ Ibid., p. 04.

²² COSTA, 2017, p. 403.

e ou Judiciário, aplicar a Lei ao caso concreto, não se mostra mais adequado à realidade social, pois sempre que ajuizadas demandas que envolvam a análise de políticas públicas caberá ao Poder Judiciário intervir na política e plataforma de governo adotada pelo Chefe do Poder executivo.

Assim, conforme salienta Sérgio Cruz Arenhart,²³ a adequada tutela coletiva impõe rever a noção clássica da tripartição dos poderes do Estado, bem como o de se impedir que o Judiciário possa agir como “legislador positivo”, a fim de suprir a omissão legislativa.

Enfatiza o mencionado autor que²⁴:

[...] o sistema adotado no Brasil não é o da “separação de poderes”, mas sim o do *balanceamento dos poderes*. Ou seja, o direito nacional não concebe a vedação e o Judiciário controlar atividades de outros “poderes” – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais.

Ou seja, sob esta atual perspectiva, a atuação dos magistrados não pode ser a de simples substituição ou alteração de política pública com base em seus critérios pessoais de convicção. Pelo contrário, suas decisões devem ser pautadas em critérios constitucionais e legais, havendo, inclusive, para o alcance deste desiderato, a necessidade de conscientização dos mesmos acerca do papel político que desempenham, revisando os pressupostos e dogmas em que opera o Judiciário Nacional.

Também não se demonstra mais adequada a premissa de que ao Poder Judiciário é vedado adentrar na análise do mérito administrativo a fim de promover um controle de discricionariedade dos atos administrativos emanados pelo Poder Executivo.

Isto porque, conforme leciona o mencionado autor Sérgio Cruz Arenhart²⁵ que:

De fato, a discricionariedade dada pela lei ao administrador apenas pode ser vista como espaço para, diante do caso concreto, eleger ele a solução mais adequada. Se a discricionariedade tem o papel de amoldar a exigência da lei à realidade do caso concreto é evidente que sua existência somente se justifica na medida em que o administrador possa, diante das circunstâncias concretas, adotar a solução mais perfeita e correta para realização da intenção da lei.

Dessa forma, fica evidente que se adotada uma opção ruim pelo administrador por não ter observado as melhores soluções possíveis que a situação recomendaria, poderá o Poder Judiciário intervir para o controle judicial da medida.

Por outro lado, observa-se que quando o judiciário intervém na discricionariedade administrativa, principalmente em casos de omissão em que se determina a concretização de um direito social constitucionalmente previsto, há correspondente dispêndio de verba

²³ Ibid., p. 08.

²⁴ Ibid., p. 09-10.

²⁵ ARENHART, 2009, p. 13-14.

pública. Em alguns casos esta verba estará indisponível e inexistirá o que se costuma chamar de reserva do possível, limitador da atuação Estatal.

Todavia, a alegação da reserva do possível possui uma limitação, eis que não pode ser oposta ao que se convencionou chamar de mínimo existencial, que é o conteúdo mínimo dos direitos constitucionalmente garantidos, que permite e determina a justiciabilidade e o seu cumprimento imediato.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues:²⁶

É claro que na análise da reserva do possível e o mínimo existencial será necessário ter muito clara a situação em concreto levada ao Poder Judiciário para perquirir e fazer com razoabilidade e proporcionalidade se a situação narrada na demanda judicial envolve a necessidade de proteção de um direito fundamental relacionado intimamente à existência, à dignidade da pessoa, àquilo que não se admite de forma alguma possa ser negado a um cidadão, e, por outro lado, se existe cabal demonstração de uma limitação financeira do Estado que é impeditiva da concretização da política pública controlada judicialmente, ou seja, a reserva do financeiramente possível.

Ou seja, a decisão jurisdicional para resolução dos conflitos envolvendo direitos difusos precisa estabelecer um patamar mínimo, um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, pois somente este mínimo é que pode ser exigido do Estado.

É certo que a reserva do possível, constitui limite à atuação do Poder Judiciário, pois na análise das ações que objetivam programar políticas públicas referido Poder sempre terá que levar em consideração a viabilidade de concretização de outros direitos também resguardados pelo Texto Constitucional.

Mas o limite imposto pela cláusula da reserva do possível não é absoluto, pois embora o Poder Judiciário não possa exigir a concretização de determinados direitos quando o Estado não disponha de recursos financeiros para tal desiderato, este último não pode se eximir de sua responsabilidade alegando ausência de disponibilidade financeira, uma vez que a implementação de políticas públicas pode ser realizada de forma gradativa.²⁷

Isto porque, segundo Sérgio Cruz Arenhart:²⁸ “[...] mesmo diante da “reserva do possível”, jamais será admissível que o Estado abandone simplesmente um interesse fundamental.”

O magistrado sempre terá, portanto, que verificar se a decisão a ser proferida, embora tenha por objetivo resguardar os direitos constitucionais exigidos judicialmente, não inviabilizará a concretização de outros direitos também tão importantes e do mesmo

²⁶ RODRIGUES, 2017, p. 104-105.

²⁷ Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet: A habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre a destinação de recursos públicos, aqui se revelam de mais difícil aceitação. Note-se que, de acordo com o art. 212 da Constituição, a União não poderá aplicar menos do que 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] Tudo isso demonstra que as competências na esfera do ensino, já estão definidas em nível constitucional, de tal sorte que tais aspectos não podem ser invocados como objeções ao reconhecimento de um direito subjetivo à educação fundamental. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p 651.

²⁸ ARENHART, 2009, p. 17.

patamar. Mas, em contrapartida, não pode o Poder Público eximir-se da implantação de políticas públicas determinadas judicialmente que assegurem a efetivação de direitos que compõem o mínimo existencial, alegando a reserva do possível.

Eficácia da decisão proferida nos autos da ação civil pública

Por fim, cumpre analisar a efetividade destas decisões judiciais na mudança da realidade social e concretização dos direitos sociais fundamentais, seja por meio da adoção do método dialogal, de técnicas processuais que se adequam a esta nova possibilidade de atuação judicial, ou pelas alterações ocorridas sociais durante a tramitação e execução das decisões envolvendo as macro lides.

No que se refere ao método dialogal, observa-se que desde os litígios desenvolvidos na década de 50 do século passado, foi-se afirmado, no direito norte-americano, o reconhecimento da existência de uma importante categoria de litígios de direito público.

Segundo enfatiza Ada Pellegrini Grinover:²⁹

[...] foi se afirmando o reconhecimento de existência de uma importante categoria de litígios de direito público, que deve ser diferenciado não só da tutela processual destinada a solucionar conflitos privados, mas até da maioria da tutela coletiva, pois agora o diálogo que se estabelece no processo tem natureza institucional envolvendo outros 'poderes' estatais. A decisão não mais versa sobre fatos passados aos quais aplicar a lei, mas projeta-se para o futuro, numa dimensão prospectiva. A ordem do juiz não deve ser mais pague ou faça, mas uma mera indicação dos fatos a serem empreendidos para que se chegue ao resultado pretendido pela sentença.

De acordo com esta nova postura, o diálogo entre as partes tornou-se essencial para a construção da sentença, ampliando-se o contraditório com audiências públicas e também com a intervenção de terceiros como *amicus curiae*. O juiz também deve ser auxiliado por assessoria especializada que busque informações junto ao Poder executivo, a fim de que o provimento jurisdicional, no caso de ausência de acordo entre os litigantes, torne-se possível e que a decisão a ser cumprida seja justa, equilibrada, e exigível.

Faz-se necessária, inclusive, a adequação da decisão proferida à nova realizada, com a possibilidade de sua flexibilização, bem como a participação da administração mediante planejamentos aprovados pelo juiz, que deve acompanhar a execução diretamente ou mediante terceiros devidamente habilitados.

No entanto, no Brasil os Tribunais em geral não têm observado esta questão. Na maioria das vezes o cumprimento da sentença condenatória, tem sido difícil e frequentemente inexecutável.

Por estes motivos, observa-se que, no caso em análise, apesar de a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Ação Civil Pública nº 0150735-64-2008-8.26002 ter

²⁹ GRINOVER, 2017, p. 445.

estabelecido metas a serem cumpridas pelo Poder Executivo, ao invés de determinar a forma de execução da decisão, não pode ser considerada de grande efetividade em razão dos seguintes motivos: (i) falta de verba no orçamento; (ii) ausência de apresentação do plano efetivo de ampliação de vagas e de unidades de educação infantil, cujo prazo era de 60 dias após a publicação da decisão; (iii) necessidade de realizar desapropriação para obtenção de espaço para a construção de novas creches.

De acordo com Susana Henriques da Costa:³⁰

Em processo visando a implementação de políticas públicas, em especial os processos coletivos, a rigidez do sistema processual é apontada como prejudicial à tutela jurisdicional. É que demandas coletivas voltadas à criação ou redefinição de políticas públicas, em regra, consubstanciam direitos difusos, dada sua natureza indivisível (universalidade) e a indeterminabilidade de seus titulares. Uma característica dos interesses difusos é sua contingencialidade. São interesses essencialmente mutáveis e dinâmicos e, por conta disso, a tutela jurisdicional que inicialmente se revelaria apta a protegê-lo não raro se mostra ineficaz com o passar do tempo.

Segundo a mencionada autora,³¹ as regras não flexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo costumam não ser insuficientes para lidar com a mutabilidade inerente dos direitos difusos, uma vez que o pedido originariamente realizado pode, com o passar do tempo, não mais ser apto a resolver a crise de direito material trazida para a apreciação jurisdicional, eis que esta crise pode passar a demandar outro tipo de prestação protetiva, em função da alteração da causa de pedir. Nessa mesma ótica, a coisa julgada, considerada como a preclusão máxima do processo, caracteriza-se pela imutabilidade dos efeitos da decisão prolatada (material) e não mais sujeita a recursos (formal). Essa decisão, cujos efeitos são imutáveis, diante da enorme contingência de processos que envolvem políticas públicas, pode se mostrar ineficiente por conter comandos não mais necessários em razão da alteração da realidade fática.

O processo civil brasileiro precisa, portanto, reestruturar-se tecnicamente a fim de garantir a tutela adequada aos litígios coletivos envolvendo políticas públicas, sem deixar de observar, evidentemente, os valores resguardados pelos modelos vigentes referentes à segurança jurídica e à celeridade.

Nesse sentido já se observa, no Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas a possibilidade de adaptação da decisão transitada em julgado às peculiaridades do caso concreto pelo juiz da execução,³² cuja redação, ainda que seja um pouco genérica, "identifica

³⁰ COSTA, 2017, p. 414.

³¹ *Ibid.*, p. 414-415.

³² Art. 20 [...] Parágrafo único – O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente. *Ibid.*, p. 417.

a insuficiência do modelo atual rígido para o tratamento de políticas públicas, bem como propõe a flexibilização das regras interpretativas da coisa julgada”.³³

No caso em análise, apesar de passados aproximadamente dez anos da propositura da Ação Civil Pública nº 0150735-64-2008-8.26002, observa-se que a concretização do direito social à educação no Município de São Paulo, para atendimento de crianças na faixa etária de frequentarem creches e pré-escolas, ainda está longe de suprir a crescente demanda de atendimento.

Neste período, o cumprimento da decisão passou pelos governos de Gilberto Kassab (2005 a 2012), Fernando Haddad (2013-2016) e, atualmente, está sob o comando de atuação do Prefeito João Doria (2017-2020). Estas mudanças de administração e seus respectivos planos e programas de campanha entregues à Justiça Eleitoral, por ocasião dos registros de candidaturas, devem ser consideradas como fatores importantes para o descumprimento da decisão, haja vista que cada um dos três agentes políticos formularam programas distintos e que não abrangiam o cumprimento integral do direito resguardado na ação.

Ademais, não se pode deixar de considerar que durante uma década de tramitação ocorreram diversas mudanças na realidade social e na necessidade de atendimento do direito à educação no Município, fazendo-se necessária a adaptação do caso à nova demanda social.

Hoje, a Ação Civil Pública em referência encontra-se no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça para apreciação, respectivamente, de recursos Extraordinário e Especial, tramitando em segredo de justiça.

De acordo com notícias postadas nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Ministério Público da mesma Municipalidade,³⁴ verifica-se que foi celebrado em audiência pública, um acordo entre as entidades autores e o Município de São Paulo, para cumprimento da decisão em questão.

Dentre as cláusulas do acordo celebrado,³⁵ encontra-se na de número 1 a seguinte obrigação:

CLÁUSULA 1 – O Município de São Paulo garantirá, no período compreendido entre 31 de Dezembro de 2016 e 31 de Dezembro de 2020, no mínimo 85.5000 novas matrículas em creches para a população de 0 a 3 anos de idade.

§ Na ampliação de matrículas serão priorizadas as Diretorias Regionais de Ensino em que se registraram, em 31 de Dezembro, os maiores números de demandantes não atendidos.

§ 2º - Para efeitos de cumprimento da presente Cláusula, considera-se a população de 0 a 3 (três) anos como aquela que possui até 4 (quatro) anos incompletos de idade, no dia 31 de março do ano corrente.

³³ Ibid., p. 417

³⁴ A notícia pode ser visualizada em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/justica/menu/index.php?p=236366>>.

³⁵ Pode ser consultado em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/noticias_2017/2017_setembro/MPSP%20participou%20de%20assinatura%20de%20acordo%20sobre%20o%20tema>.

O acordo prevê, ainda, progressivos avanços na qualidade e na redução de crianças por educador, na observância do espaço externo das unidades escolares, bem como a limitação de agrupamento por ambientes. Todavia, verifica-se que o mesmo ainda está longe de atender a demanda necessária para a concretização do direito social à educação no município, que se encontra em demanda crescente na realidade social do município.

Conclusão

Como visto, percebe-se ser perfeitamente possível a intervenção judicial em políticas públicas para suprir omissão do Poder Executivo quanto à concretização de direitos fundamentais constitucionalmente previstos que não podem ser descumpridos pelo Poder Público sob a simples alegação da reserva do possível, haja vista serem os referidos direitos componentes do mínimo existencial, cuja prestação deve ser estritamente observada pela administração.

As ações coletivas são vistas, em princípio, como a medida mais adequada para tutelar estes direitos, uma vez que possibilitam uma análise 'macro' do conflito pelo Poder Judiciário, o qual não é possível de ser feito quando da apreciação das demandas individuais propostas para a concretização destes mesmos direitos.

O ajuizamento de inúmeras demandas individuais, além de contingenciar o Poder Judiciário, acaba por produzir decisões judiciais que muitas vezes não se coadunam com os programas e metas de governo, bem como inviabiliza a concretização de outros direitos também tão importantes quando os demandados individualmente.

É certo que sob o ponto de vista do direito perquirido pelo autor a demanda individual pode lhe trazer, em princípio, uma satisfação mais rápida, mas não se pode deixar de levar em consideração que inúmeras decisões proferidas em ação individuais sobre a mesma questão, tal como no caso das creches de São Paulo, acabam também por inviabilizar a efetividade destas decisões.

No caso em análise, observa-se que Ação Civil Pública nº 0150735-64-2008-8.26002, embora tenha alterado o padrão decisório do Município de São Paulo não conseguiu concretizar, de acordo com a necessidade da demanda, o direito à educação no referida municipalidade. Pelo contrário, observa-se, por meio do acordo firmado no ano de 2017, que ainda serão criadas 85.500 (oitenta e cinco mil e quinhentas) vagas até o ano de 2020 para atendimento da demanda escolar, o que também não será suficiente para suprir a necessidade de atendimento.

Além disso, embora a decisão tenha disciplinado o acompanhamento do seu cumprimento provisório pelo juiz competente, seja diretamente ou por meio de assistentes, bem como não tenha estabelecido a forma de execução, possibilitando, assim, certa flexibilidade da coisa julgada, está longe de ser uma decisão proferida em um processo dialógico e estrutural.

Isto porque, a decisão da Corte Paulista de 2013 não foi construída a partir do diálogo entre as partes, mas sim pela lógica da adjudicação, substituindo-se a atuação do administrador público pelo juiz, o que acarretou a prolação de provimento jurisdicional simbolicamente importante, porém com pouco potencial de alteração da realidade social.

Para surtirem efeitos concretos, decisões desta natureza, que envolvam políticas públicas, precisam ser razoáveis, equilibradas, abertas e construídas de comum acordo com a Administração. A condenação, nestes casos, deve configurar, em última análise, como a substituição da atividade do administrador pela atividade do Juiz. O magistrado deve estar consciente do seu papel para alteração da realidade social, percebendo a sua função de agente social.

Observou-se, por meio do presente trabalho que o Poder Judiciário ao intervir no direcionamento ou redirecionamento de políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo para a concretização de direitos difusos constitucionalmente previstos deve buscar, sempre que possível, uma solução consensual do conflito, pois na maioria das vezes a sentença que aponta um vencedor e um vencido não traz efetividade significativa na busca dos anseios sociais.

Assim, no presente caso, diante das inúmeras demandas individuais propostas no Município de São Paulo que geraram decisões “fura fila” e da ausência de diálogo na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da ação coletiva, observa-se que o direito à educação está longe de ser concretizado efetivamente no Município.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. Revista do Ministério Público Federal, ANO I, Número 1, 2009, p. 05. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf> Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. STJ. Ação de Descumprimento de Prefeito Fundamental nº 45-90. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. TJSP. Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>> Acesso em: 09 jul. 2018

_____. Presidência da Republica. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 jul. 2018.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.

- _____. A imediata Judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador, Juspodivm, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. Rio de Janeiro, set./dez. 2016, RDA – Revista de Direito Administrativo, p. 255. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66662>>. Acesso em: 01 nov. 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador, Juspodivm, 2017.
- RIZZI, Ester Gamardella; Ximenes, Salomão Barros. Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre a educação infantil em São Paulo. São Paulo, 2014, p. 13. Disponível em: <<http://acaoeducativa.org.br/en/publications/litigio-estrategico-para-a-mudanca-do-padrao-decisorio-em-direitos-sociais-acoes-coletivas-sobre-educacao-infantil-em-sao-paulo-strategic-litigation-for-changing-the-decision-making-pattern-in-socia/>>. Acesso em: 09 jul. 2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília/DF, Gazeta Jurídica, 2017.
- SANTOS, Heloísa Couto dos. Educação infantil – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - apelação nº 0150735-64-2008-8.26002 (caso creches) – julgamento em 16 de dezembro de 2013. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org). O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador, Juspodivm, 2017.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. Guia para normalização de referências bibliográficas: NBR 6023: 2002. 3 ed. Vitória: A Biblioteca, 2005.
- _____. Biblioteca Central. Normalização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos: guia para alunos, professores e pesquisadores da UFES. 7. ed. Vitória: A Biblioteca, 2005.

A crise do congestionamento do Poder Judiciário e a ingerência dos conflitos de massa no prejuízo do acesso à justiça. Seriam as técnicas coletivas de repercussão individual instrumentos necessários para desestimular a litigância habitual?

Livia Mayer Totola Britto¹

Lorena Rodrigues Lacerda²

Tatiana Mascarenhas Karninke³

Resumo: Há uma nítida mudança de paradigma advinda do Código de Processo Civil de 2015 no que tange à tentativa do legislador em descongestionar o poder judiciário, que será estudado, especificamente, tendo como objeto a análise dos números fornecidos por estatísticas oficiais do Poder Judiciário e na utilização frequente dos chamados litigantes habituais da máquina do judiciário para resolução de conflitos individuais homogêneos. Aborda-se a necessidade de adequação do processo à realidade social, a fim de satisfazer os direitos violados em um prazo razoável. A importância deste estudo consiste em trazer à lume uma nova sistemática paradigmática, com princípios como o da efetividade da jurisdição, da garantia do acesso à justiça, da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo, que torna a prestação jurisdicional mais célere, didática e muito mais democrática. Para isso é necessário analisar o direito individual homogêneo e sua contribuição ao aumento dos conflitos de massa, a fim de analisar possíveis respostas a essas questões.

Palavras-chave: Processo Civil; Litigantes habituais; Conflitos de massa; Eficiência processual; Processo Coletivo.

Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o paradigma do Estado Democrático de Direito e a sociedade globalizada impulsionaram a demanda por serviços de justiça no Brasil, o que afetou significativamente a efetividade do Judiciário. O sistema judicial

¹ Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

acabou ficando congestionado, trazendo reflexos negativos para toda a sociedade. Esse fenômeno ficou conhecido como “crise do Judiciário”

O Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor em 17 de março do ano de 2016, após um ano de *vacatio* da Lei 13.105, de 16 de março 2015, e foi considerado uma importante revolução jurídica do século XXI no Brasil. O período que antecedeu a promulgação da Lei foi marcado por intensos debates e estudos, na busca de um processo mais justo, igualitário e eficiente.

O Novo Código veio em busca de uma prestação jurisdicional mais célere e completa, trazendo novos institutos como a fundamentação adequada das decisões, como a prevista no artigo 489, § 1º, IV; a técnica dos precedentes judiciais (arts. 926 e 927); ampliou os poderes do magistrado em inverter o ônus da prova (art. 373, § 1º); trouxe as técnicas alternativas de solução de conflitos e interesses, dentre outros novos institutos, criando, desta maneira, ferramentas que buscam a redução dos denominados conflitos de massa.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), prevê alguns princípios constitucionais que são reconhecidos como Direitos Humanos, como o princípio do acesso à justiça e a garantia à razoável duração do processo, portanto o poder judiciário deve buscar meios de estar em sua constante observância.

Entretanto, o judiciário brasileiro vem enfrentando, desde a vigência do Código Processual Civil de 1973, uma grave crise de gestão processual, que impossibilita a correta prestação jurisdicional.

A administração dos Tribunais encontra-se visivelmente mais lenta e congestionada, seja pela deficiência de infraestrutura, ineficiência e incapacidade de autogestão administrativa do Poder Judiciário, pela inadequação do método utilizado para resolução dos conflitos, pelo excesso de formalismo ou pelo crescente número de demandas, o que ocasiona no desagrado e desconfiança dos cidadãos com o Poder Judiciário.⁴

A fim de enfrentar essa crise de gestão processual, foi criado em 2004 o Conselho Nacional de Justiça. O CNJ é um órgão de planejamento estratégico, governança e gestão judiciária, voltado a impulsionar a efetividade do poder judiciário brasileiro.

Fala-se em “crise do judiciário” aquela causada pela morosidade, sobrecarga de processos e pela desuniformidade das decisões proferidas pelos Tribunais. O Novo Código arriscar-se em trazer soluções a essas questões, criando novas técnicas processuais, porém, seriam elas suficientes para garantir a efetividade jurisdicional? Para tanto, é necessário, primeiramente, analisar os números do judiciário.

⁴ RODRIGUES, p. 87-164, 2015.

Breve análise dos números do Poder Judiciário

Os dados estatísticos colhidos pelo CNJ⁵ relatam que o Poder Judiciário, no período entre 2009 a 2017, registrou uma taxa de crescimento total de 31,9% de ações, ou seja, acúmulo médio de 4% ao ano, um acréscimo de 19,4 milhões de processos.

O Poder Judiciário findou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação. No mesmo ano ingressaram 29,1 milhões de ações novas, um decréscimo de apenas 1% em relação ao ano anterior.⁶

A cada 100 mil habitantes, 12.519 ajuizaram uma nova ação judicial em 2017. Nesse mesmo ano cada juiz decidiu uma média de 1.819 processos. A taxa de congestionamento do judiciário em 2017, que mede a quantidade de ações em trâmite que não foram baixados durante o longo do ano, encontra-se alta, com percentual de 74,5% nas Justiças Estaduais.⁷

O relatório de 2018, que reúne as estatísticas do ano de 2017,⁸ indica que a quantidade de servidores em primeira instância continua defasada diante da crescente demanda de processos que adentram o Poder Judiciário. Enquanto no primeiro grau gasta-se uma média de 03 anos para solucionar um processo, no segundo grau o tempo é reduzido para 10 meses.

A cada 100 processos judiciais em 2017 com sentença ou decisão terminativa, apenas 12 foram resolvidos por meio de acordo. Em 2017 tivemos 12,1% sentenças homologatórias de acordo, valor que cresceu nos últimos anos: em 2015 eram 11,1% e, em 2016, 11,9%.

O índice de conciliação é maior naquelas instancias mais informais: nos Juizados Especiais, em que a presença de um advogado não é obrigatória, 16% dos conflitos terminam com conciliação; no primeiro grau das justiças comuns, o percentual é de 13,8%, enquanto na segunda instância os números caem para apenas 0,7%.⁹

As despesas totais do Poder Judiciário no ano de 2017 somaram o assustador valor de R\$ 90,8 bilhões, um crescimento de 4,4% em relação a 2016. Uma média 15,8% dessas despesas são referentes a gastos previdenciários no pagamento de aposentadorias e pensões. Sendo assim, o gasto efetivo para o funcionamento do Poder Judiciário é de R\$ 76,5 bilhões, ou seja, R\$ 368,22 por habitante.¹⁰

De acordo com uma pesquisa encomendada pelo CNJ e realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria,¹¹ instituições financeiras, como bancos, e empresas de telecomunicação são os grandes litigantes na área de consumo, com 59 milhões de processos nas Justiças Estaduais. Apenas 20 empresas concentram mais de 50% dos litígios.

⁵ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>, p. 73

⁶ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>, p. 73

⁷ Ibid., p. 78.

⁸ Ibid., p. 147.

⁹ Ibid., p. 138.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>, p. 56.

¹¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, 2017, p. 15.

Em março de 2011, o Conselho Nacional de Justiça, divulgou a lista dos 100 maiores litigantes nacionais.¹² Em sétimo, oitavo, nono e décimo lugares da pesquisa estão, respectivamente, o BANCO BRADESCO S/A (3,84%), BANCO ITAÚ S/A (3,43%), BRASIL TELECOM CELULAR S/A (3,28%) e BANCO FINASA S/A (2,19%).

Em âmbito Federal, o INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL é o maior litigante, com 22,3% dos processos, seguido da CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, com 8,5%, da FAZENDA NACIONAL, com 7,45%, da UNIÃO, com 6,97%, do BANCO DO BRASIL S/A, com 4,24% e do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com 4,24% das demandas.

Juntos, instituições financeiras, de telefonia e o setor público, seja em âmbito Federal, Estadual e Municipal, representam 95% do total dos 100 maiores litigantes habituais. Ainda de acordo com a mesma pesquisa, conclui-se que:

[...] do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, 59% referem-se ao polo passivo, sendo o comportamento do Setor Público Municipal diferente dos demais, uma vez que 97% dos processos desse setor referem-se ao polo ativo.¹³

As estatísticas apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com a ajuda da Associação Brasileira de Jurimetria - ABJ apontam para uma visível crise do Poder Judiciário, que se encontra demasiadamente congestionado, ocasionando em morosidade e ineficiência processuais.

Portanto, resta evidente a ineficiência das inovações legislativas trazidas pelo Novo Código, dado que as reformas não primaram por mitigar as causas da litigiosidade excessiva, mas buscaram trabalhar em suas consequências, quais sejam, os excessos de processos nos tribunais.

Dessa forma, a análise do chamado “litigante habitual” e as características das ações em que estão inseridos é de suma importância para demonstrar como a conduta de poucos agentes é capaz de congestionar um sistema processual inteiro, em detrimento de outros poucos litigantes, chamados de “litigantes eventuais”,¹⁴ que sofrem com as consequências da inviabilização da atuação do Poder Judiciário.

A constatação do problema, como fora demonstrado pelo CNJ, marca o início à sua resolução, dado que o relatório abre uma séria reflexão à sociedade jurídica, demonstrando o real problema da crise do congestionamento judiciário, devendo, agora, ser traçados objetivos para sanar o problema da litigiosidade de massa.

¹² BRASIL, 2018, p. 05.

¹³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, 2017, p. 15.

¹⁴ O litigante habitual é aquele que frequentemente está em juízo, enquanto litigante eventual é aquele que nunca, ou poucas vezes, sentou-se perante um juiz. Os litigantes habituais possuem maior experiência com o ambiente judicial, possibilitando melhor planejamento do litígio. Ele tem condições de minimizar os riscos da demanda por maior número de causas, testando estratégias de modo a garantir resultados cada vez mais favorável em a casos futuros. CAPPELLETTI; GARTH, 2002.

Os conflitos de massa e o Direito Individual Homogêneo

Até a primeira metade do Século XX, o Processo Civil brasileiro era considerado prioritariamente um instituto para se tutelar direitos individuais. Apenas após os anos 60 os processualistas passaram a se interessar cada vez mais pela tutela dos interesses coletivos. Portanto, vê-se que na busca de uma prestação jurisdicional mais célere, o ordenamento processual civil brasileiro sofreu e continua sofrendo intensas transformações.¹⁵

O ordenamento processual, tutelando os chamados direitos ou interesses coletivos, introduziu instrumentos como a Lei de Ação Civil Pública, nº. 7.347/85, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069/90, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90, dentre outras legislações.

Percebeu-se que a maior parte dos litígios coletivos tratavam-se de demandas referentes a um mesmo direito repetitivo, também denominado conflitos de massa, ou seja, de acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, “[...] aquele em que, pela relevância e extensão, permite-se identificar um rotulo padrão sobre o titular e sobre a situação comum que coloca todos numa vala comum”.¹⁶

Carlos Barbosa Moreira diferencia os direitos coletivos em “interesses essencialmente coletivos”, quais sejam, os difusos e coletivos em sentido estrito, e “interesses acidentalmente coletivos”, sendo eles os direitos individuais homogêneos. Segundo o autor, estes são classificados da seguinte maneira:

É possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída *a priori* a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. *O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’.* Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das ‘parcelas’, consideradas como tais (grifo nosso).¹⁷

De acordo com Antônio Gidi,¹⁸ de um mesmo fato pode originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas, ou até mesmo individuais heterogêneas. O critério para se identificar corretamente direito difuso, direito coletivo, direito individual homogêneo ou direito individual puro não é o tema abstratamente considerado, mas o direito subjetivo específico violado.

¹⁵ Cappelletti e Garth definem essas importantes mudanças como uma “segunda onda de reformas”, que intensificou a reflexão sobre noções básicas do processo civil brasileiro e sobre o papel dos tribunais.

¹⁶ RODRIGUES, 2017, p. 56.

¹⁷ MOREIRA, 1984, p. 196.

¹⁸ GIDI, 1995, p. 21.

A Lei da Ação Civil Pública, em 1985, trouxe apenas a tutelabilidade dos interesses¹⁹ difusos e coletivos em seu art. 1º, IV;²⁰ porém, somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor que esses direitos foram conceituados, além de também trazer uma nova modalidade de direito coletivo *lato sensu*: os individuais homogêneos.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe, em seu artigo 81, parágrafo único e inciso III,²¹ o conceito de Direito Individual Homogêneo, como aquele de origem comum, que se distingue do direito difuso e coletivo, tratando-se de direito subjetivo individual complexo.

É importante entender que para caracterizar-se como direitos ou interesses individuais homogêneos,²² a relação entre os indivíduos deve nascer da lesão ou da ameaça de lesão atribuída por questões comuns de fato ou de direito, que os alcance igualmente, marcado pela divisibilidade, em que é titular uma comunidade de pessoas determináveis.²³

Dessa forma, Marcelo Abelha Rodrigues nos ensina que os interesses individuais homogêneos devem ser analisados sobre o aspecto qualitativo, quantitativo, objetivo e subjetivo:

O aspecto qualitativo é o de que devem possuir uma origem comum (não necessariamente idêntica), compreendida sob o aspecto da causa de pedir próxima ou remota (e, porque não até mesmo a partir de questões comuns de fato e de direito). O quantitativo diz respeito ao fato de que tais interesses homogêneos devem possuir, efetivamente, uma considerável extensão aos indivíduos, de tal forma que seja lícito atribuir-lhes uma dimensão social que justifique, pois, o reconhecimento da transindividualidade típica de um interesse individual de massa.²⁴

A transindividualidade dessa modalidade de direito coletivo é marcada por um único indivíduo padrão que se repete nos demais sujeitos do litígio, como por exemplo, um mesmo cidadão que vem pagando uma taxa abusiva de uma instituição financeira. Portanto, vê-se que, na maior parte das vezes um litigante habitual fará parte do polo passivo da demanda.

Os direitos individuais homogêneos são considerados uma novidade²⁵ no sistema processual brasileiro, modalidade de tutela coletiva inspirada pelas *class actions* norte-americanas. Segundo Teori Albino Zavascki:

¹⁹ Não há necessidade em se diferenciar, no presente trabalho, “direitos” de “interesses” já que o Poder Judiciário tutela indistintamente ambos. VENTURI, 2007.

²⁰ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidades por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; BRASIL, 2017, p. 1032-1034.

²¹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...] III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²² o que qualifica o direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo são a causa de pedir e o pedido. O tipo de pretensão e seu fundamento é que caracterizam a natureza do direito. NERY JR; NERY, 1999.

²³ GIDI, 1995, p. 30.

²⁴ RODRIGUES, 2017, p. 57.

²⁵ Importante salientar que a Lei 7.913/89 já havia instituído uma forma de *class action* para a tutela dos interesses dos investidores no mercado de valores mobiliários, no entanto ofereceu um tratamento diferente do trazido pelo CPC, além de conferir legitimação para agir apenas ao Ministério Público.

[...] consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula de repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados.²⁶

Uma das principais diferenças entre as *class action* norte-americanas e o sistema adotado no nosso ordenamento jurídico está no controle da representatividade adequada. Enquanto no sistema brasileiro o controle está em parte na lei e em parte nas mãos do juiz, no sistema norte-americano o controle é puramente jurisdicional:

Portanto, segundo a doutrina majoritária brasileira, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do Código do Consumidor (ou art. 5º. da Lei da Ação Civil Pública), para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo.²⁷

A tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos é indispensável para garantir o cumprimento de princípios como a efetividade da jurisdição, da garantia do acesso à justiça e da razoável duração do processo, pois tutela direitos de indivíduos que não possuem capacidade financeira e técnica para atuarem em igualdade com a parte diversa, geralmente os litigantes habituais, seja por descongestionar o Poder Judiciário brasileiro, congestionado com demandas semelhantes.

Buscando reduzir o número de demandas, o Novo Código trouxe uma série de instrumentos, alguns novos e outros repetidos do anterior Código de 1973, tais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR - e o Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos, que incidem tanto litígios individuais quanto nos litígios coletivos.²⁸

É preciso transpor o óbice jurídico representado pela dificuldade de litigar-se para a defesa de interesses transindividuais. Desse modo, observa-se ser essencial que a doutrina coopere com o Poder Judiciário a fim de compreender melhor os impactos que o novo Código de Processo Civil pode causar nas ações coletivas de tutela de direitos homogêneos e se, são elas uma possível solução à cultura da litigância.

Meios que visam trazer maior efetividade e celeridade ao processo.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta dois mecanismos para se tutelar de forma coletiva os direitos individuais homogêneos: as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, também chamadas de técnica coletiva de repercussão individual

²⁶ ZAVASCKI, 2013, p. 27.

²⁷ GIDI, 2007, p. 129.

²⁸ O artigo referir-se-á ao termo “tutela coletiva” ou “processo coletivo” apenas àqueles que tutelam direitos individuais homogêneos, não àqueles tutelas dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

(TCRIs) e os incidentes de resolução de demandas repetitivas, também conhecidos como técnicas individuais de repercussão coletiva (TIRCs).

As técnicas individuais de repercussão coletiva foram criadas objetivando a diminuição do número de recursos a serem julgados pelos Tribunais de Cúpula. Desde 1989 o número de processos distribuídos aos Tribunais Superiores estava em crescente aumento. De acordo com o Relatório Estatístico de 2017, publicado pelo Superior Tribunal de Justiça,²⁹ em 1989 foram distribuídos ao STJ 6.103 processos, enquanto em 1998 já eram em torno de 92.107, aumento de mais de 1.500% no número de processos distribuídos em menos de 10 anos.

Visando frear o número crescente de recursos distribuídos aos Tribunais Superiores, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao texto da Constituição Federal/88 o artigo 103-A, as Súmulas Vinculantes, mas foram insuficientes para descongestionar os Tribunais.

Nesse contexto de congestionamento nasceram as TIRCS, no artigo 543-B (no ano de 2006) – com o instituto da repercussão geral,³⁰ e no artigo 543-C (no ano de 2008) – com o recurso especial repetitivo, ambos instituídos no CPC/73. A repercussão geral foi inserida com a emenda 42/2004, porém só foi implantada no STF em 2007 e, desde esse ano até 2010, a distribuição de processos no Tribunal diminuiu em 71%.³¹ Já o recurso especial repetitivo foi regulamentado pela Resolução nº 07/2008.

Entretanto, verifica-se que, atualmente, o número de processos que chegam aos Tribunais de Cúpula já multiplicara novamente, alcançando a marca de 332.284 processos distribuídos, recebidos e registrados entre janeiro e dezembro de 2017 no Superior Tribunal de Justiça.³²

O Novo Código Processual de 2015 repetiu os institutos da repercussão geral e do recurso especial repetitivos, em seus artigos 1036-1041, mas também trouxe uma inovação no art. 976-987: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. O IRDR vem resolver na raiz o congestionamento do judiciário. Ainda que estejam em primeiro grau de jurisdição, todas as causas que tenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito ou que importem em risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica serão decididas uma só vez por meio do processo paradigma.

Tanto os precedentes judiciais quanto os processos coletivos para defesa de direitos individuais homogêneos trazem interesses que vão além da maior segurança jurídica, e, diga-se, este é até mesmo um interesse subsidiário, já que visam, sobretudo, trazer maior celeridade ao processo, por meio do julgamento por amostragem. Aqui, processos paradigmas são pinçados e terão sua questão decidida, valendo-se para todos os demais processos correlatos, que ficam sobrestados.

²⁹ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>.

³⁰ A repercussão geral apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, uma série de processos idênticos seja atingida. O Tribunal decide uma única vez e a decisão é multiplicada para todas as demais causas semelhantes.

³¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168512>>.

³² Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>.

Como pode-se observar, as TIRCs estão inseridas na solução de demandas repetitivas. É uma técnica que, mesmo que seja aplicada a demandas individuais, possui repercussão coletiva. Aqui, parte-se do individual para o coletivo. Seus legitimados nem sempre são os mais aptos, já que, *a priori*, qualquer autor pode ter sua ação afetada, o contraditório restaria prejudicado, o sobrestamento é por força da lei e a coisa julgada é mantida mesmo com a improcedência da ação.

Já as TCRIs utilizam o microsistema processual coletivo, formado, sobretudo, pela Lei de Ação Civil Pública, nº 7347/85, e pelo CDC, Lei nº 8078/90. Marcelo Abelha Rodrigues³³ explica que, as TCRIs versam sobre direitos individuais que recebem tratamento coletivo, justamente pelas vantagens que tal modelo processual traz. Aqui há o requisito da legitimidade adequada, a coisa julgada é essencialmente *secundum eventum litis*, que ocorre apenas na hipótese de decisão favorável à coletividade, possui efeito *erga omnes*, alcançando a todos que se beneficiem com a decisão judicial e as demandas individuais, ao menos *ex lege*, não ficam suspensas.

A respeito da chamada representatividade adequada existente na *class action* norte-americana, Antonio GIDI refere que:

Esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros ausentes e, conseqüentemente, indispensável para que eles possam ser vinculados pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representante dos seus interesses, conceitos básicos de justiça impõem que essa representação seja adequada.³⁴

O autor supracitado continua apresentando que o requisito da legitimidade adequada atinge três resultados: “minimiza-se o risco de colusão, incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura-se que sejam trazidos para o processo todos os reais interesses dos membros ausentes”.³⁵ O objetivo é assegurar que o resultado da tutela coletiva seja o mais semelhante àquele obtido se os membros defendessem pessoalmente seus interesses.

Enquanto a Ação coletiva traz o requisito da legitimidade adequada, não se pode dizer o mesmo dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Dessa forma entende Luiz Guilherme Marinoni:

O Código de Processo Civil, ao regular o incidente de resolução de demandas repetitivas, não prevê a necessidade da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes presentes nos casos pendentes. Ao contrário, afirma-se apenas que “o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: (i) pelo juiz ou relator, por ofício; (ii) pelas partes, por petição; (iii) pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”. (art. 977 do CPC/2015).

³³ RODRIGUES, 2016, p. 623-638.

³⁴ GIDI, 2007, p. 99.

³⁵ *Ibid.*, p. 100.

Dar ao juiz ou ao relator poder para instaurar incidente de resolução de demanda repetitiva é dar ao Estado o poder de sobrepor a otimização da solução dos litígios em face do direito fundamental ao contraditório. Enfim, também é fácil perceber que o poder conferido às partes, Ministério Público e Defensoria Pública é para requerer a instauração do incidente e não para defender ou tutelar os direitos dos vários litigantes presentes nos casos que pendem. Ora, basta ver que a parte jamais poderia ter essa legitimidade e o Ministério Público e a Defensoria Pública não é aí visto como legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos.³⁶

Os processos coletivos servem como instrumento de molecularização de demandas, que significa que, ajuíza-se uma única ação para tratar demandas que seriam decididas separadamente, ou seja, um único processo reúne-se todos os demandantes que buscariam a tutela do Judiciário mediante ações individuais.³⁷

Na busca de uma rápida e igualitária solução de demandas, mas não necessariamente a que traga maiores benefícios à coletividade, o sistema processual civil brasileiro tende a substituir as técnicas coletivas de repercussão individual (ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos) em prol das técnicas individuais de repercussão coletiva.

Observa-se que o nosso sistema processual trouxe inovações que prometem uma solução mais rápida para os denominados conflitos de massa, porém deixou de focalizar em uma solução que impedisse o real problema: o congestionamento do judiciário causado pelos litigantes habituais.

Para os litigantes habituais e muito mais arriscado ser réu numa ação coletiva proposta pelo Ministério público, via de exemplo, e ver o resultado se expandir *erga omnes* para toda a comunidade, do que ser demandado por cada um dos sujeitos lesados, por meio de ações individuais e, no julgamento de apenas um recurso, em que a parte poderá ser qualquer hipossuficiente e desprovido de capacidade técnica, e fazer prevalecer a tese que lhe é favorável, valendo o resultado para os demais processos.³⁸

Nesse mesmo sentido foi o voto vencido do Eminentíssimo Ministro Herman Benjamin, na 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que se discutia a cobrança da taxa de assinatura básica mensal pela BRASIL TELECOM S/A:

Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual - ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (in casu o fornecedor de serviço de telefonia) - venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas - individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção.
[...]

³⁶ MARINONI, 2015, p. 408.

³⁷ WATANABE; GRINOVER, 2005, p. 786.

³⁸ MACHADO, 2017.

Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação(?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos litigantes-sombra, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, uma gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (lembro que só a recorrente, Brasil Telecom, arrecada, anualmente, cerca de três bilhões e meio de reais com a cobrança dessa tarifa - cfr. www.agenciabrasil.gov.br, notícia publicada em 8.6.2007).³⁹

Assim, observa-se que é muito mais vantajoso à grande instituição, ao litigante habitual, do que ao cidadão comum assumir os riscos de uma derrota judiciária.

Portanto, nota-se a necessidade do uso estratégico das ações coletivas para ampliar o alcance de decisões judiciais e garantir uniformidade dos resultados.

Uma das vantagens da ação coletiva é garantir que vários casos que envolvam o mesmo direito transindividual ou individual homogêneo sejam resolvidos de uma única vez, trazendo benefícios tanto ao cidadão, que será mais bem representado do que em um incidente de resolução de demandas repetitivas, além de trazer benefícios à gestão processual, auxiliando no descongestionamento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, trazendo maior celeridade processual aos processos vindouros.

Observa-se que o hipossuficiente possui necessidades de facilitação ao acesso à justiça, para que sejam assistidos adequadamente e assim sejam garantidos direitos defendidos pela Carta Magna.

Conclusão

Este artigo teve como objetivo identificar a correlação entre a crise no judiciário, os litigantes habituais e os direitos individuais homogêneos. Ao findar deste escrito, com o auxílio das exposições realizadas, a conclusão aponta para premissas que contribuem para a compreensão do tema proposto. De início, observa-se que a crise de congestionamento do Poder Judiciário deve-se a várias frentes, como sua incapacidade de autogestão, excesso no número de processos e insuficiência de pessoal.

Entretanto, observou-se que quase a totalidade do número de processos atualmente em trâmite, referem-se às mesmas questões de fato ou de direito, os chamados direitos individuais homogêneos, em que basicamente o que se altera é a parte no processo, enquanto a causa de pedir é basicamente a mesma.

Alertou-se, mediante análise de relatórios estatísticos do Conselho Nacional de Justiça, que as modificações da legislação processual que tiveram como objetivo conferir maior

³⁹ Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3076131/mod_resource/content/1/Telefonia%20assinatura_Voto%20vencido%20H.%20Benjamin.pdf>.

celeridade à prestação jurisdicional não estão produzindo resultados satisfatórios, portanto, pode-se dizer que não são institutos realmente adequados à solução dos problemas vivenciados pelo ordenamento processual brasileiro.

Verificou-se que grande parte dos processos em andamento no Poder Judiciário estão nas mãos de 100 litigantes habituais, de forma que os primeiros lugares são ocupados por entes do Poder Público. O vício da litigância deve ser combatido na sua causa e não nas suas consequências.

Os números apresentados pelo CNJ demonstraram que os institutos do recurso especial repetitivo e da repercussão geral não acarretaram a diminuição de processos nas Cortes Superiores. Dessa maneira, os relatórios demonstraram que persiste o congestionamento dos Tribunais de Cúpula. Assim, é impossível pensar no descongestionamento do judiciário, com a diminuição da litigiosidade social sem que se resolva sua causa, qual seja a litigância habitual.

Para as grandes instituições que fazem parte dessa litigância habitual é mais satisfatório manter as práticas abusivas de litigiosidade e desrespeito às legislações, visto que se beneficiam de um problema ocasionado por elas mesmas: a morosidade processual.

O Novo Código de 2015, com as técnicas coletivas de repercussão individual e de julgamentos com precedentes não visam combater diretamente a questão da crise do judiciário: a litigância habitual. As medidas de punição são mínimas, ainda mais em relação aos entes públicos, que estão no topo da lista dos maiores litigantes brasileiros.

Portanto, conclui-se que nem mesmo as técnicas coletivas de repercussão individual – TCRIs, atingem a causa do problema da crise do judiciário. Assim, é necessário o desenvolvimento de mais do que a criação de novas técnicas de julgamento, mas também deve-se estabelecer um diálogo entre o Poder Judiciário e os grandes litigantes a fim de que se modifique a cultura atual do litígio.

É importante que o próprio Poder Público dê o correto exemplo aos demais litigantes, adotando atitudes que estejam de acordo com as finalidades buscadas pelo Poder Judiciário e defendidas pela Carta Magna, deixando de praticar atos ilegais em favor de todos os administrados, na busca constante por uma resolução amigável dos conflitos surgidos.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. Os Maiores Litigantes da Justiça Consumerista: Mapeamento e Proposições. Rio de Janeiro, 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 911.802 - RS (2006/0272458-6). Relator Ministro José Delgado. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3076131/mod_resource/content/1/Telefonia%20assinatura_Voto%20vencido%20H.%20Benjamin.pdf> Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Novo Código de Processo Civil. In: Vade Mecum Saraiva. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 254-334.

- _____. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: Vade Mecum Saraiva. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 581-591.
- _____. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. In: Vade Mecum Saraiva. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1032-1034.
- _____. CONSELHONACIONALDEJUSTIÇA(CNJ).Justiçaemnúmeros2018.Disponívelem:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.
- _____. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.
- _____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 100 Maiores Litigantes. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 09 out. 2018.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Assessoria de modernização e gestão estratégica. Coordenadoria de gestão da informação. Relatório estatístico 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=301>>. Acesso em: 02 nov 2018.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168512>>. Acesso em: 02 out. 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre, 2002.
- GIDI, Antônio. Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIDI, Antonio. A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MACHADO, Daniel Carneiro. A ineficácia das reformas processuais diante do uso patológico do Poder Judiciário pelos chamados “litigantes habituais”. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 22, n. 5166, 23 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59960>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Revista de Processo. vol. 249. ano 40, p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Legitimação para a Defesa dos “Interesses Difusos” No Direito Brasileiro. In: Temas de Direito Processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado: e legislação processual civil extravagante em vigor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). Revista de Processo, v. 244, p. 87-164, 2015.

- _____. Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva x Técnicas Coletivas de Repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para defesa de direitos individuais homogêneos?. In: Processo Coletivo. Coleção Repercussões do Novo CPC. Coordenador Hermes Zaneti Jr. Editora Juspodvum. v. 8, Salvador, 2016, p. 623-638.
- _____. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília: Gazeta jurídica, 2017.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. Normalização de referências bibliográficas: NBR 6023:2002. 2. ed. Vitória: A Biblioteca, 2015.
- _____. Biblioteca Central. Normalização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos. 2. ed. Vitória: A Biblioteca, 2015.
- VENTURI, Elton. Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- WATANABE, Kazuo. GRINOVER, Ada Pellegrini. 8. ed. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de interesses coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Da desjudicialização da multiparentalidade e convivência no sistema da parentalidade socioafetiva e biológica. Do Provimento nº 63, do Conselho Nacional de Justiça, viabilizado por precedentes STF: Tese nº 622, RE 898.060

Livia Mayer Totola Britto¹

Lorena Rodrigues Lacerda²

Tatiana Mascarenhas Karninke³

Resumo: Trata o artigo de analisar a desjudicialização possibilitada pelo CPC/2015, por meio de seu sistema de precedentes, relacionada à multiparentalidade e parentalidade socioafetiva, materializado pelo Provimento nº 63, de 14 de dezembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, que foi viabilizado pela tese de nº 622 pelo Supremo Tribunal Federal, após afetação de recurso extraordinário com repercussão geral (RE 898.060).

Palavras-chaves: Direito Processual Civil; Precedente; Tese do Supremo Tribunal Federal; Desjudicialização; Multiparentalidade.

Breves contornos sobre a desjudicialização e sua possibilidade viabilizada pelo sistema de precedentes implementada pelo CPC/2015

A sociedade moderna possui uma cultura arraigada de litigiosidade, enxergando no Poder Judiciário a única forma pela qual seria possível dirimir o conflito.

A cultura da litigiosidade e da judicialização dos conflitos acabou por criar uma grande crise no Poder Judiciário, que passou a sofrer não só com a morosidade, dada a avalanche de ações que são ajuizadas cotidianamente, mas também com o risco de entregar uma tutela jurisdicional ineficiente, seja porque entregue de forma tardia ou porque não entregue de forma simétrica, havendo jurisdicionados em idêntica posição que recebem solução diferentes.

A crise instaurada atenta sobremaneira contra o princípio da celeridade processual e da razoável duração do processo, bem como contra o princípio da segurança jurídica e por que

¹ Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

não dizer contra o da isonomia, já que muitas situações equivalentes acabam por receber tratamento desigual.

Atento a esta problemática, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe e implementou mecanismos que autorizam a desjudicialização dos conflitos, retirando do Estado-jurisdição o ônus de resolver tudo, a todo tempo, de todo mundo. Como exemplo de tais mecanismos, podem ser citados: o estímulo à mediação e à conciliação, além de outros métodos de resolução consensual dos conflitos que podem ser efetivados junto a serventias extrajudiciais (cartórios não judiciais).

É bem verdade que antes mesmo do CPC/2015, já havia autorização para que a parte pudesse diretamente “bater na porta” dos cartórios extrajudiciais: por meio do depósito, no registro de imóveis, das prestações relativas à aquisição de lotes e a notificação dos adquirentes, também por meio desse registro (§§ 1º e 4º do art. 38, da Lei nº 6.766/79); o direito penal sem culpa (Lei nº 9.099/95); a possibilidade da retificação do registro (Lei nº 10.931/2004); a possibilidade do procedimento de separação e divórcios consensuais e de inventário e partilha de bens (Lei nº 11.441/2007) e a regularização fundiária para zonas de interesse social (Lei nº 11.481/2007). Todavia, a possibilidade de desjudicialização ocorria quando a extrajudicialização era permitida pela lei.

O que aqui se defende é a desjudicialização quando já existe pronunciamento jurisdicional (catalogado como precedente vinculante – art. 927⁴, CPC/2015) sobre a matéria, o que se harmoniza e se coaduna com o intento da nova sistemática processual civil, que instituiu um sistema de precedentes, objetivando, primordialmente, conferir segurança jurídica, isonomia, celeridade e eficiência à atividade jurisdicional.

Defendendo a consistência deste sistema, acrescentando ainda, que a concepção reside Hermes Zaneti Jr.⁵ pontua que:

[...] A força vinculante da lei não depende dos precedentes, sendo assim incorreta qualquer teoria monista de direito processual que identifique o direito com aquilo que dizem os tribunais. Quando a lei é aplicada sem problemas relevantes de interpretação, a decisão retira sua força da própria lei, e não da autoridade do intérprete.

Contudo, como a lei não é unívoca, o intérprete é chamado para aplicá-la, e não se pode esperar que cada juiz tenha uma sentença, cada cabeça uma ideia, em um modelo de Estado Democrático Constitucional que se pretende protetor dos direitos fundamentais, sob pena de quebra da racionalidade.

Neste sentido, nem toda decisão será um precedente, uma vez que algumas decisões imitar-se-ão a aplicar precedentes já consolidados sem acrescentar nada

⁴ 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. [...]

⁵ ZANETI JR., 2017, p. 428.

de relevante do ponto de vista interpretativo e, portanto, não ocorrendo novidade na reconstrução dos fatos e do direito, o que vincula é o caso-precedente, e não o caso-atual para os casos-futuros. No futuro, quando a situação se repetir, deverá haver a utilização do *leading case*, e não será necessário citar todas as decisões que aplicaram o precedente, justamente porque a vinculação decorre do *leading case*, e não de decisões posteriores que o seguiram, muito embora estas reforcem o seu acerto em uma cadeia de precedentes.

A fixação da tese é precedente vinculante forte, nos termos do artigo 927, II, do CPC/2015, devendo ser obrigatoriamente observado por todos os juízes e Tribunais, cabendo, inclusive a reclamação de que trata o art. 988 do CPC/2015 em caso de descumprimento.

Aqui, defende-se que o sistema de precedentes gere uma vinculação fora do âmbito jurisdicional: ora, não há motivo plausível para se acionar o aparato estatal se este já “definiu” a questão a ser levada a juízo, em especial, se o pronunciamento está catalogado como precedente vinculante.

Assim, foi eleito como exemplo de tal movimento a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade e convivência simétrica da parentalidade biológica e socioafetiva, possibilitada pela edição do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), regramento por meio do qual a afetividade acabou chegando às serventias extrajudiciais.

O regramento do registro voluntário e direto dos vínculos socioafetivos de filiação nos cartórios de registro civil em todo o território nacional só foi viabilizado após a consolidação do entendimento pelo STF após o julgamento de recurso extraordinário, afetado por repercussão geral, (RE 898.060), que culminou na Tese de nº 622.

Sob tal perspectiva, analisou-se tanto o *leading case* quanto a normativa do CNJ (no particular), demonstrando-se que o CPC/2015, ao permitir a sistemática do reconhecimento extrajudicial, atendeu à efetividade de suas próprias proposições, na medida em que desobrigou o interessado a promover a custosa e morosa demanda judicial.

Da tese nº 622 do Supremo Tribunal Federal. Da multiparentalidade: da convivência no sistema de forma simétrica da paternidade socioafetiva e biológica.

A família no ordenamento jurídico brasileiro: do fortalecimento da parentalidade socioafetiva até o derradeiro reconhecimento da multiparentalidade.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 1º, inciso III⁶, que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático Brasileiro.

Em relação à família, a Constituição Federal, avançando acerca do tratamento dado até então à matéria, preleciona em seu artigo 226 que é a base da sociedade e tem a proteção do

⁶ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Estado, dispondo no seu § 6^o, que a família é qualquer núcleo formado pelo pai/mãe e seus descendentes e ainda no artigo 227, § 6^o, que todos os filhos são iguais, não importando qual seja a sua origem.

Implicou em revolução à matéria, uma vez que àquela época ainda vigia o Código Civil Brasileiro de 1916, de caráter despótico e patriarcal, que ainda, por exemplo, tratava o marido como o chefe da sociedade conjugal, bem como diferenciava a filiação legítima da ilegítima, concepções absolutamente inconcebíveis na época atual.

Aliás, em harmonia com a Constituição Federal, é que sobreveio o Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002, adotando as bases da parentalidade socioafetiva, reconhecendo por meio de seu artigo 1.593⁹ outras modalidades de parentesco civil com fundamento em outras origens, que não só a biológica, estabelecendo também tratamento equânime em relação aos seus direitos, conforme se vê de seu artigo 1.596¹⁰; o artigo 1.597, inciso V¹¹, do CCB admite a filiação parcialmente biológica (a mãe inseminada por sêmen alheio possui vínculo biológico, mas o pai não, que é socioafetivo); o artigo 1.605, inciso II¹², autoriza a prova da filiação por qualquer meio admissível, “quando existirem veementes presunções resultantes de fatos certos”, referindo-se à posse de estado de filiação.

Tais dispositivos acima elencados são opção clara e manifesta tanto do constituinte quando do legislador em abraçar a parentalidade socioafetiva, autorizando a caminhada rumo ao reconhecimento desta parentalidade.

A doutrina, desde a década de 1970, debruçou-se sobre o tema, ganhando força, porém, depois da Carta Magna de 1988. Segundo Paulo Lobo¹³,

a socioafetividade tem sido empregada no Brasil para significar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, notadamente quando em colisão com os vínculos de origem biológica. A evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo. Os termos “socioafetividade” e seus correlatos congregam o fato social (“socio”) e a incidência do princípio normativo (“afetividade”).

⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 4^o Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [...] § 6^o Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁹ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

¹⁰ Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹¹ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

¹² Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: [...] II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

¹³ LOBO, 2018, p. 594.

A parentalidade rende-se, pois, à relação afetiva, na qual o pai é diferente de genitor. A afetividade é a essência do vínculo parental.

Luiz Edson Fachin¹⁴ ao tratar da matéria, buscando os fundamentos da parentalidade socioafetiva já prelecionava que

O reconhecimento do fundamento biológico da filiação, com o desenvolvimento das técnicas de engenharia genética, a atenuação da presunção *pater is et*, a vedação constitucional ao tratamento discriminatório e o conseqüente acesso aos filhos outrora ilegítimos ao estatuto jurídico da filiação, em patamar de igualdade com os denominados filhos legítimos, foram significativos avanços do Direito no que tange à questão do estabelecimento da paternidade. Todavia, sendo a paternidade um conceito jurídico e, sobretudo, um direito, a verdade biológica da filiação não é o único fator a ser levado em consideração pelo aplicador do Direito: o elemento material da filiação não é tão só o vínculo de sangue, mas a expressão jurídica de uma verdade socioafetiva. O elemento socioafetivo da filiação reflete a verdade jurídica que está para além do biologismo, sendo essencial para o estabelecimento da filiação.

[...] O fato a ser tomado pelo Direito como filiação não constitui apenas um fato biológico, mas, também, um fato social, que se revela tanto na sua manifestação perante o grupo social, como especialmente, na esfera psicológica e afetiva dos sujeitos.

[...] Prepondera, pois o laço afetivo. A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinhos no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade.

Assim, foi-se deixando de lado aquela concepção de família, que adotava o modelo *duo* de parentalidade, na qual os pais eram vistos na figura do casal: do pai e da mãe. Afinal, a família contemporânea não assume apenas esta feição, podendo ser constituída de variadas facetas.

A jurisprudência também durante este tempo foi reconhecendo a parentalidade socioafetiva, esvaziando a biológica, mas tanto num quanto no outro lado, havia a interposição de recursos, visando a prevalência da monoparentalidade, da sobreposição da parentalidade socioafetiva sobre a biológica e vice-versa.

Já em 2011, com o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 4.277, da união homoafetiva como entidade familiar, admitiu-se a possibilidade de se contar com duas mães ou dois pais, mas como ensina Paulo Lobo¹⁵, “nessa entidade familiar, o modelo binário de parentalidade continuou, dado a que se encerra no casal de pessoas do mesmo sexo, excluída terceira ou terceiras pessoas”.

Assim, continuou-se a discussão acerca da multiparentalidade, de modo que judicializada a questão, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão em sede de repercussão geral, fixando-se tese sobre a convivência harmônica entre a parentalidade socioafetiva e a biológica.

¹⁴ FACHIN, 2008, p. 24.

¹⁵ Ibid, p. 602.

Do reconhecimento no Supremo Tribunal Federal da repercussão geral da sobreposição ou não da paternidade socioafetiva sobre a biológica

Em 09 de junho de 2012, foi autuado no STF, agravo em recurso extraordinário, tombado sob o nº 692.186, de relatoria do Ministro Luiz Fux, tendo sido, posteriormente, reconhecida a existência de repercussão geral da matéria atinente a direito de família, cujo objeto era a análise da prevalência ou não da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.

Em 09 de setembro de 2014, foi publicada decisão monocrática que deu provimento ao referido agravo¹⁶, substituindo-o pelo seu respectivo recurso extraordinário, RE nº 841.528/PB, que passou, então a ser o representativo da controvérsia.

Do recurso extraordinário (RE) nº 898.060

Em 01 de julho de 2015, chegou ao STF recurso extraordinário interposto por A.N¹⁷, em face de F.G., tombado sob o nº 898.060/SC, distribuído por prevenção ao Ministro Luiz Fux, que acabou por elegê-lo como paradigma do Tema de nº 622 da Repercussão Geral, substituindo o RE nº 841.528/PB. Foi deferida a intervenção como *amici curiae* da

¹⁶ Confira-se a íntegra da decisão: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO PROVIDO PARA MELHOR EXAME DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Decisão: Cuida-se de Agravo em Recurso Extraordinário contra decisão que negou seguimento a Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO - FILHO REGISTRADO POR QUEM NÃO É O VERDADEIRO PAI - RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - IMPRESCRITIBILIDADE DIREITO PERSONALÍSSIMO - PRECEDENTES - RECURSO DESPROVIDO. Noticiam os autos que a ora agravada ajuizou Ação de Anulação de Assento de Nascimento c/c Investigação de Paternidade, tendo em vista que, quando do seu nascimento em 1961, fora registrada pelos avós paternos, como se estes fossem seus pais. Requereu fosse reconhecida a paternidade de seu pai biológico, para averbação junto ao Cartório de Pessoas Naturais e a anulação do registro feito pelos avós. O juízo monocrático julgou procedente a ação. Em sede de apelação a sentença foi mantida. Os ora recorrentes interpuseram Recurso Especial, ao qual foi negado seguimento, nos termos da ementa acima transcrita. Irresignados com o teor do acórdão prolatado, interpuseram recurso extraordinário, com fulcro no art. 102, III, "a", da CRFB/88, apontando como violado o art. 226, caput, da Carta Constitucional. Alegam, em síntese, que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao preferir a realidade biológica, em detrimento da realidade socioafetiva, não priorizando as relações de família que tem por base o afeto, afronta o referido dispositivo constitucional. O extraordinário não foi admitido na origem. Em sequência, os recorrentes interpuseram o presente agravo. Finalmente, por entender que o tema constitucional versado nestes autos é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, além de ultrapassar os interesses subjetivos da causa, esta Corte reconheceu a repercussão geral do tema constitucional. É o Relatório. DECIDO. O agravo preenche todos os requisitos de admissibilidade, de modo que o seu conhecimento é medida que se impõe. Ex positis, PROVEJO o agravo e determino a conversão em recurso extraordinário para melhor exame da matéria. À Secretaria para a reatuação do feito. Publique-se." Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4252676>>.

¹⁷ O processo tramita em segredo de justiça, sendo preservados os nomes das partes, que indicados apenas pelas letras iniciais.

Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS e do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

O caso levado a lume (processo subjetivo) era o recurso de natureza excepcional, intentado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que determinou a retificação do registro de nascimento da autora, a fim de que passasse a constar como pai o pai biológico, retirando dos assentos o nome do pai socioafetivo.

Em 21 de setembro de 2016, o Plenário do STF julgou o mérito do recurso extraordinário, negando-lhe provimento por maioria, vencidos em parte os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio, mantendo-se, pois, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Segue ementa do referido acórdão¹⁸ proferido, tendo sido publicado seu inteiro teor do DJE de 24 de agosto de 2017:

Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes.

1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem.

2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo.

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187).

5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana.

¹⁸ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011.

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada "família monoparental" (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º).

9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011).

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio).

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de "dupla paternidade" (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina.

15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).

16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".

Foram opostos embargos declaratórios em face do acórdão, não ocorrendo ainda o seu julgamento, razão pela qual a decisão do conflito subjetivo ainda não transitou em julgado.

Por se encontrar o processo sob sigilo de justiça, não foi possível obter, contudo, o teor da petição, razão pela qual deve-se aguardar a regular tramitação do feito para se conhecer do que restou arguido, nos termos do art. 1.022, do CPC/2015.

Da tese nº 622

Em 22 de setembro, o Plenário do STF fixou a tese jurídica de nº 622 da Repercussão Geral, assim dispondo: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".¹⁹

Pela mera dicção da tese, não há qualquer dúvida de que o STF consagrou o reconhecimento da socioafetividade, autorizando a convivência harmônica e simétrica das facetas da multiparentalidade, quais sejam a pluriparentalidade paterna como materna.

Embora a tese mencione expressamente o vocábulo "paternidade", está açambarcada por ela também a maternidade socioafetiva, entendendo-se que melhor seria se houvesse sido utilizada a expressão "parentalidade", aliás expressão utilizada ao longo deste artigo.

Pela construção da norma, não é obstada tal conclusão, uma vez que o contrário implicaria em tratamento desigual para situação equivalentes: poderia haver a pluriparentalidade de pais, mas não de mãe, do ponto de vista socioafetivo? Indubitavelmente, pela própria intenção do STF e das premissas lançadas, não caberia interpretação tão restrita.

Assim, a tese é de clareza solar quanto a cumulação da parentalidade socioafetiva com a biológica, admitindo-se a coexistência de ambas no caso concreto, podendo na certidão de nascimento do interessado constar a presença de até dois pais e duas mães, conforme o caso.

É a consagração da multiparentalidade jurídica, já que ela já podia existir na prática, podendo se revestir de roupagem jurídica, conforme voto do Ministro Ricardo Lewndowski²⁰, que muito bem encerra a questão:

[...] Senhora Presidente, a impressão que eu tenho, haurida os debates de ontem, é a de que a tese central foi sobre a possibilidade, reconhecida pelo Tribunal, da coexistência da dupla paternidade: a socioafetiva de um lado; e, de outro, a biológica. Então, a meu ver, essa coexistência pode ser concomitante, posterior ou anterior. Isso não importa para mim.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&classeProcesso=RE&numeroTema=622>>.

²⁰ Ibid, p. 10.

De outra parte, também eu vejo o seguinte: a realidade fática é multifacetada. A paternidade biológica ou socioafetiva – o parentesco – não precisa, *data vênia*, ser necessariamente formalizada; portanto, independe de registro. Então, se ela é reconhecida anteriormente, posteriormente ou concomitantemente, registrada ou não, pouco importa. Nós decidimos aqui que é possível a coexistência dessa dupla paternidade ou desse duplo parentesco.”

Nesta mesma linha, Paulo Lobo²¹, aponta que “o reconhecimento de que a filiação socioafetiva não apenas se constata pela declaração ao registro público, mas também pela ocorrência no mundo da vida, notadamente pela posse do estado de filiação”.

O STF adotou como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, por meio do qual deve ser garantido ao indivíduo sua plena realização, fazendo parte desse quadro o reconhecimento de sua identidade parental, mesmo que não seja a biológica (afinal, “pai é quem cria”) e o da paternidade responsável, por meio do qual todos os pais devem assumir os ônus e encargos oriundos do poder familiar.

Da fixação da tese, podem ser extraídos três principais impactos: (i) o reconhecimento jurídico do princípio da afetividade; (ii) a coexistência harmônica e simétrica da parentalidade socioafetiva e biológica, sem qualquer sobreposição de uma sobre a outra e (iii) consagração da multiparentalidade/pluriparentalidade.

Solucionando a aparente incongruência entre o leading case e a tese.

Apenas a título de registro, ao se confrontar o que restou decidido nos autos do recurso extraordinário paradigma (*leading case* – RE nº 898.060) e o que restou fixada na tese, chega-se à conclusão de que as decisões foram totalmente opostas.

No *leading case*, o STF entendeu por manter o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que determinou a exclusão do registro de nascimento do pai socioafetivo e inclusão do pai biológico: ou seja, neste particular, a paternidade biológica se sobrepôs à paternidade socioafetiva. Já na tese, admitiu-se a tutela jurídica concomitante entre ambas paternidades.

O Ministro Marco Aurélio²², no julgamento da fixação da tese, manifestou a preocupação de que “a tese deve refletir o julgamento”, asseverando ainda que:

[...] O dispositivo do acórdão. Há um título judicial, mantido hígido caso proclamado o desprovimento do recurso, determinada a retificação do registro para excluir do nome do pai afetivo e, em substituição, lançar-se o do pai biológico. [...] Se, de um lado, desprovermos o recurso, mantendo a retificação, não podemos, no tocante à tese, lançar algo que não formou a corrente majoritária, ou seja, a concomitância.

O fato das decisões aparentemente “conflitantes” se deve ao fato de que o julgamento do caso concreto refere-se a processo subjetivo e a fixação da tese a processo objetivo.

²¹ Ibid, p. 604.

²² Ibid, p. 7.

Assim, a solução encontrada pelo próprio sistema é a de solucionar o caso concreto e fixar uma tese para um caso abstrato, em nada havendo de contraditório se de mesmas premissas chegarem a entendimentos diversos.

Da desjudicialização propriamente dita: edição do Provimento nº 63, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

Como gizado, após a fixação da Tese de nº 622, do STF, o CNJ, editou o Provimento de nº 63²³, de 14 de novembro de 2014, por meio do qual instituiu regramento a ser observado pelas serventias extrajudiciais quanto ao reconhecimento voluntário e a averbação da parentalidade (tanto a paternidade quanto a maternidade socioafetiva), dispondo em seus artigos 10 a 15, sobre a paternidade socioafetiva (melhor seria o termo parentalidade).

Dispõe o referido ato normativo, no particular:

[...] Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 1º O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular, conforme modelo constante do Anexo VI, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais.

§ 2º O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado.

§ 3º Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo FILIAÇÃO e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor.

§ 4º Se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento.

²³ Além de dispor sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva, também dispôs sobre o registro de nascimento e emissão da certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, instituindo modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito.

§ 5º A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado.

§ 6º Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente nos termos da legislação local.

§ 7º Serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência (Capítulo III do Título IV do Livro IV do Código Civil).

§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

Art. 12. Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local.

Art. 13. A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento.

Parágrafo único. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.

Art. 15. O reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica.

Não há dúvidas de que o CNJ objetivou resguardar, facilitar e otimizar um direito que encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, que é o direito ao registro do estado de filiação/parentalidade.

O Provimento nº 63/2017 cuidou do regramento da questão registral sobre a parentalidade/filiação socioafetiva, quando se deseja o reconhecimento voluntário da paternidade e da maternidade socioafetiva, estabelecendo novos modelos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, regulando ainda o registro de nascimento dos filhos tidos por reprodução assistida.

O alcance da norma é nacional, sendo aplicada a todos os cartórios de registro civil de pessoas naturais de todas as unidades da federação, que passam a poder realizar os registros voluntários da parentalidade/filiação socioafetiva diretamente em suas serventias extrajudiciais desde que os interessados não possuam qualquer demanda judicial sobre a questão em andamento. O registrante deverá declarar o desconhecimento da existência de ação judicial que tenha como objeto a filiação do registrando, sob pena de responder por ilícito civil e penal.

O pedido pode ser efetivado em localidade diversa de onde lavrada a certidão de nascimento, desde que exibido documento oficial – original e cópia - com foto e a certidão de nascimento do registrando.

Poderão pretender o assentamento registral somente os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil, desde que sejam 16 (dezesesseis) anos mais velhos que o

registrando, não podendo reconhecer a parentalidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes. Deve ser colhida pessoalmente pelo oficial a anuência tanto do pai ou da mãe que já figure na certidão, bem como do registrando, se maior de 12 (doze) anos.

Outrossim, o reconhecimento voluntário da parentalidade é irrevogável, só podendo ser desconstituído por meio de ação judicial, desde que tenha ocorrido vício de vontade, fraude ou simulação.

Aliás, se o oficial de registro suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, poderá recusar de forma fundamentada, encaminhando o procedimento para o juiz competente.

O oficial também pode suscitar dúvida junto ao juiz competente quando houver falta da mãe ou do pai ou da manifestação válida destes ou do filho, se maior de 12 (doze) anos, ocasião em que decidirá o juiz competente.

Cita-se como exemplo, no caso em que o filho só foi registrado em nome da mãe: nesta hipótese, não havendo indicação do pai, segundo a regra do artigo 1.690²⁴ do CCB, diante da impossibilidade do exercício compartilhado das responsabilidades no cuidado e educação dos filhos por ambos os genitores, o outro com exclusividade exercerá a representação do filho, deve ser colhida apenas a assinatura da mãe. Em hipótese alguma será feita distinção na certidão de nascimento sobre a origem da filiação.

Em harmonia com a aludida tese de nº 622, o provimento autoriza o reconhecimento da multiparentalidade, podendo, portanto, ser registrada de forma concomitante no mesmo assento a existência de até duas mães e de até dois pais, muito embora o requerimento deva ser feito de forma unilateral.

Também louvável a inserção do dispositivo de que trata da não obstaculização de futura discussão sobre a verdade biológica pelo simples fato do reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva, uma vez que permanece o direito que assiste ao filho de conhecer sua identidade e origem biológica/genética, mesmo que não pretenda o registro de tal vínculo.

Enfim, tratou-se de medida que veio a implementar o que restou reconhecido pelo STF, evitando-se a judicialização quando há intenção de reconhecimento voluntário da parentalidade.

Conclusão

Deve ser registrado que, após décadas de discussão, a fixação da tese de nº 622 pelo Supremo Tribunal Federal, veio a consagrar a multiparentalidade, importando em verdadeira decisão revolucionária, já que ficou derradeiramente para trás a concepção da família monoparental e binária, acompanhando, pois, o direito, a evolução da vida, admitindo agora a

²⁴ Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

coexistência da família multiparental, na qual não há sobreposição da parentalidade biológica sobre a socioafetiva. Dinâmico como deve ser.

Como se trata de precedente vinculante formalmente forte, nos termos do art. 927, II, do CPC/2015 – julgamento de repercussão geral – a sua observância é obrigatória, cabendo, inclusive, reclamação em caso de seu “descumprimento”.

Mais louvável ainda a atitude do Conselho Nacional de Justiça ao editar o Provimento nº 63/2017, que autoriza o reconhecimento da multiparentalidade de forma voluntária, junto às serventias extrajudiciais (cartórios de registro civil de pessoas naturais), revelando-se muito profícua a uniformização das regras procedimentais quanto ao assento da pessoa natural e demonstrando claro movimento tendente à desjudicialização.

Não há justificativa racional para se acionar o aparato estatal, a fim de que o Estado-Juiz autorize a inclusão registral da parentalidade do indivíduo, se este já “definiu” a questão a ser levada a juízo, em especial, se o pronunciamento está catalogado como precedente vinculante.

O Provimento nº 63, do CNJ propicia de ampla maneira a facilitação do registro da parentalidade/filiação, representando enorme conquista histórica, possibilitada pelo julgamento pelo STF da repercussão geral.

Referências

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Paternidade Socioafetiva e Paternidade Biológica. O Juiz Dirá qual Deve Prevaler, no Caso Concreto.

BRASIL. CNJ. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em 29 out. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

_____. STF. Agravo em recurso extraordinário nº 692.196. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4252676>>. Acesso em 29 out. 2018.

_____. STF. Destaques: últimas notícias. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_en_us&idConteudo=332739>. Acesso em 02 nov. 2018.

_____. STF. Recurso extraordinário nº 898.060. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>>. Acesso em 25 out. 2018.

- _____. STF. Tese nº 622. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4803092&numeroProcesso=898060&-classeProcesso=RE&numeroTema=622>>. Acesso em 25 out. 2018.
- FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo código civil: arts. 1.591 a 1.638. Rio de Janeiro: Forense, vol. XVIII, 2008.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno. Atualidades sobre a parentalidade socioafetiva e a multiparentalidade. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio (Coord.). Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018.
- LÔBO, Paulo. Parentalidade Socioafetiva e Multiparentalidade. Questões atuais. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flavio (Coord.). Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- GARCIA, Fernanda Mathias de Souza. Multi-parenthood from a legal doctrinal and jurisprudential perspective in Brazil: the recent decision of the Brazilian Supreme Court on socio-affective and biological paternity. Disponível em: <<https://joxcsls.com/2017/11/22/multi-parenthood-from-a-legal-doctrinal-and-jurisprudential-perspective-in-brazil-the-recent-decision-of-the-brazilian-supreme-court-on-socio-affective-and-biological-paternity/>>. Acesso em 07 nov. 2018.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. Normalização de Referências NBR 6023:2002. Vitória: EDUFES, 2015. Disponível em: <<http://repositório.ufes.br/handle/10/1532>>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- _____. Biblioteca Central. Normalização e Apresentação de Trabalhos Científicos e Acadêmicos. Vitória: EDUFES, 2015.
- ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. 2. ed., ed., rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

Convenção de Haia sobre Prestação de Alimentos no Exterior de 2007: implicações no Brasil

Livia Vilas Bôas Carr¹

Resumo: Em 23 de novembro de 2007, foi celebrada a Convenção de Haia sobre Prestação de Alimentos no Exterior. Promulgada pelo Decreto no. 9.176, de 23 de novembro de 2017, o Brasil foi o primeiro país da América Latina a adotá-la. Seu objetivo é facilitar o procedimento de cobrança de pensão alimentícia no exterior, tendo em vista as inevitáveis dificuldades envolvendo esse tipo de demanda. Nem sempre os ordenamentos jurídicos estrangeiros reconheciam as decisões proferidas por um juiz brasileiro em matéria alimentar, o que agora ficou mais dificultado em razão da necessária observância de critérios técnicos para a sua denegação. O princípio da efetividade também se fez presente na Convenção, pois passou a admitir providências drásticas na esfera patrimonial do executado, em consonância com o novo Código de Processo Civil. O reconhecimento do seu caráter humanitário, aliado à iniciativa em se conferir maior efetividade no cumprimento das obrigações alimentares, traz maior alento para aqueles que têm pressa em saciar as suas necessidades mais básicas como ser humano.

Palavras-Chave: Cooperação jurídica internacional; Convenção de Haia; Alimentos.

Introdução

A globalização é um fenômeno relativamente recente, que trouxe mudanças significativas nas relações entre indivíduos e Estados nos mais diversos níveis. Nunca o sentimento de aproximação dos povos se fez tão presente como nos últimos tempos. Conceitos como soberania, territorialidade e jurisdição têm passado por uma necessária releitura.

O avanço nas comunicações, sobretudo após o advento da *Internet*, tem provocado uma revolução na linguagem. O que dizer então dos meios de transportes, que levam pessoas em pouco espaço de tempo aos lugares mais remotos do planeta? Atenta a esta realidade irreversível, a cooperação jurídica internacional vem ampliando cada vez mais a sua esfera de atuação, que hoje não fica mais circunscrita a bens, contratos ou serviços. O indivíduo passou a ser o foco.

É natural que as relações sociais também passem por transformações, o que fica ainda mais evidente com a formação das famílias transnacionais. Não é mais tão raro pessoas de

¹ Mestranda em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Advogada inscrita na OAB/RJ.

diferentes nacionalidades se unirem. Os elementos estrangeiros se irradiam naturalmente para os filhos advindos destes relacionamentos o que, a depender das circunstâncias fáticas, pode ser desafiador. No caso de ruptura entre os genitores, os interesses do menor devem ser tutelados, a começar pela questão dos alimentos. Portanto, o aprofundamento nos estudos da Convenção de Haia de 2007, recentemente incorporada ao Brasil, torna-se determinante na implementação do direito à alimentação sob o viés da proteção integral da criança e do adolescente.

Breve panorama da Convenção de Haia

A Convenção de Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, firmada em 23 de novembro de 2007, tem como escopo tornar mais célere a tramitação de pedidos de prestação internacional de alimentos, ou seja, requerimentos de pensões alimentícias com elementos transnacionais. Propõe-se a assegurar um sistema eficiente de cooperação internacional, especialmente no que tange à comunicação de decisões quanto à modificação e obtenção de alimentos, garantindo o reconhecimento e a execução das medidas, consolidando o direito de acesso à justiça. Através de um amplo acordo de cooperação jurídica internacional, as decisões e pedidos de alimentos têm a sua circulação facilitada, inclusive com a utilização de formulários padronizados e a tramitação eletrônica dos pedidos (o chamado sistema *isupport*).

No âmbito nacional, a Convenção foi promulgada pelo Decreto no. 9.176, de 19 de outubro de 2017, que, na mesma oportunidade, internalizou o Protocolo sobre Lei Aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos. Este último estabeleceu como lei aplicável a norma do país onde o credor habitualmente reside (art. 3º), não havendo mais espaço para o juiz brasileiro reavaliar o tópico, o que constitui inegável fator de avanço e economia processual. Se o devedor de alimentos quiser fazê-lo, só será possível no país onde o credor residir (VEIGA, 2018).

Fruto da 21ª Conferência Diplomática, a Convenção se destaca pelo seu caráter universal e abrangente no que diz respeito aos aspectos relacionados à cooperação administrativa entre os países. Ainda, é possível extrair o anseio em substituir a Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (também chamada Convenção de Nova York) de 1958 (ARAUJO, 2012, p. 189).

Além do Brasil, são países signatários da Convenção de Haia até a elaboração deste artigo: Albânia, Alemanha, Áustria, Bielorrússia, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Burkina Faso, Canadá, Cazaquistão, Chipre, Croácia, Eslováquia, Eslovênia, Estados Unidos da América, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Honduras, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido da Grã - Bretanha e Irlanda do Norte, República Checa, Romênia, Suécia, Turquia, Ucrânia.

Autoridade central

A Autoridade Central exerce papel de destaque na efetivação da cooperação jurídica internacional. Como desdobramento, é natural que ela desempenhe importantes atribuições, tais como: enviar e receber pedidos em matéria de alimentos; simplificar a prestação de assistência jurídica; auxiliar a descobrir o paradeiro do devedor; obter dados sobre a sua renda e bens; incentivar soluções amigáveis (a mediação, por exemplo); viabilizar a execução de decisões relativas a alimentos, inclusive no que diz respeito à transferência de valores entre países; permitir a adoção de medidas cautelares; propiciar a comunicação de atos processuais. Em última análise, trata-se de providências salutares que visam conferir maior celeridade e efetividade aos pedidos de cooperação jurídica internacional.

Uma das principais mudanças operada pela Convenção de Alimentos refere-se justamente à Autoridade Central encarregada de dar andamento aos pedidos. Cabe a cada Estado defini-la em sua legislação interna. Diferente da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (CNY), firmada em 20 de julho de 1956, para a qual foi estabelecida a Procuradoria Geral da República (PGR) como Autoridade Central, a atribuição agora foi transferida para o Ministério da Justiça. Mais especificamente, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). Assim, como regra, o pedido deverá ser apresentado na DRCI/SNJ; não há mais que se falar, necessariamente, na participação do Ministério Público Federal (MPF), a não ser em algumas exceções que serão expostas adiante.

Procedimento de Novo Pedido de Alimentos

Em caso de novo pedido de alimentos, o requerimento deverá ser apresentado com os documentos necessários perante a Autoridade Central da residência do requerente. Será preciso avaliar se o país destinatário (em que reside o devedor) aplica a Convenção de Haia sobre Alimentos de 2007 ou a Convenção de Nova York de 1956, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo no. 10/1958 e promulgada pelo Decreto no. 56.826, de 02 de setembro de 1965.

Deve-se também analisar se a solicitação é destinada para menor de 18 anos, o que atrai a aplicação da Convenção de Haia. Caso o solicitante tenha entre 18 e 21 anos, é necessário avaliar se existe alguma reserva. Não havendo reserva, a Convenção de Haia poderá ser aplicada para menores de até 21 anos. Situações novas, que não se enquadram na Convenção de Haia sobre Alimentos, devem tramitar segundo as determinações da Convenção de Nova York se o país for signatário. É o caso de países como Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Suriname.

No Brasil, a Convenção de Haia de 2007 deve ser aplicada para os casos formalizados a partir de 19 de outubro de 2017, no qual figure um Estado signatário, salvo se o pedido disser

respeito a cobrança de alimentos entre ex-cônjuges (há países que não aplicam a Convenção de Haia em tais casos, como o Cazaquistão e a Ucrânia). Requerimentos que já tramitavam antes desta data ou de países não signatários da Convenção de Haia permanecem regidos pela Convenção de Nova York. Portanto, a PGR continua a atuar como Autoridade Central nas seguintes situações: (a) pedidos anteriores a 19 de outubro de 2017; (b) Estados que não aderiram à Convenção de Haia; (c) Estados que manifestaram reservas à Convenção de Haia para a cobrança de alimentos entre ex-cônjuges.

De forma didática, a Convenção trouxe três categorias de requerimentos que podem ser feitos: pedidos, medidas específicas ou solicitações diretas. Enquanto os pedidos e as medidas específicas tramitam entre as Autoridades Centrais, as solicitações são destinadas à autoridade competente (como um juiz, por exemplo). O artigo 10 da Convenção admite pedidos de estabelecimento, reconhecimento, execução ou modificação de alimentos.

Por sua vez, as medidas específicas caracterizam-se por serem diligências que alicerçarão futuros pedidos de estabelecimento, reconhecimento, execução ou modificação dos alimentos. De acordo com o artigo 6º, são elas: localização do credor ou devedor; obtenção de informações sobre patrimônio, documentos ou outros elementos de provas das partes; auxílio nos casos de determinação da filiação; início ou andamento de medidas cautelares; facilitação da comunicação processual.

Já as solicitações diretas permitem a obtenção ou a alteração de uma decisão em matéria de alimentos segundo os procedimentos disponíveis no direito interno do Estado Contratante, mas diante de uma autoridade competente que não seja uma Autoridade Central (artigo 37).

Em boa hora, o artigo 15 da Convenção previu a gratuidade de justiça para qualquer pedido de alimentos para os menores de 21 anos. A necessidade dos alimentos aliada aos fatores idade e ser descendente do executado são suficientes para o deferimento do pedido de gratuidade (VEIGA, 2018).

Ressalte-se que os pedidos e documentos serão transmitidos em formulários padronizados através do sistema eletrônico *isupport*, que já conta com uma versão no vernáculo colocada à disposição dos Estados integrantes da Comunidade dos Países da Língua Portuguesa (CPLP). De certo, além de facilitar a compreensão idiomática, o uso de impressos tem a vantagem de impedir a negativa discricionária do requerimento, na medida em que será oportunizado ao interessado prazo para juntar novos documentos ou informações adicionais que se façam necessárias.

Efetividade das Medidas Executivas Conforme o CPC/2015

A proteção com o bem estar da criança sempre foi uma das principais preocupações da cooperação jurídica internacional, especialmente em Haia. De fato, a imensa maioria das reclamações em matéria de alimentos envolve crianças e adolescentes. Daí, a importância

da plena efetivação do direito alimentar, que sempre se deparou com obstáculos naturais quando transportado de um país para outro. Neste sentido, o tempo revela-se um fator crucial na materialização da obrigação alimentar.

Atenta a esta realidade, a Convenção foi engenhosa ao prever mecanismos eficientes a serem adotados pelos Estados Contratantes. Quem tem fome, tem pressa; isso é o suficiente para justificar uma dose de maior efetividade das decisões judiciais estrangeiras envolvendo prestações alimentícias. Esse espírito pragmático também foi captado pelo legislador nacional, o que transparece no artigo 34, do Decreto no. 9.176/2017, segundo o qual as medidas de execução poderão compreender: (a) a retenção de salário; (b) o bloqueio de contas bancárias; (c) deduções nas prestações do seguro social; (d) a alienação forçada de bens; (e) a retenção ou suspensão de reembolso de tributos, benefícios e/ou pensões; (f) o requerimento de informações junto a organismos de crédito; (g) a revogação ou suspensão de permissões.

É incontestável que a adoção de algumas medidas pode revelar-se drástica na esfera patrimonial do executado. Por esse motivo, é importante que o requerimento seja, previamente, objeto de análise pelo Poder Judiciário. Mas, por outro lado, se a própria Convenção internacional determina que os Estados contratantes disponibilizem em seus ordenamentos jurídicos internos mecanismos executórios eficientes, como compatibilizá-los com o ordenamento jurídico nacional? Tal indagação provoca ainda maior inquietação se a solicitação disser respeito à retenção do salário (e congêneres) com o bloqueio de numerários em contas bancárias, temas sensíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Por muito tempo, vencimentos, salários, remunerações e similares têm sido tratados como situações de absoluta impenhorabilidade, uma forma de se resguardar a dignidade e o patrimônio mínimo existencial do devedor. Contudo, diante da diuturna constatação de crise na efetividade do processo, o legislador nacional tem buscado alterar essa triste conjuntura.

A Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015, conhecida como o novo Código de Processo Civil, trouxe algumas ressalvas a esta regra. Foi o que aconteceu com a cobrança de débito alimentar; independentemente de sua origem, ela foi excluída do preceito da impenhorabilidade absoluta (art. 833, inciso IV, § 2º, do CPC/2015).

Esta orientação parece encontrar respaldo em outro dispositivo do mesmo diploma legal: o inciso IV, do artigo 139. Ao permitir a adoção pelo magistrado de medidas assecuratórias do cumprimento da ordem judicial, inclusive em processos cujo objeto seja a prestação pecuniária (como se dá nas ações de débito alimentar), o legislador não se limitou às meras obrigações de fazer ou não fazer. Agora a atuação do julgador foi consideravelmente ampliada, pois é de se reconhecer que tais atos são capazes de intervir muito além da esfera patrimonial do devedor.

Contudo, alguns juízes mais cautelosos têm optado por medidas menos extremadas. Em atenção ao princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC/2015), a execução tem sido pautada pelo modo menos gravoso para o devedor. Ao invés de efetuar ordens imediatas de penhora em contas bancárias, providências alternativas têm sido tomadas, tais como: bloqueio cartões de crédito em nome do executado; suspensão da carteira de motorista

(CNH), como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo em 2016, ou mesmo a apreensão do passaporte.

Diante de tal cenário, é de se reiterar que a Convenção de 2007 primou pela execução rápida dos alimentos (art. 32). Consequentemente, os operadores do direito devem envidar esforços no sentido de fazer valer as medidas executivas em sua inteireza, ainda que isso signifique adentrar no patrimônio pessoal do devedor. Não quer dizer que o direito interno deverá ser afastado impreterivelmente. O que se busca é a efetividade das decisões estrangeiras, de modo que elas circulem e alcancem o seu desiderato final. E, em se tratando de alimentos, não há como negar a dimensão que a temática assume, especialmente por envolver interesses de menores, pessoas sob o manto da proteção integral e que ainda estão em fase de formação e desenvolvimento.

Conclusão

O presente trabalho buscou traçar as linhas gerais da Convenção sobre cobrança internacional de alimentos, celebrada em Haia no ano de 2007. Apesar de somente ter sido internalizada pelo Brasil em 2017, ela foi muito bem recepcionada pelos operadores jurídicos que há muito aguardavam um instrumento mais eficiente na cobrança e execução de alimentos internacionais. De fato, ela traz diversos elementos facilitadores quanto ao procedimento, o que vem de encontro ao novel espírito do Código de Processo Civil de 2015.

Avaliar como os seus dispositivos serão concretizados pelos tribunais brasileiros ainda demandará um espaço de tempo. Como atentos observadores, torcemos para que novos ares inspirem os julgadores, que têm a missão de elaborar a norma internacional no plano doméstico. Afinal, os tempos são outros. A cooperação jurídica internacional bate à nossa porta, trazendo consigo novos questionamentos, adaptações, releituras e significados. São muitos os desafios e as ingerências em outros ramos do direito, mas eles não devem ser capazes de paralisar a reflexão crítica, muito menos em temas que afetem diretamente os direitos mais elementares ligados à dignidade humana.

Referências

- ARAÚJO, Nádya de. A Conferência da Haia de direito internacional privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 35, p. 189, São Paulo, 2012.
- BRASIL. Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 8 de out. de 2018.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo no. 1000526-54.2016.8.26.0077. Segunda Vara de Cível da Comarca de Birigui/SP. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/170350691/paragrafo-1-artigo-34-do-decreto-n-9176-de-19-de-outubro-de-2017>>. Acesso em 8/10/2018.
- CONVENÇÃO da Haia: novo mecanismo para cobrança internacional de alimentos. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/convencao-da-haia-novo-mecanismo-para-a-cobranca-internacional-de-alimentos/18319?inheritRedirect=false>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.
- CONVENÇÃO sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família (2007). Versão autêntica em língua portuguesa: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=131>>. Acesso em: 8/10/2018.
- INFORMATIVO 1 do MPF. Secretaria de Cooperação Internacional, 2017. Disponível em: <www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Informativo1SCI.pdf>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.
- NOVA Convenção da Haia sobre alimentos entra em vigor. Ministério da Justiça do Governo Federal, 2017. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/nova-convencao-da-haia-sobre-alimentos-entra-em-vigor>>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.
- SILVEIRA, Arnaldo José Alves. A Convenção da Haia sobre alimentos na prática. Cooperação em pauta, no. 33, p. 1-6, Brasília, 2017.
- VEIGA, Marcelo Godke; DE CARVALHO, Anna Maria Godke. Direito avança com cobrança internacional de alimentos. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-24/opiniaao-direito-avancacobrancainternacionalde-alimentos>>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.

Processo civil internacional: utopia ou meio de desenvolvimento dos povos e de erradicação da miséria?

Luciano Raggi de Oliveira¹

Resumo: O tema proposto por este artigo consiste na investigação acerca da existência ou não de uma utopia no tocante ao desenvolvimento dos povos e de erradicação da miséria através do processo civil internacional, cuja problemática apresentada vem acompanhada da única solução até o momento possível, a partir de uma conjectura utilizada pelo método Hipotético Dedutivo empregado na metodologia de elaboração deste artigo, que não pretende esgotar nem resolver assunto tão polêmico e desafiador no meio jurídico nacional e transnacional, possuindo o desiderato de convidar os Operadores do Direito Internacional para uma intensa reflexão, no sentido de que os bens da vida tutelados pelo Direito Internacional, embora existam diversos instrumentos na busca da garantia do direito à alimentação, como A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no âmbito internacional dispõe que “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive *alimentação...*”, bem como o texto normativo assim consignado nestes termos: “Os Estados que adotam (aceitam) esta Constituição, decididos a promover o bem-estar geral, intensificando, por sua parte, a ação individual e coletiva com os fins de: elevar os níveis de nutrição e de vida... e contribuir, assim... a libertar a humanidade da fome. Finalmente, destaca a morosidade na resolução deste gravíssimo problema mundial, através de uma plena cooperação jurídica internacional, nomeadamente em se tratando da proteção dos Direitos Humanos, que somente serão realmente respeitados em todo o mundo, quando houver a instituição do processo civil internacional célere e eficaz, devidamente codificado, em sua instrumentalidade e materialidade, por uma Constituição Internacional, que transcenda a soberania dos estados signatários do tratado internacional celebrado exclusivamente para autorizar a gênese da Constituição Internacional pelo Poder Constituinte Internacional, asseverando que não há outra solução, uma vez que desde a antiguidade a aplicação do direito internacional vagueia entre os povos, cujas normas possuem aplicabilidade não raras vezes restrita e até mesmo *soft law*, e em outras, talvez por casuísmos, suas normas instrumentais e materiais são mais respeitadas, mas nunca tratadas com a soberania de uma Constituição Nacional, razão pela qual, tanto a sua codificação pelo processo civil internacional, no tocante aos direitos humanos e universais de primeira geração, tais como a miséria que assola as

¹ Graduado em Direito pela UFMG, com pós-graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho, sob a orientação do Professor Doutor André Fontes.

crianças africanas e tantas outras mazelas sofridas mundo afora, com a instituição da Constituição Internacional, a fim de conferir às normas da referida Constituição Internacional autoridade que transpasse a soberania dos estados signatários, a fim de preservar os Direitos Humanos, através do processo civil internacional devidamente codificado.

Palavras-chave: Reflexão; Operadores do Direito Internacional; Crianças morrendo de fome; Miséria; Processo Internacional: Solução ou Utopia? Convenção internacional sobre os direitos da criança.

Introdução

Prima facie, impende registrar que desde a antiguidade existem registros de acordos celebrados entre os Estados, os quais se tornaram meios que viabilizavam a cooperação jurídica e material desde aquela época, razão pela qual os aludidos acordos são fontes do direito internacional.

Inicialmente fundamentados nos costumes e no princípio do livre consentimento e na boa fé, bem como no princípio do *pacta sunt servanda*, os tratados atravessaram a história das relações jurídicas e chegam aos dias atuais, com maior força normativa. Dessa forma, mesmo admitindo-se a importância dos costumes internacionais como fonte concorrente do Direito dos Tratados, a codificação feita pela Convenção de Viena fortaleceu estes atos internacionais na busca da paz e da segurança e beneficiou a estabilidade social ao dar maior transparência ao processo decisório, bem como facilitou o desenvolvimento das relações amigáveis e a consecução da cooperação entre as nações. Convenção de Viena sobre tratados, vigente desde janeiro de 1980, foi internacionalizada, com aprovação pelo Congresso Nacional em 17.07.2009, através do decreto legislativo nº. 496/2009, cujo instrumento de ratificação foi depositado pelo Brasil na Secretaria Geral das Nações Unidas em 25.09.2009, e promulgado e publicado pela Presidência da República no final de 2009 (Decreto 7.030/2009), DOU, 15.12/2009), motivo pelo qual dentre as razões que provocaram o avanço normativo dos tratados, destaca-se a afirmação dos princípios da justiça e do Direito Internacional, particularmente relacionado aos Direitos Humanos. Nesse diapasão, com pena de ouro, escreve Jorge Barrientos-Parra², *verbis*:

Não temos a pretensão de desenvolver aqui o vasto tema dos ensinamentos de Jesus nem de analisarmos o seu ministério. Propomo-nos simplesmente assinalar e refletir sobre algumas passagens dos Evangelhos que nos mostram ações e ensinamentos do Mestre, revolucionários para sua época, os quais no decurso dos séculos se constituíram em fundamento e atos precursores dos direitos humanos, reconhecidos pelos estudiosos. Notemos, preliminarmente, que ele não ensinava como os mestres da sua época, ele o fazia com autoridade. Jesus era coerente. Seus atos confirmavam o seu discurso. Ele percorria todas as cidades e povoados,

² BARRIENTOS-PARRA, J. The Contribution of Christianity in historical formation of Human Rights. *Temas de Administração*, Araraquara, v. 2, n. 2, 2008.

ensinando nas sinagogas, pregando o evangelho do reino e curando toda sorte de doenças e enfermidades. Jesus não tinha segundas intenções quando servia os necessitados. Ele não estava procurando sufrágios para a próxima eleição. Ele o fazia por amor, seus atos e palavras eram coerentes com o enfoque integral do ser humano. Rejeitando todas as opções políticas do seu tempo Jesus adotou a sua própria política baseada em um novo conceito de poder, que poderíamos resumir nesta sentença: “[...] aquele que queira ser governador deve servir aos demais e aquele que queira ser o primeiro deve ser o servidor de todos.” O amor ao próximo e suas implicações. Superando os ensinamentos do Judaísmo, que se haviam transformado em mera forma, sem vida interior, o próprio Jesus afirmou “Não penseis que vim destruir a lei ou os profetas; não vim para destruí-los, mas para cumpri-los.” Assim, logo no início do seu ministério, no Sermão do Monte, ele estabelece a nova lei do amor à qual seria fiel até a morte. O amor liberta. “Ouvistes que foi dito: Amarás o teu próximo, e odiarás o teu inimigo. Eu, porém, vos digo: Amai os vossos inimigos e orai pelos que vos perseguem.” (Mt 5: 43-44). A doutrina do amor ao próximo, inclusive aos inimigos, exercerá uma influência revolucionária através dos séculos, porque em primeiro lugar, propicia a liberdade individual uma vez que ninguém pode exigir ser amado pela força, não existe amor forçado. O amor exige a vontade plenamente livre. Devemos esclarecer de início que aqui se trata do amor ágape, que se doa sem esperar nada em troca, se trata do amor sacrificial. O amor de Jesus não é o Eros platônico nem o *Philia* aristotélico, é a Caridade como explicitada por Paulo em 1 Coríntios 13, segue-se daí que se todas as ações humanas têm como raiz o amor (a caridade) haveriam mudanças radicais no mundo no plano jurídico, político e social. O consagrado jurista italiano Francesco Carnelutti analisando o Estado e o Direito chega à conclusão de que o Estado que conhecemos é um Estado imperfeito porque impondo o direito obriga o homem e um homem obrigado é um homem atado/subjugado. Ora um homem subjugado não tem liberdade de sorte que “[...] mientras los hombres no sepan amar necesitarán juez y gendarmes para tenerlos unidos. Es decir: mientras los hombres no sepan amar hay que obligarlos” (CARNELUTTI, 1956, p. 23, grifo nosso). O ilustre professor da Universidade de Roma postula então a superação do Estado imperfeito justamente através do amor. Ele exemplifica dizendo que existem sociedades como as famílias que se amam perfeitamente que não necessitam a força do direito, eis aí, afirma ele, o Estado na sua pureza, em que as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos se caracterizam pela ausência do direito. Santo Agostinho (apud MÍGUEZ BONINO, p. 125, grifo nosso) escreveu “[...] Ouça, pois, de uma vez, um breve preceito: Ame e você pode fazer o que quiser; si você se cala, se você grita, se você corrige, se você perdoa, cale, grite, corrija e perdoe pelo amor”. Evidentemente que se as nossas ações têm como raiz a caridade (o amor ágape) não pode brotar delas nenhum mal. Pense o leitor o impacto positivo disso no âmbito das relações interpessoais, da família, dos grupos sociais, da sociedade política, dos negócios, dos Estados, das relações internacionais. O amor iguala. O amor propicia a igualdade entre os homens.

Da Assembleia das Nações exclusivamente para criação da Constituição Internacional com jurisdição plena pelo Poder Constituinte Internacional e da autoridade do Tribunal Internacional demonstrada através da eficácia do Processo civil internacional como solução

Inarredável o pensamento de que somente através de uma conscientização universal tornar-se-á possível a concretização dos direitos humanos para que, ao menos e inicialmente os de primeira geração, *v.g.* como o direito à alimentação sadia, sejam efetivamente

respeitados e entregues aos seus legítimos destinatários, uma vez que na atualidade vivemos o momento histórico de partilha e de cooperação jurídica e humanitária entre os povos, sob pena de extinção da humanidade, fato que, aprioristicamente, iniciar-se-á pelos nossos governantes responsáveis pelo trancamento das portas para um mundo melhor e mais justo e solidário. Nesse sentido, insta registrar a criação do Direito Internacional Constitucional, que se encontra em vias de construção e será a solução para o futuro, uma vez que possuindo o status e a autoridade internacional, suas normas incidirão e terão autoridade sobre todo o mundo, no tocante à soberania, à democracia e ao jus cogens em patamares jamais alcançados até a presente data, através da criação do Tribunal Internacional com jurisdição plena em todo mundo ou, pelos menos, nos países signatários do Tratado que o criou. Essa proposta, Excelentíssimas Senhoras Doutoradas e Doutores Professores, insofismavelmente é o ideal, razão pela qual é que se pretende demonstrar através deste artigo, bem como convencê-los a se unirem na conquista deste propósito comum, em benefício de toda a humanidade e, com foco específico e objetivo, na erradicação da miséria e da fome das crianças africanas, o que contraria frontalmente A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no âmbito internacional dispõe que "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação...", bem como o texto normativo assim consignado nestes termos: "Os Estados que adotam (aceitam) esta Constituição, decididos a promover o bem-estar geral, intensificando, por sua parte, a ação individual e coletiva com os fins de: elevar os níveis de nutrição e de vida... e contribuir, assim... a libertar a humanidade da fome. Finalmente, destaca a morosidade na resolução deste gravíssimo problema mundial, através de uma plena cooperação jurídica internacional, nomeadamente em se tratando da proteção dos Direitos Humanos, que somente serão realmente respeitados em todo o mundo, quando houver a instituição do processo civil internacional célere e eficaz, devidamente codificado, em sua instrumentalidade e materialidade, por uma Constituição Internacional, que transcenda a soberania dos estados signatários do tratado internacional celebrado exclusivamente para autorizar a gênese da Constituição Internacional pelo Poder Constituinte Internacional, asseverando que não há outra solução, uma vez que desde a antiguidade a aplicação do direito internacional vagueia entre os povos, cujas normas possuem aplicabilidade não raras vezes restrita e até mesmo *soft law*, e em outras, talvez por casuísmos, suas normas instrumentais e materiais são mais respeitadas, mas nunca tratadas com a soberania de uma Constituição Nacional, razão pela qual, tanto a sua codificação pelo processo civil internacional, no tocante aos direitos humanos e universais de primeira geração, tais como a miséria que assola as crianças africanas e tantas outras mazelas sofridas mundo afora, com a instituição da Constituição Internacional, a fim de conferir às normas da referida Constituição Internacional autoridade que transpasse a soberania dos estados signatários, a fim de preservar os Direitos Humanos, através do processo civil internacional devidamente codificado. Não há a mínima dúvida de que a proposta apresentada por este artigo é perfeitamente factível, razão pela qual jamais será uma utopia a erradicação da miséria e o desenvolvimento dos povos através do processo

civil internacional, desde que instituído nos parâmetros e no modelo, bem como codificado e autorizado, mesmo que inicialmente e de forma provisória, por uma Constituição Internacional, a fim de que suas normas instrumentais e materiais sejam prontamente cumpridas pelos países signatários, como destaque neste artigo e para fins de início dos trabalhos, o direito impostergável, humano e universal à alimentação sadia das crianças africanas e tantos outros direitos humanos que, paulatinamente, incorporar-se-ão ao processo civil internacional e à Constituição Internacional, como solução de tantos conflitos, que migraram da antiguidade até os dias atuais, que se encontram ainda sem solução, que somente agora é encontrada, como exposto com sinceridade, amor e, sem a mínima dúvida, sob a inspiração divina, razão pela qual exorto os operadores do direito internacional que façam essa derradeira tentativa, uma vez que até agora, não obstante o incessante estudo e Congressos, não obtiveram êxito, pois de nada vale um processo, que não consegue materializar o direito substantivo por ele tutelado. Finalmente, deixo esse meu apelo, pois estou certo de que se assim for proposto na Convenção de Haia ou até mesmo antes dela, muitos avanços serão alcançados, com a entrega dos direitos humanos e universais aos seus destinatários final *v.g.* o titular do direito humano e universal à alimentação adequada, previsto no artigo 25³ da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – ONU –, cuja extensão foi ampliada em outros dispositivos do Direito Internacional, como o artigo 11⁴ integralizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992; do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comentário Geral nº 12⁵ da ONU, elevado ao status constitucional brasileiro em decorrência da promulgação da EC nº 64, que

³ Artigo 25 - Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

⁴ ARTIGO 11:1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

⁵ 1. O direito humano à alimentação adequada é reconhecido em vários documentos da lei internacional. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trata este direito de maneira mais abrangente do que qualquer outro. Conforme o artigo 11.1 do Pacto, os Estados partem reconhecem o "direito de todos de usufruir de um padrão de vida adequado para si mesmo e sua família, incluindo moradia, vestuário e alimentação adequados, e à melhoria contínua das condições de vida". De acordo com o artigo 11.2, eles reconhecem que medidas mais urgentes e imediatas podem ser necessárias para assegurar "o direito fundamental a estar livre da fome e da desnutrição". O direito humano à alimentação adequada é de importância crucial para a fruição de todos os direitos. Aplica-se a todos, desta forma, a referência no artigo 11.1 a "si mesmo e sua família" não implica em qualquer limitação para a aplicação deste direito a indivíduos ou famílias chefiadas por mulheres.

internalizou o direito à alimentação no artigo 6º da Constituição Federal. No entanto, a concretização desse direito humano e universal ainda permanece como desafio a ser alcançado no Brasil e no mundo. No tocante ao Brasil, o Direito à alimentação deriva do direito à sadia qualidade de vida disposto no artigo 225⁶ da CF/1988 para que gerações vindouras usufruam de bem-estar físico, psíquico e social, através de uma alimentação adequada, assim como condições básicas de habitação, saneamento e um ambiente físico equilibrado, concluindo-se, portanto, que o direito fundamental à alimentação tem por base o impostergável direito à vida, à saúde e à sadia qualidade de vida. No plano internacional, embora existam diversos instrumentos na busca da garantia do direito à alimentação, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no âmbito internacional dispõe que "Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive *alimentação...*", bem como o texto normativo assim consignado nestes termos: "Os Estados que adotam (aceitam) esta Constituição, decididos a promover o bem-estar geral, intensificando, por sua parte, a ação individual e coletiva com os fins de: elevar os níveis de nutrição e de vida... e contribuir, assim... *a libertar a humanidade da fome; ...*", conforme expressa e literal disposição contida no preâmbulo da parte A, da Constituição da Organização das Nações Unidas para alimentação, o que revela e constitui meio de prova, de presunção *juris et de jure*, de que a finalidade desses tratados consiste em efetivar o direito à vida, uma vez que a alimentação é uma necessidade primária e básica para existência do ser humano. Outrossim, a Convenção internacional sobre os direitos da criança⁷ é um tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, aprovada na Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Ademais, as metas do milênio estabelecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 2000, com o apoio de 191 nações, conhecidas como "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio" (ODM), destaca-se, entre elas, como a primeira meta a ser alcançada: "*acabar com a fome e a miséria*" entre outras sete, também importantes, como atingir o ensino básico universal; promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; reduzir a mortalidade na infância; melhorar a saúde materna; combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças e garantir a sustentabilidade ambiental, configurando, portanto, propósito primário da ONU "conseguir cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, através de agências criadas para trabalhar e alcançar esse objetivo, principalmente sob a autoridade da Assembleia Geral e do ECOSOC⁸. Evidente, pois, que algo deve ser feito e com celeridade, diante da gravidade que

⁶ "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

⁷ Convenção internacional sobre os direitos da criança é um tratado que visa à proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, aprovada na Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. O Brasil subscreveu e ratificou o tratado em 1990. Ele foi incorporado direito nacional por meio do decreto número 99 710, de 1990.

⁸ O Conselho de Tutela tinha a função de proteger povos sem governo próprio sendo composto por membros do Conselho de Segurança e outros eleitos pela Assembleia Geral. Foi desativado em 1997, três

envolve este assunto e da imprescindibilidade da internacionalização dos Direitos universais do ser humano, uma vez que os aludidos direitos são válidos e exigíveis a qualquer tempo e em qualquer lugar, posto que inerentes à própria natureza humana, como o direito à alimentação por excelência, que tem previsão nacional e transnacional. Percuciente registrar que há mais de 17 anos, ou seja, no ano 2000 os 192 estados-membros concordaram em atingir oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio até 2015,⁹ o que não ocorreu e inexistem justificativas aceitáveis para explicar o descumprimento de tão importantes direitos, cujo primeiro da relação é justamente o direito à alimentação, posto ser imprescindível à vida. Diante disso, por uma questão de lógica, tantos outros direitos humanos e universais sonogados de seus titulares causaram-lhe lesões provavelmente irreversíveis e ainda permanecem descumpridos, sob o argumento de uma soberania hábil na criação de redomas capazes de erigirem obstáculos intransponíveis, para que o bem da vida, tutelado pelo direito internacional, não chegue ao seu destinatário final. Ressalta-se, finalmente, a imprescindibilidade do processo civil internacional¹⁰ e sua devida codificação, a começar pelos direitos universais de primeira geração, uma vez que muitas “utopias” até agora reconhecidas e admitidas serão gradativamente eliminadas,¹¹ desde que este lamentável estado de coisas seja extirpado, através do cumprimento integral de todas as cláusulas dos acordos, tratados e das convenções internacionais já celebrados e por celebrar, primeiramente no tocante à alimentação sadia das crianças africanas, cuja fome e a miséria são notórias e bem visíveis ao mundo inteiro, como foram cabalmente demonstradas, bem como de todas as crianças sem exceção, pois, somente assim, daremos um grande passo à frente na entrega completa do direito universal à alimentação, uma vez que a sua falta, mesmo que por um pequeno lapso de tempo, pode causar a morte de seus titulares, que são crianças em sua

anos após a independência da última colônia, Palau, que se tornou um Estado membro das Nações Unidas, em dezembro de 1994.

⁹ Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODMs) foram os oito objetivos internacionais de desenvolvimento para o ano de 2015 que foram estabelecidos após a Cúpula do Milênio das Nações Unidas em 2000, após a adoção da Declaração do Milênio das Nações Unidas. Todos os 191 Estados membros da ONU na época e pelo menos 22 organizações internacionais, comprometeram-se a ajudar a alcançar os seguintes Objetivos de Desenvolvimento do Milênio até 2015: Erradicar a pobreza extrema e a fome; Alcançar o ensino primário universal; Promover a igualdade de gênero e empoderar as mulheres; Reduzir a mortalidade infantil; Melhorar a saúde materna; Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; Garantir a sustentabilidade ambiental; Desenvolver uma parceria global para o desenvolvimento.

¹⁰ Jahyr-Philippe Bichara; Marconi Neves Macedo. *O novo código de processo civil e suas inovações no âmbito do direito internacional*. Resumo: Este trabalho, na ocasião da renovação integral do Código de Processo Civil do Estado brasileiro, visa à análise dos avanços legislativos no que pertine à inserção da jurisdição brasileira no contexto internacional de suplementação jurisdicional pela via da arbitragem, bem como de indicação limites e cooperação entre as jurisdições estatais. O objetivo é evidenciar qual a relevância que o novel estatuto formal civil, regra legal subsidiária para todo o sistema processual pátrio, atribui à normativa de origem internacional no disciplinamento do sistema processual brasileiro. Nesse sentido, a metodologia utilizada é de caráter descritivo e explicativo da normativa e da doutrina jurídica especializada, no intuito de elucidar qual o impacto da nova legislação no que se refere ao reconhecimento do Direito Internacional como diretriz para o exercício jurisdicional. Conclui-se pelo alinhamento do Código de Processo Civil de 2015 com o Direito Internacional, ao estabelecer em múltiplas oportunidades a prevalência de arranjos específicos deste em face de normas internas brasileiras.

¹¹ BARRIENTOS-PARRA, 2008.

maioria. Assim, peço que Deus nos ajude na conquista e no êxito desta difícil missão até então descumprida, cuja morosidade poderá transformar os responsáveis exímios operadores do direito em profissionais em inadimplentes para com as suas obrigações profissionais, além de ilações precipitadas e talvez injustas acerca de desvios éticos, morais e religiosas, o que somente através de um sincero exame de consciência ser-lhes-á possível avaliar o denodo no cumprimento ou não de sua missão.

Diante disso, urge a criação de um Tribunal Constitucional Internacional, detentor de jurisdição plena e vinculado à ONU, que deverá sofrer considerável reformulação, a fim de adaptar-se à nova realidade instituída pelo poder CONSTITUINTE INTERNACIONAL, através da instituição do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL, com competência prevista na nova Carta da *nova* ONU, para o exercício de suas funções independentes, cujas deliberações transcenderão a soberania dos estados nacionais, a fim de garantir a tutela dos direitos humanos, através do processo internacional. Como asseverado, é chegada o momento histórico de unirmos num propósito comum, uma vez que basta as elucubrações e as conjecturas, que não raras vezes originam longos discursos acadêmicos, cujo entendimento da retórica jurídica usado é inexpugnável ao entendimento do homem médio, bem como a sua praticidade deixa muito a desejar, uma vez que a ampla e belíssima argumentação fica restrita ao recinto acadêmico em que foi proferida ou mesmo que enviada para outrem, da mesma forma permanece *in abstracto, explico*: embora sejam ideias brilhantes, infelizmente não são concretizadas, em sua maioria. Entrementes, o Direito Internacional vem perdendo sua credibilidade diante da população mundial, pois não há lógica existir um processo internacional que não alcance a sua finalidade. Ademais, o direito de acesso à justiça é muito mais amplo e não se trata apenas de uma questão de ter acesso formal à justiça, mas também de ter as garantias do processo respeitadas e o direito ao cumprimento da sentença prolatada.

Nesse sentido, a ampliação conceitual do *jus cogens*, certamente será algo revolucionário, principalmente sobre os direitos das crianças que, mesmo com restrições ao exercício de sua capacidade jurídica, sua personalidade jurídica não é comprometida por isso, ou seja, a personalidade jurídica é preservada integralmente. *v.g.*, o caso dos meninos do Vietnã, por exemplo, posto que, diante da impossibilidade de ter seus direitos defendidos, seus guardiães ou tutores o faziam, mesmo que eles não tivessem capacidade jurídica, tinham sua personalidade jurídica internacional respeitada. Nesse contexto, o Brasil evoluiu sobremaneira em termos de cooperação jurídica internacional, cuja evolução se dá por meio de dois fenômenos concomitantes: a abertura do direito interno ao Direito Internacional e a integração regional.

Importantíssimo, pois, ressaltar que o ordenamento jurídico e a jurisprudência brasileira ingressaram na sociedade globalizada, ocupando um espaço geográfico cada vez menor, com o advento da ciência da computação e da TI, como técnica científico e informacional, o que intensificou os fluxos físicos e de troca de informações, consolidando espaços rápidos e luminosos e refletindo a tendência à abertura do direito interno ao direito internacional, em um contexto de transformações ditadas pelo fenômeno da globalização,

como se verifica através do Protocolo de Ouro Preto¹², que introduziu um mecanismo de cooperação bem aceito no Brasil e tem sido adotado pela jurisprudência nacional. Em mais essa circunstância, o MERCOSUL impulsiona o direito brasileiro para uma plena cooperação jurídica internacional, nomeadamente em se tratando da proteção dos Direitos Humanos, que somente serão efetivamente respeitados em todo o mundo, quando tivermos um processo civil internacional célere e eficaz, devidamente codificado por uma Constituição Internacional criada pelo Poder Constituinte Internacional. Esta é a proposta perfeitamente factível e, portanto, jamais poderá ser considerada utópica!

Conclusão

Indispensável à conclusão deste artigo, a inolvidável reiteração do convite, de forma respeitosa e incisiva, em face da urgência e importância deste assunto, para que todos os Operadores do Direito Internacional façam uma profunda reflexão sobre a crise resultante da falta de efetividade do processo do internacional, mormente no tocante aos bens da vida tutelados e ainda não entregues ao destinatário final ou ao seu titular, como o direito humano e universal à alimentação adequada, previsto no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – ONU -, integralizado ao ordenamento jurídico brasileiro; previsto no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Comentário Geral nº 12 da ONU, também integrado ao ordenamento jurídico brasileiro pela da EC nº 64, que internalizou o direito à alimentação no artigo 6º da Constituição Federal.

Ressalta-se, finalmente, a imprescindibilidade do processo civil internacional e sua devida codificação, a começar pelos direitos universais de primeira geração, uma vez que muitas “utopias” até agora reconhecidas e admitidas serão gradativamente eliminadas, desde que este lamentável estado de coisas seja extirpado, através do cumprimento integral de todas as cláusulas positivadas nos acordos, tratados e nas convenções internacionais já celebrados e ainda por celebrar, primeiramente no tocante à alimentação sadia das crianças africanas, cuja fome e a miséria são notórias e bem visíveis ao mundo e a todas as crianças, sem exceção, pois, somente assim, dar-se-á um grande passo na entrega completa do direito humano e universal à alimentação, uma vez que a sua falta, mesmo que por um pequeno lapso de tempo, pode causar a morte de seus titulares, que são crianças, em sua maioria.

Assim agindo creio que, com a ajuda de Deus e de sua infinita Sabedoria, somada ao extenuante, porém nobre trabalho, que teremos à frente, não há dúvida de que obteremos

¹² Objeto do Protocolo - Artigo 1º O presente Protocolo tem objetivo regulamentar entre os Estados Partes do Tratado de Assunção o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer”. “Admoesto-te, pois, antes de tudo, que se façam deprecações, orações, intercessões, e ações de graças, por todos os homens; Pelos reis, e por todos os que estão em eminência, para que tenhamos uma vida quieta e sossegada, em toda a piedade e honestidade; Porque isto é bom e agradável diante de Deus nosso Salvador, Que quer que todos os homens se salvem, e venham ao conhecimento da verdade. Porque há um só Deus, e um só Mediador entre Deus e os homens, Jesus Cristo homem” (1 Timóteo, 2, 1-5).

o êxito tão almejado nesta difícil missão até então descumprida pela humanidade. *Contrario sensu*, diante desta dívida social possivelmente impagável, somada à morosidade na resolução deste gravíssimo problema mundial, estaremos voltando no tempo e chancelando toda a injustiça até agora praticada, não somente àquelas crianças africanas, como também a tantos outros descumprimentos de direitos humanos universais mundo afora, transformando nossa indolência em portas abertas aos especuladores da pobreza em solo africano, bem como a que assola todo mundo, razão pela qual jamais poderemos nos silenciar, ao contrário, agir e com rapidez, antes que seja tarde demais.

Dessa forma, é-nos imposta a tomada de uma atitude severa consubstanciada no alcance dos virtuosos objetivos do processo civil internacional, decorrente de uma plena cooperação jurídica internacional, nomeadamente em se tratando da proteção dos Direitos Humanos, que somente serão realmente respeitados em todo o mundo, quando houver a instituição do processo civil internacional célere e eficaz, devidamente codificado, em sua instrumentalidade e materialidade, por uma Constituição Internacional, que transcenda a soberania dos estados signatários do tratado internacional celebrado exclusivamente para autorizar a gênese da Constituição Internacional pelo Poder Constituinte Internacional. Desse modo, não há outra solução, uma vez que desde a antiguidade a aplicação do direito internacional vagueia entre os povos, cujas normas possuem aplicabilidade não raras vezes restrita e até mesmo *soft law*, e em outras, talvez por casuísmos, suas normas instrumentais e materiais são mais respeitadas, mas nunca tratadas com a soberania de uma Constituição Nacional, razão pela qual, tanto a sua codificação pelo processo civil internacional, no tocante aos direitos humanos e universais de primeira geração, tais como a miséria que assola as crianças africanas e tantas outras mazelas sofridas mundo afora, com a instituição da Constituição Internacional, a fim de conferir às normas da referida Constituição Internacional autoridade que transpasse a soberania dos estados signatários, a fim de preservar os Direitos Humanos. Não há a mínima dúvida de que a proposta apresentada por este artigo é perfeitamente factível, razão pela qual jamais será uma utopia a erradicação da miséria e o desenvolvimento dos povos através do processo civil internacional, desde que instituído nos parâmetros e no modelo, bem como codificado e autorizado, mesmo que inicialmente e de forma provisória, por uma Constituição Internacional, a fim de que suas normas instrumentais e materiais sejam prontamente cumpridas pelos países signatários, como destaque neste artigo e para fins de início dos trabalhos, o direito imposterável, humano e universal à alimentação sadia das crianças africanas e tantos outros direitos humanos que, paulatinamente, incorporar-se-ão ao processo civil internacional e à Constituição Internacional, como solução de tantos conflitos, que migraram da antiguidade até os dias atuais, que se encontram ainda sem solução, que somente agora é encontrada, como exposto com sinceridade, amor e, sem a mínima dúvida, sob a inspiração divina, razão pela qual exorto os operadores do direito internacional que façam essa derradeira tentativa, uma vez que até agora, não obstante o incessante estudo e Congressos, não obtiveram êxito, pois de nada vale um processo, que não consegue materializar o direito substantivo por ele tutelado. Finalmente, deixo esse meu apelo, pois estou certo de que se assim for proposto na Convenção

de Haia ou até mesmo antes dela, muitos avanços serão alcançados, como resultado de muito trabalho e da fé de cada representante do Grupo de Trabalho 2: Processo Civil Internacional.¹³

Referências

- BÍBLIA SAGRADA. Almeida revista e atualizada. Curitiba: Sociedade Bíblica do Brasil, 2017.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de Direito Internacional Privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BASSO, Maristela, Curso de Direito Internacional Privado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. . Emendas à Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. BURDEAU, Georges et al. Droit constitutionnel. 24. ed. Paris: LGDJ, 1995. CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra, v. I, 1977.
- CARVALHO, Orlando Magalhães. O mecanismo do governo britânico. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943.
- CHANTEBOUT, Bernard. Droit constitutionnel et science politique. 14. ed. Paris: Armand Colin, 1997.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito constitucional anotado. Coimbra: Almedina/Quid Juris, 2008.
- _____. Corte/Tribunal Constitucional Internacional. Nota de abertura. In: Notandum 41. Porto/São Paulo: CEMOrOC-Feusp/IJI-Univ. do Porto, 2016.
- DERRIDA, Jacques; HABERMAS, Jünger. Passado traçou mentalidade política única. Jornal Folha de São Paulo, Caderno Mundo, 8 jun. 2003.
- DIEZ-PICAZO, Luis María. Constitucionalismo de la Unión Europea. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- FAVOREU, Louis. As cortes constitucionais. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. La sovranità nel mondo moderno. Roma: Editori Laterza, 1997.
- FRANCISCO (Papa). Laudato si – Louvado sejam: Sobre o cuidado da Casa Comum. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015.
- GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrol – O que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2007.

¹³ Coordenadores: Me. Marcel Vitor de Magalhães e Guerra, Brigida Roldi Passamani, Bruna Rocha Passos e Luiza Tosta Cardoso, Jordan Tomazelli, Lígia Barroso Fabri, cuja harmonia da aludida Equipe encontra-se orquestrada pela batuta da notável Prof^a. Dr^a. Valesca Raizer Borges Moschen, DA Universidade Federal do Espírito Santo – UFES.

- HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional común europeo. In: LUÑO, Antonio-Enrique Perez (Coord.). Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milênio. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Après l'État Nation*. Paris: Fayard, 2008.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist papers*. New York: Bantam Dell, reissue, 2003.
- JOÃO XXIII (Papa). Carta Encíclica *Pacem in Terris*: paz, povos, guerra, justiça, caridade, liberdade, 11 de abril de 1963. Rome: Vatican City.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: L&PM, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- _____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LEBEN, Charles. *Hans Kelsen: Ecrits français de droit international*. Paris: PUF, 2001.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. Cascais: Principia, 2002.
- MOREIRA, Vital et al. *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, v. 2, 2001.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *A Constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional*. Prefácio Friedrich Müller. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado*. Prefácio Francisco Rezek. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito constitucional internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PELLET, Alain et al. *Droit international public*. 8. ed. Paris: LGDJ, 2009.
- PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Tradução e Coordenação: Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda. Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva/IDP, 2014.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A efetividade da mediação e da conciliação enquanto métodos adequados de resolução de conflitos: uma análise do CEJUSC da Comarca de Manhuaçu/MG

Luísa de Castro Graize Garcia¹

Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira²

Resumo: Com a evolução da sociedade e conseqüente complexidade dos seus problemas, tornou-se necessária a busca por alternativas às soluções de controvérsias considerando que a decisão imperativa do juiz, que ainda é a regra adotada, não é sempre a melhor maneira de se recompor a relação intersubjetiva rompida pelo litígio, isto considerando o elevado número de processos judiciais tramitando no Poder Judiciário, dentre outros fatores. Pretende-se analisar a efetividade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, mormente à luz dos valores inseridos no Novo Código de Processo Civil a partir da análise dos dados provenientes do CEJUSC da Comarca de Manhuaçu/MG. Com isto, procura-se responder se a sociedade reconhece a aplicação de métodos consensuais de solução de conflitos (principalmente no que tange à conciliação e à mediação) como meios mais efetivos de tutelar seus direitos e se, por meio desses métodos, é possibilitado o acesso à Justiça. A análise partirá das reflexões sobre sistema da Justiça Multiportas, considerando que a "Justiça" possui inúmeras formas de acesso, possibilitando que todos possam usufruir dela, a qualquer tempo e do melhor modo.

Palavras-chave: Conciliação; Mediação; CEJUSC; Justiça Multiportas.

Introdução

Nos primórdios utilizava-se a força física para resolver eventuais conflitos que surgissem entre os indivíduos. Com o desenvolvimento da civilização, a autocomposição foi se tornando a maneira mais viável e democrática de se resolverem os conflitos, utilizando-se o diálogo, o conhecimento e o bom senso, cedendo um pouco à razão de cada um para se atingir um resultado satisfatório a ambos. Desenvolveu-se também a prestação jurisdicional, que só era procurada quando a autocomposição não surtisse efeito.

¹ Graduanda na Faculdade DOCTUM de Manhuaçu, Minas Gerais. E-mail: luisagraize@gmail.com.

² Mestrando no Programa de pós-graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. Professor da Rede de Ensino DOCTUM. E-mail: diogo.nolasco@gmail.com.

Contudo, com a facilitação do acesso à justiça ocorrera a judicialização dos conflitos, e os cidadãos passaram a procurar o Poder Judiciário antes mesmo de tentarem dialogar. Consequência disso, cumulado com o formalismo exacerbado, o número de demandas tornou-se muito superior à quantidade de servidores disponíveis, culminando em uma justiça morosa e ineficaz.

Tendo em vista tal realidade, o legislador vislumbrou como meio de desafogar o Poder Judiciário a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos e, por meio do Novo Código de Processo Civil, instrumentalizou o comprometimento do Estado em promover a solução consensual do conflito, bem como garantir o incentivo às práticas de conciliação de modo que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público se empenhem em obter tal solução a todo o momento, inclusive no curso de um processo judicial.

Em razão da inobservância de vários princípios constitucionais e legais, principalmente no que tange ao princípio da duração razoável do processo, o CPC de 2015 positivou uma alternativa à cultura do litígio: os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Estes são a aposta do novo diploma processual para desafogar o Poder Judiciário e proporcionar uma justiça mais efetiva.

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.

Art. 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.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

Nesse diapasão, junto ao CPC 2015, a Lei de Mediação nº 13.140/2015 determinou que fossem criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, considerados uma instância destinada à solução de conflitos por meio da autocomposição, podendo ser acionada tanto antes de se tornarem processos judiciais, quanto no curso de demandas já distribuídas.

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (Lei nº 13.140/15).

No plano infra legal, o tema é tratado na Resolução nº 125/2010, precursora e primordial para o desenvolvimento do Microsistema de Solução Consensual de Conflitos,

em cujo art. 8º, § 2º (modificado pela Emenda nº 2, de 08/03/2016) determina que a instalação desses Centros é obrigatória nas comarcas onde existam dois Juízos com competência para realizar audiência.

Sendo assim, a partir de 2015 começaram a ser implantados por todo o Brasil os CEJUSCs, a fim de atender às determinações legais.

Dado o transcurso do tempo, faz-se necessária a análise do seu funcionamento na prática, para que seja possível verificar se está atendendo às finalidades legalmente postuladas, culminando em uma melhora da visão do Poder Judiciário pelos seus destinatários.

Para tanto, utilizou-se dados provenientes da Comarca de Manhuaçu, sendo feita uma abordagem qualitativa, capaz de mostrar os benefícios obtidos em tão curto período de tempo.

Introduzido o tema, passa-se ao seu desenvolvimento, com o fim de verificar se a mediação e a conciliação realizadas na Comarca de Manhuaçu estão sendo capazes de desafogar o Poder Judiciário, bem como de fornecer um melhor desfecho para os problemas da sociedade, atingindo, assim, seu escopo.

Autocomposição na história

No início da civilização a justiça era feita com as próprias mãos, sendo quem sofria a lesão responsável por “dar o troco” no ofensor, da maneira que lhe conviesse, não havendo proporção entre a ofensa e a reação do lesado.

A evolução seguinte foi para a Lei de Talião “olho por olho e dente por dente”, a qual estabeleceu proporcionalidade entre a ofensa e a resposta.

Posteriormente avançou-se para o processo como meio mais civilizado de resolução das controvérsias, passando as decisões para o Poder Judiciário por meio de um terceiro neutro (o juiz), responsável por averiguar a dimensão da ofensa e a sanção correspondente. A vontade do Estado passa a se sobrepor a das partes envolvidas, sem interessar o que elas pensam a respeito do problema.

Contudo, esse modelo já se encontra exausto, inviabilizando fundamentos previstos na Magna Carta, dentre eles o da duração razoável do processo.

Ademais, muitas vezes o judiciário, por meio do processo, fornece respostas meramente processuais/formais, deixando de lado a realização do bem material ali discutido, causando a quem o provoca sentimentos de angústia e frustração.

José Renato Nalini corrobora com esse entendimento, afirmando que inúmeras vezes o judiciário fornece respostas meramente técnicas, as quais “terminam o processo, mas não encerram o conflito” (2018, p. 31). Assim, a excessiva judicialização conduz ao desalento e ao descrédito.

Por essas razões passou-se a buscar alternativas ao processo convencional, culminando na adoção de métodos adequados de solução dos conflitos, os quais são considerados inúmeras portas de acesso ao Judiciário, que passa a ser visto como Justiça Multiportas.

Dentre as múltiplas portas de acesso encontram-se os métodos autocompositivos, sobre o que ensina Kleber Cazzaro como “operada pelos próprios litigantes, ela consiste em buscar a solução do conflito no diálogo, através de concessões recíprocas” (2013, p. 184).

No artigo “Princípio da Cooperação e a Audiência prevista no artigo 334 do CPC” publicado na revista FONAMEC, o Ministro Marco Aurélio Buzzi afirma que “esses métodos não constituem novidade alguma, até porque, em diversos países, inclusive no Brasil, já foram ou continuam sendo utilizados como alternativa ao sistema jurisdicional de pacificação social” (2017, p. 263).

Assim, o que ocorreu com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil foi o incentivo e a adoção pelo próprio Poder Judiciário de duas das múltiplas portas de acesso à Justiça, quais sejam: a conciliação e a mediação, que se contrapõem à longa duração dos processos, seu alto custo e às suas respostas, não raras vezes, insatisfatórias.

História brasileira

A primeira Constituição brasileira, a Carta Imperial de 1824, previa a obrigatoriedade de submissão do conflito ao serviço de conciliação antes de o autor recorrer ao Judiciário formal.

A despeito disso, a cultura jurídica pátria, com grande influência romana, consolidou-se na figura do litígio e do formalismo, levando a crer que a única possibilidade de se colocar fim a um conflito seria por meio de sentenças judiciais.

Ocorre que a Constituição Brasileira de 1988 conferiu ênfase aos direitos fundamentais e objetivou o acesso à justiça, o que levou a um grande número de ações judiciais e consequente assoberbamento do Poder Judiciário.

Para tentar dar conta dessa ampla demanda, em 1995 promulgou-se a lei 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais, responsável por tratar de causas menos complexas. Ela previu a figura dos conciliadores e dos juízes leigos enquanto auxiliares da justiça, responsáveis pela realização de audiências de conciliação.

Cesar Cury, falando a respeito das consequências advindas dessas normas no livro “Poder Judiciário: novos direitos e desafios à proteção: protagonismo judicial e mecanismo de gestão de demandas”, principalmente no que tange à sobrecarga do Poder Judiciário:

O resultado dessa equação, ao longo de pouco mais de duas décadas, é o estado de saturação do sistema de justiça convencional, em especial dos Tribunais de Justiça. Até 1988, tramitavam cerca de 350 mil ações ao ano. Em 2014, esse montante alcançou aproximadamente cem milhões de processos, conforme dados do CNJ (2017, p. 105).

Ademais, afirma que:

É nesse contexto que novas alternativas começaram a surgir a partir da própria incapacidade do Judiciário em atender às expectativas colocadas sob sua responsabilidade, e cogitações acadêmicas e discussões entre os operadores do

Direito produzem seus primeiros resultados, alguns extraídos de experiências alienígenas e adaptados à legislação nacional (2017, p. 106).

Em 1996 adveio a Lei nº 9.307 dispondo sobre o método da arbitragem, positivando a possibilidade de se solucionar litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis por terceiro imparcial.

A partir de 2008, o CNJ diagnosticou que a tentativa de resolução de todos os tipos de conflitos sociais por meio de decisão judicial já não era mais condizente com a estrutura do Poder Judiciário, nem satisfatória a seus usuários e, por isso, em 2010, editou a Resolução nº 125, instituindo a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, buscando alcançar uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

Em razão dessa paradigmática Resolução, foram incluídas como legítimos mecanismos de resolução de controvérsias a conciliação e a mediação, passíveis de serem utilizadas tanto em controvérsias pré-processuais, quanto em litígios já judicializados. Também inspirado nela, o legislador pátrio incluiu a matéria no Novo Código de Processo Civil, estabelecendo como uma de suas premissas o incentivo aos meios não adjudicatórios de solução de conflitos.

Luis Fernando Guerrero, no livro *Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil*, ensina que:

Merece destaque a Resolução 125 do CNJ, que ampliou institucionalmente, no âmbito do Poder Judiciário, o 'direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, o que implica acesso à ordem jurídica justa', criando um flanco importante para a utilização dos métodos de solução de controvérsias, estabelecendo 'política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses (2015, p. 5).

Ademais, foram positivados ainda dois diplomas legais componentes do Microsistema de Meios Adequados de Resolução de Conflitos, quais sejam: Lei 13.129/15 e Lei 13.140/15 e, em consequência delas, a emenda nº 2/16 do CNJ já atualizando a primordial resolução.

Completam esse Microsistema a Resolução 118/14 do Conselho Nacional do Ministério Público, a Resolução 174/16 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e a Emenda Regimental 23/2016 do Superior Tribunal de Justiça, principalmente seu artigo 288-A.

Esse aparato legal disponibilizou amplos mecanismos de ingresso ao Poder Judiciário, bem como múltiplas portas para se sair dele, valendo-se de técnicas que melhor atendam às particularidades dos casos concretos.

Trata-se de uma Justiça Multiportas, a qual possibilita aos litigantes variadas opções de resolução das controvérsias e não mais apenas a sentença adjudicada.

Justiça Multiportas

A Justiça Estatal clássica, consubstanciada na figura do juiz e na existência de uma lide, até pouco tempo atrás era considerada a única porta de acesso à solução dos conflitos. Contudo, em decorrência da superlotação das varas, da demora no julgamento dos processos e de sua extinção baseada muitas vezes num aspecto meramente formal, fez-se necessário buscar outras portas, capazes de facilitar a resolução das demandas, de forma mais célere e efetiva.

A partir dessa perspectiva vislumbrou-se uma Justiça Multiportas, responsável por tutelar os direitos de forma adequada, tratando cada conflito com o procedimento que melhor se adote às peculiaridades do caso concreto. Abrange tanto uma justiça autocompositiva (exemplo: conciliação, mediação, negociação) quanto uma justiça heterocompositiva (arbitragem e jurisdição estatal).

Nesse sentido leia-se Kleber Cazzaro:

A evolução do Direito e, conseqüentemente, da jurisdição, está intimamente atrelada à evolução do próprio Estado. Portanto, um dos principais focos de ação do Estado é exatamente o estabelecimento de métodos para tratamento de conflitos em sociedade. Seja por mecanismos tradicionais da jurisdição impositiva, seja através de métodos extrajudiciais, não menos eficientes e válidos em relação aos primeiros. Até porque, considerando a complexidade social que existe e a proliferação incontida de conflitos com múltiplas dimensões, a atividade jurisdicional estatal (Poder Judiciário) não pode ser (ou representar) o mecanismo exclusivo para resolução dos conflitos da modernidade (2013, p. 183).

No processo judicial, teoricamente, as partes são personagens imprescindíveis, mas na prática, são apenas um de seus componentes. Nos métodos autocompositivos, em contrapartida, as partes são as efetivas protagonistas do procedimento e aprendem o modo como devem lidar com os conflitos, evitando também o surgimento de novas demandas judiciais.

Marco Aurélio Buzzi em "A Mudança de Cultura pela Composição de Litígios" aponta que:

Os meios alternativos de resolução de conflitos rendem ensejo que as partes envolvidas adquiram maior intimidade e conhecimento das circunstâncias do caso a ser dirimido, e assim, formem o seu próprio convencimento e tenham discernimento suficiente para adotar uma deliberação, sopesando todos os aspectos, de modo que são muito maiores, no âmbito dessas práticas voltadas à solução dos litígios, as chances de resolução do conflito sociológico concomitante a todas as pendências que se pretende solucionar (2014, p. 488-489).

Roger Perrot, citado por Humberto Theodoro Junior, ensina que essas modalidades de solução dos litígios podem ser vistas da seguinte maneira:

Através da conciliação e da mediação, vê-se aparecer uma sorte de justiça consensual. Neste instante o legislador nelas enxerga um meio de aliviar os tribunais e de tornar mais humana a Justiça. A preocupação é louvável; liga-se à ideia de que o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene,

mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina Justiça de Proximidade (2002, p. 147).

Assim, verifica-se que a Justiça Multiportas se preocupa com uma ética cidadã e protagonismo dos maiores interessados na solução do conflito, além de criar um ambiente onde o diálogo não seja substituído pela intervenção obrigatória, automática e técnica.

Cappelletti, em seu livro *Acesso à Justiça*, a respeito de métodos concernentes à Justiça Multiportas, afirma que são vantajosos tanto como maneira de desafogar o judiciário quanto de alcançar o bem das partes:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte vencedora e a outra vencida – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado (2002, p. 31).

Por todo o exposto, passa-se a destrinchar os institutos da conciliação e da mediação, uma vez que foram as portas de acesso à justiça escolhidas pelo legislador pátrio para comporem a estrutura do Poder Judiciário.

Conciliação

A conciliação é uma forma autocompositiva de tratamento de conflitos na qual os interessados, juntamente com um terceiro imparcial, o conciliador, valendo-se da autonomia da vontade, dialogam e chegam a um desfecho para determinado conflito.

É o método adequado para os casos em que não há vínculo anterior entre as partes, litígios menos complexos, uma vez que por não se conhecerem previamente o nível de animosidade entre as partes é mais neutro.

Tem por objetivo a harmonização social das partes e, se possível, a restauração das relações sociais, além de um desfecho satisfatório no menor prazo possível.

Segundo Nalini: “Conciliar é harmonizar, é pacificar, é acalmar os ânimos. É uma estratégia mais eficiente e muito mais ética do que a decisão judicial, tendo em vista que esta pode desagradar ambas as partes envolvidas no litígio” (2018, p. 31).

Afirma ainda que a Conciliação é uma “solução autônoma, reflete a capacidade de cada qual escolher o que é melhor para si” (2018, p. 32) .

Dinamarco esclarece que:

A conciliação é acordo de vontades que resulta de concessões mútuas, em que um terceiro imparcial ajuda, orienta e facilita a composição. O conciliador, além de orientar pode sugerir soluções, desenvolve atividade de modo imparcial, avalia a situação litigiosa propondo uma solução ao conflito, enunciando as vantagens e desvantagens que a transação acarreta aos litigantes (2005, p. 142).

Mauro Cappelletti, no livro *Acesso à Justiça*, a muito já vislumbrava a finalidade social da conciliação em conjunto com sua viabilidade para descongestionar o Poder Judiciário. Leia-se:

A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções (2002, p. 32).

Assim, segue-se à explanação de outro método autocompositivo adotado pelo novo Código de Processo Civil, a mediação.

Mediação

A mediação consiste em um método de resolução de conflitos no qual um terceiro imparcial, sem poder decisório, auxilia no restabelecimento da comunicação entre as partes, facilitando o diálogo para que cheguem juntas e sozinhas a um acordo, portanto, não oferece uma opção diretamente a elas, mas estimula o desenvolvimento de soluções. Dessa forma, os participantes mantêm o protagonismo de suas escolhas.

Mazzei e Chagas, no livro *Justiça Multiportas*, afirmam que o objetivo da mediação “consiste em permitir que os interessados sejam capazes de identificar pontos nodais das controvérsias e de implementar um diálogo” (p. 70, 2018).

Nesse sentido, o §3º do artigo 165 do Código de Processo Civil assevera o dever de auxílio do mediador às partes no que se refere ao restabelecimento da comunicação, compreensão dos interesses em conflito e identificação das soluções às controvérsias que gerem benefícios mútuos.

Logo após a promulgação do novo CPC fora editada a Lei 13.140/15, marco legal da mediação, que delimitou seu objeto, instituiu a mediação extrajudicial - tendo em vista que antes da propositura de uma demanda judicial a animosidade entre as partes é mais neutra, facilitando o acordo -, a mediação pública – uma vez que a Administração Pública é a parte mais expressiva no Poder Judiciário, e o trâmite dos processos em que está envolvida é mais lento.

Corroborando com esse entendimento diz Luciane Moessa de Souza em *Mediação de Conflitos e Administração Pública*:

Não obstante seja necessário reconhecer a peculiaridade dos conflitos envolvendo o Poder Público, ainda assim o caminho da consensualidade se revela, em muitos casos – e aí eu saliento a situação daqueles conflitos que envolvem políticas públicas -, a solução mais adequada para o problema, para não dizer a única possível, notadamente em situações em que os impasses criados geram autênticas paralisações do aparato estatal (2016, p. 228).

Ademais, a referida lei previu diversos princípios a serem observados durante o procedimento. O rol não exaustivo trazido pelo Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores elenca os Princípios da Independência, Imparcialidade, Isonomia entre as partes, Autonomia da Vontade, Confidencialidade, Oralidade, Informalidade, Decisão Informada, Boa-fé, Competência, Respeito à Ordem Pública e às Leis Vigentes, Empoderamento e Validação. Contudo, os mesmos não serão objeto de estudo do presente artigo.

CEJUSC

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania é uma unidade do poder judiciário especializada em atendimento ao público que visa a solução consensual de conflitos e fornece orientações aos interessados sobre matérias relativas à cidadania. É responsável por atender os cidadãos, orientá-los e realizar acordos envolvendo direitos disponíveis.

No que tange à estrutura, conta com os setores pré-processual, processual e de cidadania. O setor de Cidadania é responsável por ouvir o cidadão, compreender sua necessidade e transferi-lo para o setor adequado, aquele mais apto a solucionar seu problema.

O setor Pré-Processual realiza audiências de tentativa de conciliação ou mediação em demandas que não chegaram a ser protocoladas no Judiciário, comparecendo nelas os interessados de forma espontânea. Os próprios interessados são responsáveis por encaminhar à outra parte uma Carta-Convite, expedida pelo CEJUSC. Esse setor é o responsável pela realização da maior parte dos acordos.

O setor Processual é o responsável por realizar as audiências designadas pelos Juízes das Varas Competentes, após despacho judicial e expedição de intimações às partes pela Secretaria responsável. Nesses casos, a ausência de acordo na audiência de conciliação ou mediação é o marco inicial do prazo para apresentação de contestação.

O Ministro do STJ Marco Aurélio Buzzi descreve o CEJUSC como: “local no qual os interessados devem ser recebidos, com vistas a triagem e encaminhamento ao setor (ou porta) considerado mais adequado à solução do tipo específico de conflito” (2017, p. 264).

Completa afirmando que o Estado os instituiu com a finalidade de que sejam “efetivamente utilizados na busca da pacificação social, métodos que até pouco tempo eram considerados alternativos ao processo judicial, contidos no dito sistema multiportas” (2017, p. 264).

O renomado processualista Fredie Didier Jr. demonstra a sua esperança de que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos sejam “utilizados à exaustão por todos aqueles

que pleiteiam perante o Poder Judiciário uma resposta para o direito afirmado e contra afirmado” (2015, p. 347), e que esta Justiça Especializada beneficie, inclusive, os Juizados Especiais Cíveis, os quais também já contam com inegável volume de processos.

A respeito da efetividade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania o doutrinador Nilini afirma que possuem: “considerável êxito na composição dos envolvidos em conflitos. De forma direta, objetiva, desburocratizada e eficiente. A enorme vantagem: solucionam a controvérsia, não apenas encerram o processo” (2018, p. 32).

O Juiz de Direito Renan Chaves Carreira Machado aponta os benefícios obtidos através dos CEJUSCs:

Além de significar menos tempo e gastos na solução de um litígio, a solução consensual reduz as chances de descumprimento do que foi acordado entre as partes. Muitas vezes, a decisão judicial põe um fim no processo, mas não acaba com o conflito. Se há um acordo, o litígio tem um fim.³

Segundo o Conselheiro do CNJ, Henrique Ávila e a Juíza do TJ-ES Trícia Cabral, “a adoção pelo legislador de uma Política Nacional que objetivasse tratar adequadamente os conflitos surtiu efeitos imediatos no Poder Judiciário” (2018, p. 849)

Em vista dessa explanação passa-se a analisar o funcionamento do CEJUSC na prática, com uma abordagem genérica feita pelo CNJ e um recorte mais aprofundado no que se refere à Comarca de Manhuaçu/MG.

Análise da efetividade do CEJUSC Manhuaçu/MG

Luiz Rodrigues Wambier discorrendo em Temas Essenciais ao Novo CPC afirma que “ninguém mais duvida que as partes são as mais capacitadas para construir a melhor solução possível” (2016, p. 43), seja por meio de um eficiente trabalho de aproximação, seja através da oferta de sugestões adequadas.

Mauro Cappelletti, em sua obra Acesso à Justiça, demonstra que:

Embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções (2002, p. 32).

Contudo, como a realidade nem sempre é observada como a teoria sugere, faz-se necessário analisar o funcionamento do CEJUSC na prática. Isto posto, busca-se observar a sua contribuição tanto para resolver os problemas do Poder Judiciário, quanto para os

³ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/belo-horizonte-registra-aumento-nos-numeros-da-conciliacao.htm#.W83LqEtKjIU>>.

maiores interessados, as partes, analisando se sentiram-se beneficiadas pela utilização dos métodos autocompositivos.

Para tanto primeiro verifica-se os dados gerais trazidos pelo CNJ e TJMG.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais hoje conta com 130 unidades de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, instituídas a partir de 2012¹ e intensificadas com a entrada em vigor do novo CPC.

Conforme demonstram estudos feitos pelo CNJ e dados apontados pelo próprio TJMG, este é o Tribunal que vem conquistando melhores resultados a nível nacional no que se refere ao número de acordos, conforme pode ser visto nos excertos a seguir:

Em toda a Justiça brasileira foi de 12,1% o índice de processos resolvidos no ano passado por meio de acordos, frutos de mediação ou conciliação. O dado faz parte do Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base 2017), publicado nesta segunda-feira (27/8). O Índice de Conciliação, medido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), permite que o país tenha ideia da contribuição – em termos estatísticos – das vias consensuais de solução de conflito em relação ao total de decisões terminativas e sentenças. Em termos absolutos, o número de sentenças homologatórias em 2017 foi de 3,7 milhões, em um universo de 31 milhões de sentenças.⁴

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) obteve o maior índice de conciliação - 18,8% - no ano de 2017 entre os tribunais de grande porte do país, de acordo com o Relatório Justiça em Números divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nesta segunda-feira, 27. O número indica o percentual de sentenças homologatórias de acordo proferidas, comparativamente ao total de sentenças e decisões terminativas. Segundo o documento, o tribunal mineiro também alcançou o maior índice de conciliação no 1º grau, com o percentual de 20,7% de acordos. Na fase de execução, o índice foi de 11,9% e na de conhecimento, de 24,5%. Em toda a Justiça Estadual, havia, ao final de 2017, 982 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) instalados. Minas Gerais encerrou o ano com 123 Cejuscs, sendo o Tribunal com o terceiro maior número de Cejuscs do país. O Índice de Atendimento à Demanda da Justiça estadual mineira, que verifica se o tribunal foi capaz de baixar processos pelo menos em número equivalente ao quantitativo de casos novos, foi outro dado expressivo: 102,7% em 2017. Isso significa que os magistrados mineiros julgaram mais processos que os distribuídos em 2017: 1.804,222 distribuídos e 1.853,772 baixados.⁵

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) figura entre os tribunais com melhor desempenho no País. O bom resultado consta no Relatório Justiça em Números 2017, que foi divulgado em setembro e aponta que o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus), em Minas Gerais, saltou de 78% no levantamento feito em 2016 para 86% no relatório deste ano. Minas se destacou também em outras áreas, como na conciliação. O Tribunal mineiro apresentou o melhor índice, de 15,3%, entre os cinco tribunais de maior porte (Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo). O índice abrange o percentual de decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de decisões proferidas.⁶

⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87537-conciliacao-mais-de-tres-milhoes-de-processos-solucionados-por-acordo>>.

⁵ Disponível em: <<https://www.amagis.com.br/plus/modulos/noticias/ler.php?cdnoticia=26010>>.

⁶ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/numeros-do-tjmg-se-destacam-no-cenario-brasileiro.htm#.W-WCPNJKjMx>>.

Estatísticas do TJMG mostram que, em 2016, período considerado para a elaboração do relatório do CNJ, foram agendadas no estado cerca de 108 mil audiências. Destas, 89 mil foram realizadas e 30 mil levaram a um acordo entre as partes. Esses dados dizem respeito apenas à fase processual, quando a demanda já está judicializada. Em 2017, até agosto, esse número já chegou a 123 mil audiências agendadas, das quais foram realizadas 100 mil. Ao todo, foram 35 mil acordos.⁷

No que tange à Comarca de Manhuaçu, o CEJUSC foi inaugurado em 24 de agosto de 2017 e vem, desde então, tentando alcançar a efetividade por meio da prestação de uma tutela judicial mais adequada e humanizada.

Dos temas passíveis de solução consensual, os com maiores índices de acordos realizados na Comarca de Manhuaçu são os de divórcio, pensão alimentícia e guarda de menores.

Depreende-se dos dados fornecidos pelo Juiz titular do CEJUSC Manhuaçu (Dr. Vinicius Dias Paes Ristóri), além dos extraídos do site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, desde a sua inauguração, e decorrido pouco mais de um ano de seu funcionamento, o CEJUSC de Manhuaçu já encerrou mais de 397 processos judiciais por meio da conciliação, além de ter evitado que mais de 400 demandas chegassem a ser distribuídas no fórum da Comarca, uma vez que solucionou tais conflitos no setor pré-processual.

Lembrando que a inauguração ocorreu no final do mês de agosto 2017, logo em setembro já foram realizadas 39 audiências no setor pré-processual que resultaram em 36 acordos, chegando a um índice de 92,31% (noventa e dois, trinta e um por cento) de sucesso. Além disso, foram realizadas 39 audiências processuais, com 4 acordos.

No mês de outubro de 2017, foram realizadas 38 audiências no setor pré-processual que resultaram em 36 acordos, chegando a um índice de 94,59% (noventa e quatro, cinquenta e nove por cento) de sucesso. Ainda aconteceram 83 audiências processuais, acarretando em 11 acordos.

Em novembro de 2017, foram realizadas 26 audiências no setor pré-processual que resultaram em 26 acordos, totalizando 100% (cem por cento) de sucesso. Ademais, no mesmo mês foram realizadas 149 audiências processuais, com 45 acordos.

O mês de dezembro de 2017 contou com 26 audiências no setor pré-processual que resultaram em 26 acordos, chegando a um índice de 100% (cem por cento) de sucesso. Além disso, no que se refere às audiências processuais, foram realizadas 55, sendo que 12 tiveram ali o seu deslinde.

Iniciando 2018, janeiro efetivou 36 audiências pré-processuais com 36 acordos. Ainda foram 30 audiências processuais contabilizando 12 acordos.

Fevereiro de 2018 teve 29 audiências pré-processuais, com 29 acordos. Além disso, foi o mês com maior número de audiências processuais, 187, alcançando a margem de 33 acordos.

No mês de março de 2018 o setor pré-processual realizou 40 audiências somando 36 acordos. Já o setor processual realizou 92 audiências logrando êxito em 26 delas.

⁷ Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/conciliacao-em-minas-tem-bons-indices-em-relatorio-do-cnj.htm#.W-WCsdJKjMx>>

Abril teve 53 audiências pré-processuais, com 45 acordos, além das 64 audiências processuais que deram fim a 24 demandas.

Em maio o setor pré-processual executou 45 audiências efetivando 36 acordos. Acresça-se a esse número as 166 audiências processuais que concluíram 48 casos.

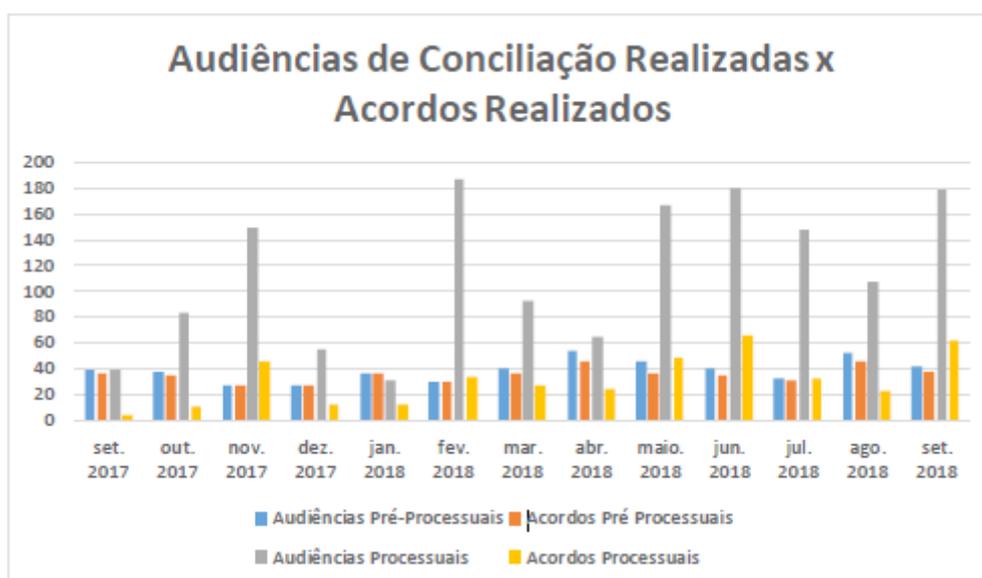
Junho de 2018 realizou-se 43 sessões pré-processuais, totalizando 38 acordos. Ademais, nesse mês foi obtido o maior número registrado até o momento de acordos no setor processual, sendo que das 180 audiências realizadas, efetivaram-se 66 acordos.

O mês de julho contou com 32 audiências pré-processuais, com 30 acordos, além das 148 audiências processuais que contabilizaram 32 acordos.

Em agosto de 2018 foram realizadas 54 sessões pré-processuais que resultaram em 46 acordos. O setor processual realizou 107 audiências culminando em 23 acordos.

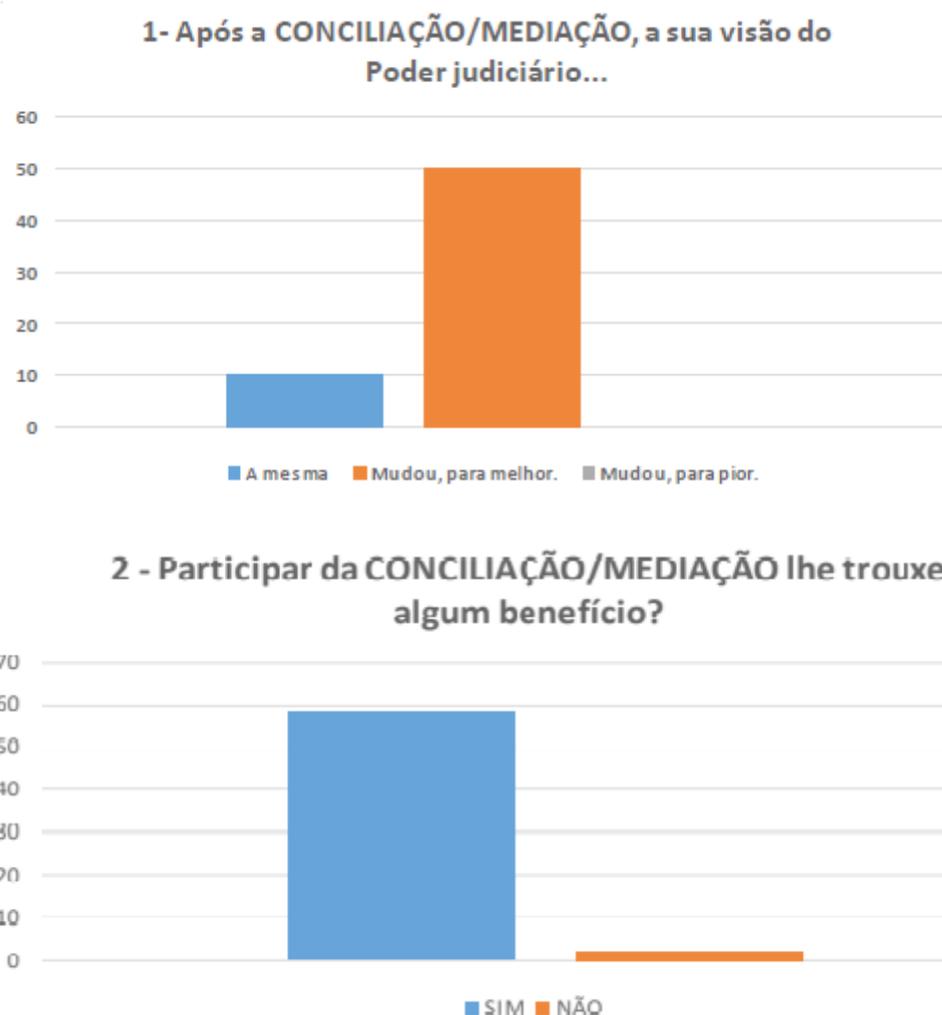
Por fim, o último mês ora analisado, efetuou 42 audiências que acarretaram em 39 acordos pré-processuais. Além delas foram realizadas 179 audiências processuais que deram fim a 61 processos.

Abaixo gráfico comparando as informações supra fornecidas:



Ademais, fora realizada uma pesquisa qualitativa com 60 usuários do CEJUSC de Manhuaçu, questionando-os acerca da sua visão sobre o Poder Judiciário, bem como a respeito de benefícios trazidos pela sua participação em audiência de conciliação/mediação.

Conclui-se por meio desses dados, bem como a partir de todo o exposto, que em Manhuaçu a sociedade e os jurisdicionados parecem ter assimilado bem a autocomposição, sendo o CEJUSC da Comarca de Manhuaçu um exemplo de que a conciliação e a mediação são de fato efetivas, pois, neste curto período de funcionamento, já evitou que mais de 400 conflitos se tornassem litigiosos, extinguiu inúmeras ações que lotavam as varas cíveis, além de ter proporcionado benefícios aos usuários, contribuindo com uma melhora da visão do Poder Judiciário por seus destinatários.



Cabe ressaltar que não se trata de uma verdade no cenário nacional, sendo a amostra analisada apenas na cidade de Manhuaçu e nela limitada. Além disso, não foram avaliados aspectos culturais, econômicos e sociais, tendo sido realizada uma verificação da quantidade de casos que chegam ao Judiciário e são solucionados de uma maneira ou de outra.

Conclusão

O presente trabalho buscou analisar a efetividade dos institutos da conciliação e da mediação enquanto métodos de resolução de conflitos, tendo como base a resolução no 125/2010 do CNJ e o Código de Processo Civil de 2015, que deu força à emergência de uma Justiça Multiportas, além dos dados práticos obtidos no CEJUSC da Comarca de Manhuaçu.

Para tanto, foi feita uma análise estatística com as informações provenientes da Comarca de Manhuaçu. Partiu-se da premissa de que a crescente judicialização das demandas fez com que o Poder Judiciário ficasse abarrotado, sendo o Poder mais procurado pelos cidadãos para atender a seus anseios.

Por isso, verificou-se a importância social do tema abordado, tendo em vista a mora judicial e a rapidez que o CEJUSC propicia em contrapartida para a resolução das demandas mais corriqueiras na sociedade, além da relevância jurídica consubstanciada no fato de ser um tema “novo”, cuja emergência fora difundida pelo CPC de 2015.

Após esse período de estudos, chegou-se à conclusão de que o CEJUSC da Comarca de Manhuaçu efetivamente auxilia na diminuição do número de processos correndo nas varas cíveis, principalmente no que se refere aos que envolvem direito de família, garantindo uma rápida tutela judicial aos problemas corriqueiros da sociedade, além de contribuir com a melhora da visão dos jurisdicionados sobre o Poder Judiciário.

Os objetivos propostos foram concluídos, principalmente no que se refere ao objetivo geral de analisar a efetividade da conciliação e da mediação na Comarca de Manhuaçu enquanto métodos adequados de resolução de conflitos capazes de tornar mais célere a prestação jurisdicional e facilitar o acesso à justiça.

Cabe ressaltar que a contribuição dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que realizam as audiências de conciliação e mediação já pode ser verificada na prática, contudo, ainda pode vir a se tornar muito mais efetiva se forem melhor divulgadas todas as suas possibilidades aos cidadãos.

Acredita-se que quando a população tiver conhecimento do que pode ser resolvido através da autocomposição o número de conflitos solucionados por meio da conciliação e da mediação será compatível com o número de sentenças heterocompositivas prolatadas.

Referências

- BEZERRA, Rommel Oliveira. A Efetividade da Conciliação Como Meio de Tratamento Adequado de Conflitos: Um Estudo da Atuação das Unidades do JECC (Juizado Móvel e 10a Unidade) – em Fortaleza no Período de 2016 a 2017. Ano: 2017. Disponível em: <<https://bdjur.tjce.jus.br/jspui/handle/123456789/712>> Acesso em: 20 mar. 2018.
- BRANCHER, Leoberto Narciso. AIRES, Luis Christiano Enger. CABRAL, Marcelo Malizia e CUNHA, Rafael Pagnon. Centrais de Conciliação e Mediação: A nova face da Justiça. Disponível em: <<http://niajajuris.org.br/index.php/noticias/441-centrais-de-conciliacao-e-mediacao-a-nova-face-da-justica>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. A Mudança de Cultura pela Composição de Litígios. In: Superior Tribunal de Justiça - Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. 2014.
- CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: Editora Universitária, 2002.
- Conciliação, Mediação e Cidadania. TJMG. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/conciliacao-mediacao-e-cidadania.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

- Conciliadores e Mediadores. CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/conciliador-e-mediador>>. Acesso em: 05 mar. 2018.
- CURY, Cesar. Poder Judiciário: novos direitos e desafios à proteção: protagonismo judicial e mecanismos de gestão de demandas. Rio de Janeiro. GZ. 2017.
- DIDIER JR., Fredie. QUEIROZ, Welder. REDONDO, Bruno Garcia. SILVA, Augusto V. F. VALLADARES, Leandro. Repercussões do Novo CPC – Juizados Especiais. 1a. edição. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 7.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil 2. 2. edição. Editora Malheiros. 2005.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERNANDES, Waleiska. Implantação de 500 unidades mostra consolidação dos Cejuscs no Brasil. Ano: 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81026-implantacao-de-500-unidades-mostra-consolidacao-dos-cejuscs-no-brasil>> Acesso em: 05 mar. 2018.
- GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Marcio Ricardo (Orgs.). Constitucionalismo em mutação: Reflexões sobre a influência do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau. Nova Letra. 2013.
- GRUNWALD, Astried Brettas. A mediação como forma efetiva de pacificação social no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/18192-18193-1-PB.pdf>> Acesso em: 20 set. 2018.
- GUERREIRO, Luis Fernando. Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil. São Paulo. Atlas. 2015.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70. 2007.
- Manhuaçu. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/manhuacu.htm>> Acesso em 05 mar. 2018.
- MONTEIRO, Ana Carolina Felix. O papel do CEJUSC na resolução de conflitos na comarca de Crato. Disponível em: <<https://acfelixx.jusbrasil.com.br/artigos/316097260/o-papel-do-cejusc-na-resolucao-de-conflitos-na-comarca-de-crato>>. Acesso em: 05 mar. 2018.
- SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de Conflitos e Administração Pública. In: O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei no 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo. Atlas. 2016.
- SILVA, Paula Costa. Acto e Processo: dogma da irrelevância da vontade na interpretação. Editora: COIMBRA EDITORA. Portugal. 1. ed. 2008. THEODORO JR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil. V. 1. 38. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2002.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Temas Essenciais ao Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

O direito humano de acesso à justiça para os refugiados e os obstáculos enfrentados para sua efetivação

Manuela Coutinho Costa¹

Priscila Ferreira Menezes²

Brunela Vieira de Vincenzi³

Resumo: O crescente fluxo migratório forçado tem tomado proporções alarmantes e, conseqüentemente, atraído a atenção dos Estados, impelindo-os a lidar com a temática do refúgio. Em decorrência disso, surgem novas questões a ser enfrentadas, dentre as quais se destaca a necessidade de conceder uma proteção adequada aos refugiados pelos Estados acolhedores, que se reveste principalmente de caráter jurídico, não apenas pela própria natureza do status a eles concedido, mas também pelos direitos assegurados nacional e internacionalmente. Diante desse cenário, realizando um corte metodológico na gama de direitos garantidos à população refugiada, analisar-se-á a garantia processual de acesso à justiça para os refugiados e requerentes de refúgio no Brasil como o principal dos direitos do ser humano, investigando os obstáculos normativos, estruturais e institucionais cotidianamente enfrentados pelos refugiados e solicitantes de refúgio ao buscar acesso aos direitos legalmente assegurados, com o fim de proporcionar substrato teórico para o aperfeiçoamento das políticas públicas direcionadas à população refugiada, com vistas a conferir uma proteção integral e efetiva a esse público.

Palavras-Chave: Acesso à justiça; Direito dos Refugiados; Obstáculos; Proteção integral.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES (2017), mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: manuelacoutinhocosta@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Faculdade São Geraldo (2016), mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: priscilamenezes.adv@hotmail.com.

³ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo – Ufes (1997), mestra em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (2002) e Doutora em Direito Civil, Constitucional e Filosofia do Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität – Frankfurt am Main (2007). Estágio de Pós-Doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e no Institut für Sozial forschung em Frankfurt am Main, na Alemanha (2009-2010). Professora Titular do Departamento de Direito da Ufes. Vitória. Brasil. E-mail: bruvincenzi@gmail.com.

Introdução

O agravamento das situações de conflito ao redor do mundo, geradoras de violência e intolerância, implicam o aumento do fluxo migratório forçado, de modo que o contingente de deslocamento humano atingiu patamar crítico emergencial na história contemporânea.

Com o total de 65,6 milhões (UNHCR, 2016, p. 02) de pessoas ao redor do planeta produto dessa realidade, é possível inferir que uma a cada 113 pessoas no mundo é solicitante de refúgio, deslocada interna ou refugiada (ACNUR, 2017), sendo que 22,5 milhões dessa população configuram-se refugiados, consistindo no cenário mais alarmante desde o fim da 2ª Guerra Mundial.

Tal realidade impacta o cenário brasileiro à medida que o país tem sido apontado como um modelo de acolhida e proteção à população refugiada na América do Sul (ACNUR, 2017), de maneira que já foi reconhecido, até o final de 2016, um total de 9.552 refugiados de 82 nacionalidades (ACNUR, 2017). Muito embora em termos isolados esse número aparentemente não seja relevante, as estatísticas do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE, 2017) revelam um crescimento do número de refugiados reconhecidos no território brasileiro ano após ano, sendo que em 2016 houve um aumento de 12% no número total de refugiados reconhecidos no país.

Nesse contexto, verifica-se que a temática do refúgio tem tomado importante e crescente proporção no Brasil, restando clarividente a patente necessidade de compreensão e aprofundamento da matéria, especificamente acerca da concessão de proteção integral (JUBILUT, 2011, p. 163) aos refugiados recepcionados pelo país.

No plano internacional, a Convenção sobre o Estatuto de Refugiado, aprovada pela Assembleia Nacional da ONU em 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados estabelecem os padrões mínimos de proteção aos refugiados, os quais foram institucionalizados no Brasil por meio da edição da Lei nº 9.474/97 e, mais recentemente, pela Lei nº 13.445/17, ampliando a proteção e acolhida à população refugiada internamente (JUBILUT, 2008, p. 12).

Com base nesse acervo legislativo e após extensa construção doutrinária, considera-se refugiado, atribuindo tal *status*, aquele que sofre perseguição em seu Estado de origem e/ou residência habitual, em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, opinião política, pertencimento a determinado grupo social, e, complementado pela legislação pátria, for vítima de grave e generalizada violação de direitos humanos.

Por força de tais instrumentos normativos, a proteção conferida ao refugiado e ao solicitante de refúgio, para além de caráter moral e de solidariedade, reveste-se principalmente de caráter jurídico (JUBILUT, 2011, p. 169), não apenas pela própria natureza jurídica dos diplomas, mas também pelos direitos neles assegurados.

Nesse contexto, pretende a presente pesquisa, realizando um corte metodológico na gama de direitos assegurados à população refugiada, aprofundar-se no estudo da garantia do direito de acesso à justiça.

Isso porque, “o acesso à justiça é o principal dos direitos do ser humano a ser efetivamente assegurado, pois é pelo seu exercício que serão reconhecidos os demais” (ANNONI, 2007). Assim, tal direito deve ser considerado como instrumento de realização da justiça e da proteção integral aos refugiados, tendo em vista que a maior ameaça aos direitos do ser humano consiste, justamente, na incapacidade do Estado em garantir sua efetiva realização (ANNONI, 2007).

Diante disso, busca-se averiguar quais os desafios enfrentados pelos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil para a efetivação do acesso à justiça, de ordem normativa, envolvendo a legislação interna, regional e internacional, bem como as políticas públicas; estrutural, consistente nos aparelhos sociais disponíveis e; institucional, relativos aos órgãos governamentais, da sociedade civil e da comunidade internacional, baseando especialmente na pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, série Pensando o Direito, nº 57, “Migrantes Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil.

Desse modo, a partir da efetivação do acesso à justiça, pretende-se obter um sistema jurídico por meio do qual se torna possível a reivindicação de direitos pelos indivíduos sob a tutela de um Estado que seja realmente acessível a todos e, ainda, produza resultados que sejam individual e socialmente justos (ANNONI, 2007).

Para isso, seguindo as lições de Miracy Barbosa de Sousa Gustin, adota-se a linha crítico-metodológica, associando-se à vertente jurídico-teórica e fazendo uso do método indutivo em ampla pesquisa bibliográfica.

O acesso à justiça como instrumento para efetivação dos direitos dos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil

Inicialmente, cumpre destacar que o acesso à justiça é um princípio constitucional, alçado ao patamar de direito fundamental na Constituição de 1988, expresso no inciso XXXV do art. 5º.

Com efeito, faz-se necessário compreender, para o escopo desta investigação, a superação do paradigma de um conceito de acesso à justiça meramente formal, consistente na possibilidade de propor ou contestar uma ação (CAPPELLETTI, 1988, p. 09) ou de meramente poder ingressar em juízo, para um acesso efetivo à justiça que deve ser concebido como requisito fundamental de um sistema jurídico igualitário, que pretenda de fato garantir e não apenas proclamar os direitos (CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

Consoante preleciona Kazuo Watanabe (2009, p. 128), não se trata de viabilizar um acesso à Justiça apenas como instituição estatal, mas de possibilitar acesso a uma ordem

jurídica justa, planejando um sistema jurídico, bem como suas instituições, pela perspectiva do povo, condizente com sua realidade e necessidade, sendo imprescindível que englobe:

[...] (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) *direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características* (WATANABE, 2009, p. 135, grifos nossos).

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 73), o acesso à justiça pode ainda ser entendido como meio de “proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado”.

A garantia desse direito também se estende aos refugiados e solicitantes de refúgio, objeto desta pesquisa. A Convenção de 51, como tratado global que tutela especificamente o direito internacional dos refugiados, manifesta no segundo parágrafo preambular a intenção de assegurar aos solicitantes de refúgio e aos refugiados o exercício mais amplo possível dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, garantindo-lhes uma série de direitos dos quais se ressalta o direito de acesso à justiça (JUBILUT, 2011, P. 169).

No âmbito interno, a Lei nº 13.445/17, denominada nova lei de migração, em seu art. 3º, também garante ao migrante e, conseqüentemente, ao refugiado, em condição de igualdade com os nacionais, o direito de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória, o amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

É nessa perspectiva que o acesso à justiça pode ser concebido como o mais básico dos direitos humanos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 12), especialmente quando considerada sua relevância na efetivação dos demais direitos formalmente assegurados, inclusive em plano internacional, pois, a positivação de direitos por si só é destituída de sentido se não acompanhada de mecanismos aptos a sua efetiva reivindicação. Desse modo, a garantia de acesso à Justiça configura-se, pois, como ferramenta indispensável para a efetivação dos direitos assegurados no sistema jurídico.

Ao compreender o direito de acesso à justiça como um instrumento de concretização dos demais direitos positivados, afirma Annoni (2007):

O acesso à justiça é o principal dos direitos do ser humano a ser efetivamente assegurado, pois é pelo seu exercício que serão reconhecidos os demais. Este final de século viu nascer um novo conceito de direito ao acesso à justiça, garantindo-se ao cidadão, não apenas o direito de petição ao Poder Judiciário, mas sim, o direito fundamental à efetiva prestação da justiça.

Todavia, não obstante a previsão legal da garantia de acesso à justiça nos planos internacional e interno, infraconstitucional e, inclusive constitucionalmente, é cediço

que a simples prescrição normativa não gera, em si mesmo, a concretização dos direitos previstos, principalmente no que se refere à temática proposta no presente trabalho concernente aos refugiados.

Dessa forma, verifica-se “uma enorme distância entre o que está posto nas normas do direito positivo e o anseio de justiça dos indivíduos” (VINCENZI, 2017, p. 388), sendo a redução dessa mencionada distância indispensável para a realização da Justiça e concessão de uma proteção integral e efetiva aos refugiados e solicitantes de refúgio que se encontram no país.

Em verdade, não basta que os direitos contemplem tão somente os estatutos jurídicos formais, sendo imprescindível, inclusive para proporcionar reconhecimento a essa população, que alcancem a completa efetividade na prática social, uma vez mais quando atuam como garantia da realização dos direitos humanos e dos refugiados.

Nesse aspecto, importa observar que a garantia de acesso à justiça configura-se de extrema relevância ao indivíduo refugiado, não apenas após a concessão do status de refugiado, mas em quatro momentos fundamentais (JUBILUT, 2007, p. 171): de início, com as causas que originam a necessidade de refúgio; durante o deslocamento do local de origem para o Estado acolhedor; quando da concessão da condição de refugiado e, por fim; na busca de uma solução durável para essa população.

Ora, no decorrer de todo esse percurso - antes, durante e após o processo de solicitação do *status* de refugiado - ele se encontra vulnerável e, portanto, suscetível de se tornar vítima de lesão aos seus direitos humanos, razão pela qual se revela essencial o recurso de acesso ao Judiciário para efetivar os direitos formalmente assegurados.

Com isso, retiram-se os refugiados e solicitantes de refúgio do limbo jurídico e social que os acomete, conferindo auxílio ao avanço do respeito aos direitos decorrentes da dignidade humana (JUBILUT, 2007, p. 166), para enfim, reconhecê-los e torná-los conscientes de sua completude - identidade, personalidade e direitos - para que possam expandir efetivamente na sociedade acolhedora em suas relações pessoais, de trabalho e de direitos (VINCENZI, 2013, p. 80).

Diante disso, partindo do entendimento de que a possibilidade de se recorrer ao Judiciário trata-se de mecanismo apto a alcançar a efetivação de direitos, diminuir a distância entre o positivado e o alcançado e, especificamente na questão dos refugiados, criar um cenário mais humano e solidário (JUBILUT, 2007, p. 170), é que se compreende a garantia processual como instrumento de efetivação de direitos na ordem jurídica tanto interna quanto externa, almejando a concretização de uma justiça material e proteção integral aos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil.

Ao conceber o direito de acesso à justiça como um instrumento de concretização dos direitos positivados, é preciso compreendê-lo como uma “porta de entrada” para os direitos demais legalmente garantidos, pois é por meio dele que se reconhecem os demais. Nesse contexto, ressalta-se a resignificação do termo “acesso a justiça” ocorrida ao final do século XX, pela qual não basta a garantia apenas ao direito de petição, mas, ao direito fundamental à efetiva prestação da justiça (ANNONI, 2008).

Fincada nesse arcabouço teórico, o direito de acesso à justiça para a população refugiada no plano interno figura como um meio de alcançar a totalidade de direitos formalmente garantida e, finalmente, atingir a proteção integral e efetiva aos refugiados enquanto modo de realização da justiça.

Dito isso, pergunta-se: há, de fato, acesso à justiça aos refugiados e solicitantes de refúgio presentes no país?

Percalços encontrados pela população refugiada no caminho ao acesso à justiça

Em que pese ser a efetividade ser um conceito ambíguo e vago, relacionado à eficácia e à aplicação do direito de acesso à justiça, utiliza-se para os fins ora propostos, o conceito esculpido por Ingo Wolfgang Sarlet (2003, p. 222), pelo qual a efetividade “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”, incluindo uma conduta negativa estatal de não violar direitos, bem como uma postura ativa do Estado no sentido de garantir condições de realização, respeito e proteção dos direitos humanos, os quais englobam o acesso à justiça.

A concepção de efetividade muito se relaciona com a de eficácia social, de modo que,

se há descompasso entre a incidência e a aplicação, demonstra-se que, ou a realidade social é diferente das normas prescritas, e então elas não representam com fidelidade os valores do grupo, ou o aparelhamento encarregado de realizar o direito é insatisfatório. (SOARES, 2012, p. 137).

Nesse sentido, ao lançar o olhar sobre a realidade fática, é possível verificar que a estrada para um acesso à justiça efetivo ainda é longa e repleta de obstáculos, especialmente para os refugiados e solicitantes de refúgio no país.

Na verdade, é cediço que uma igualdade absoluta entre o positivado e o real é um tanto quanto inatingível. Na mesma linha, já advertiam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15), há 30 anos. Todavia, revela-se de extrema relevância investigar

onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? A identificação desses obstáculos, conseqüentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida (1988, p. 15).

No âmbito do direito dos migrantes, dos quais os refugiados são espécie, “isso requer verificar como são tratadas e protegidas essas pessoas que precisam ter proteção integral que abranja, de maneira destacada, a sua integração no país de acolhida” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 22). Nesses termos, exsurge de suma importância para a identificação dos obstáculos enfrentados cotidianamente pelos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil, a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), por meio da Secretaria

de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) no Projeto Pensando o Direito, denominada "Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil" (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 07).

A pesquisa é de caráter empírico e enfoque interdisciplinar, iniciada em 2013, e buscou, justamente, realizar uma análise fundamentada na questão das migrações e dos direitos humanos, partindo da mesma premissa estabelecida neste artigo, no sentido de que, há no Brasil alguns empecilhos para o acesso a atendimento e serviços enfrentados pelos migrantes, sendo que tais dificuldades relacionam-se também à efetivação de direitos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 19).

Nesses termos, a pesquisa objetivou sistematizar as informações obtidas em nível nacional, sobre os obstáculos enfrentados pelos migrantes ao acessar os serviços e direitos no país, com o fim de mapear as barreiras normativas, estruturais e institucionais, a partir de uma abordagem fundada em direitos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 19).

Dessa forma, para os objetivos estipulados no presente artigo, fora realizado um corte metodológico nos dados obtidos a partir do status migratório dos refugiados, que engloba tanto os refugiados - ou seja, o indivíduo que alcançou o status normativo reconhecido pelo governo brasileiro e passou pelo processo de determinação do status de refugiado - quanto os solicitantes de refúgio, quais sejam, os migrantes que já iniciaram o procedimento de solicitação do status de refugiado, tendo formalizado o pedido de refúgio junto à Polícia Federal, mas ainda aguardam a decisão administrativa acerca da concessão ou não do referido status.

Além disso, foram utilizados tão somente as informações relativas ao campo "acesso a direitos", por se subsumir ao objeto desta pesquisa, notadamente porque o acesso à justiça pressupõe uma proteção jurídica adequada e a possibilidade de ter acesso a direitos, garantindo a todos, em igualdade de condições, acesso aos meios que oportunizem conhecimento dos direitos dos quais é titular e, conseqüentemente, o seu exercício pleno.

Geograficamente, foram utilizados os dados fornecidos pelos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Amazonas, uma vez que foram os mais representativos na pesquisa, tendo sido realizadas o maior número de entrevistas, incluindo migrantes, instituições públicas e instituições da sociedade civil, além de representarem regiões e realidades diferentes do país, com estrutura ampla para atendimento e acolhimento de migrantes.

Dito isso, é possível observar, após detida análise dos dados, que, normativamente, apesar da elogiável introdução da recentíssima Lei nº 13.445/2017, denominada nova lei de migração, é necessário que o Brasil passe por uma revisão de seu marco jurídico, político e institucional no que se refere às migrações, em especial para averiguar a capacidade de atender as expectativas e regramentos internacionais que exigem a garantia, respeito e realização de direitos para todos os migrantes, independentemente do seu status migratório e da regularidade de sua situação (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 32).

Especificamente quanto aos obstáculos encarados pelos refugiados para acessar os direitos e a Justiça, em âmbito geral, destacaram-se a barreira do idioma (19,81%), da falta de

documentação (16,98%) e a falta de informação (11,32%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 140). Contudo, se observadas as realidades específicas das diferentes regiões do país, outros fatores também vêm a tona. Em Amazonas, além da falta de informação (34%), os migrantes elencaram como dificuldade a existência de obstáculos materiais (11,1%) e discriminação (7,4%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 70). Já em São Paulo, o retrato em muito se assemelha ao resultado geral, sendo os maiores obstáculos a documentação (19,4%), o idioma (11%) e a informação (11%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 126). No Rio Grande do Sul, por fim, sobressaem-se a falta de informação (25%), a discriminação (18,75%) e a carência de sensibilização e capacitação (12,5%) (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 126).

O quadro narrado, em que se pode verificar uma gama de respostas, a depender da região abarcada, revela que, na verdade, não há um único obstáculo a ser transposto, mas um conjunto complexo de razões que levam a formação de obstáculos de acesso (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 151).

Desse modo, é urgente a remodelação das políticas públicas destinadas ao refugiados e solicitantes de refúgio no país. Isso porque, a temática relativa ao acesso ao direito e à Justiça extrapola ao visão estritamente jurídica, tratando-se de um plexo de aspectos, como o político, econômico e social, que atingem diretamente as barreiras enfrentadas por esses migrantes.

Sendo assim, é mister que sejam estabelecidas políticas públicas específicas para os refugiados no Brasil pautadas nos direitos humanos, a fim superar os obstáculos vivenciados particularmente por esse público vulnerável, bem como que se permita o acesso efetivo aos migrantes às políticas públicas já existentes (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 152).

O próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), agência da ONU a quem incumbe a proteção e auxílio aos refugiados ao redor do mundo, indica que o Estado de acolhimento deve aceitar plenamente e apoiar ativamente a população refugiada, a fim de facilitar a integração local desses migrantes (HAYDU, 2011, p. 139). Dessa forma, é preciso que sejam empreendidos esforços tanto do Estado, em todos os seus poderes e níveis de atuação, como das organização não-governamentais e da própria sociedade civil para proporcionar uma acolhida adequada e proteção efetiva aos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil.

Conclusão

A ascensão de deslocados forçados no mundo, produto de situações de violência e conflitos, vem, pelo sétimo ano consecutivo alcançando nível recorde. A temática é complexa, pois abrange um fluxo diverso de pessoas que necessitam de um olhar protetivo e humanitário, do qual os refugiados fazem parte. Estes, perseguidos em razão de raça, religião, nacionalidade, opinião política, pertencimento a um grupo social ou vítima de situação de generalizada violação a direitos humanos, têm proteção internacional sob a responsabilidade

do ACNUR, órgão vinculado à estrutura das Nações Unidas para amparar esse grupo e auxiliar na tutela de suas necessidades.

Esse panorama tem afetado, em certa medida, o Brasil, que ao longo dos anos tem mudado o perfil de país que exporta imigrantes, para um Estado acolhedor. Atualmente, o país tem sido visto como desitino para o fluxo migratório forçado, e, por essa razão, é indispensável que a estrutura normativa e institucional ofertada a população refugiada seja devidamente analisada, a fim de se observar se tem se dispensado uma proteção integral e acolhida adequada, pautada em direitos humanos a esses migrantes.

Os refugiados, indivíduos que já possuem o status jurídico conferido pelo Ministério da Justiça, por meio do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), e os solicitantes de refúgio, os que já formalizaram o pedido do referido status, mas ainda aguardam o julgamento do processo de concessão ou não do refúgio, gozam igualmente dos direitos assegurados em âmbito internacional e nacional. Do extenso espectro de direitos garantidos a esse grupo, resai de extrema relevância o direito de acesso à Justiça, que pressupõe o acesso a direitos e abarca, ainda, o direito a remoção das barreiras que se colocam a um efetivo acesso à Justiça.

Essa garantia processual encontra-se assegurada na Constituição Federal, na Convenção de 51, diploma internacional de regência do direito internacional dos refugiados e, ainda a Lei nº 13,445/17, a Lei de migração que confere, em condição de igualdade ao nacional, o amplo acesso à justiça ao refugiado. A importância deste direito reside justamente no fato de que pode ser considerado um "portão de entrada" ao sistema jurídico para a efetivação dos demais direitos positivados, sendo considerado o mais básico dos direitos humanos e também o principal, porquanto por meio de seu exercício, a ordem jurídica se torna acessível e os demais direitos podem ser reconhecidos.

Nesse sentido, cabe avaliar a efetividade deste direito no Brasil, averiguando o desempenho concreto dessa garantia na prática social, de modo que se verifique a aproximação entre o que se encontra positivado enquanto direito dos refugiados e solciantes de refúgio e a prática social. Evidentemente, muitos obstáculos se transpõem a esses migrantes no Brasil, exurgindo de grande significância a pesquisa empírica publicada em 2015 pelo Ministério da Justiça, que mapeou justamente as barreiras vivenciadas pelos migrantes para acessar os direitos e a Justiça no país.

A falta de domínio do idioma é a barreira mais expressiva a ser ultrapassada pelos migrantes. A comunicação é uma necessidade básica do indivíduo quando chega ao território brasileiro e a não compreensão e impossibilidade de diálogo põem em risco o acesso a ordem jurídica e aos direitos que lhe são garantidos. Além disso, o fato de não possuírem documentos e não serem devidamente informados, somados à discriminação e falta de sensibilização e capacitação de servidores públicos constroem o cenário cotidianamente vivenciado pelos refugiados no país, de graves dificuldades no acesso aos direitos, serviços e à Justiça.

Em verdade, o caminho em direção a um efetivo acesso ao direito e à Justiça ainda é longo e tortuoso. Os fatores supramencionados permitem um diagnóstico da acolhida que

tem sido dispensada a essa população e permitem, também, lançar um olhar prospectivo para aperfeiçoamento da política que vem se concedendo a esse grupo.

Faz-se necessário, de pronto, uma reformulação das políticas públicas aplicadas aos refugiados e solicitantes de refúgio, de modo que elas sejam condizentes com as peculiaridades dos migrantes e supram os desafios a eles antepostos, fundamentadas nos direitos humanos, bem como que lhes sejam assegurado efetivo acesso às políticas já existentes, a fim de que, de passo em passo, sejam trilhado o caminho de uma proteção integral e acolhimento efetivo aos refugiados e solicitantes de refúgio no Brasil, a começar por um acesso desembaraçado a direitos e à Justiça.

Referências

- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). Direitos e deveres dos solicitantes de refúgio e refugiados no Brasil. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Direitos_e_Deversos_dos_Solicitantes_de_Refugio_e_Refugiados_no_Brasil_-_2012.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.
- _____. Estatísticas, 2017. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em 27 out. 2018.
- _____. Plano de Ação do Brasil: um roteiro comum para fortalecer a proteção e promover soluções duradouras para as pessoas refugiadas, deslocadas e apátridas na América Latina e no Caribe em um marco de cooperação e solidariedade. Brasília, 2014b, p. 7-19. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866.pdf?view=1>>. Acesso em: 25 out. 2018.
- ANNONI, Danielle. O direito humano de acesso à justiça no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- _____. Acesso à justiça e direitos humanos: a Emenda Constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Jul-dez. 2007. v. 2, n. 2. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/190>>. Acesso em 20 out. 2018.
- _____. O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável. Tese de Doutorado. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89512>>. Acesso em 10 nov. 2018.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativas de sistematização). São Paulo: Malheiros, 2009.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

- HAYDU, Marcelo. A integração de refugiados no Brasil. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, p. 131-145.
- JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007.
- _____. APOLINÁRIO, Silvia Menicucci O. S. A população refugiada no Brasil: em busca da proteção integral. *Universitas Relações Internacionais*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 9-38, jul./dez. 2008.
- _____. Refugee Law and Protection in Brazil: a model in South America? *Journal of Refugee Studies*. Oxford, v. 19, n. 1, p. 22-44, 2006. Disponível em <<http://www.cosmopolis.iri.usp.br/sites/default/files/trabalhos-academicos-pdfs/Journal%20of%20Refugee%20Studies-2006-Jubilut-22-44.pdf>>. Acesso em 25 out. 2018.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Série Pensando o Direito, nº 57, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>>. Acesso em: 01 nov. 2018.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SOARES, Carina de Oliveira. O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional. Dissertação de Mestrado. Maceió, 2012. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/O_direito_internacional_dos_refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR). UNHCR Global Trends: Forced Displacement in 2016. Geneva, 2016. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends2015.html?query=global%20trends>>. Acesso em: 26 out. 2018.
- VINCENZI, Brunela Vieira de. É digno ser humano? Ou és digno, ser humano? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 82, jan., 2013, p. 75-82.
- _____. A crise de confiança nas instituições democráticas da justiça brasileira e aplicação dos direitos fundamentais no processo judicial. *Revista Forense*, São Paulo, v. 419, p. 380-395, jan./jun., 2014.

As impropriedades do Art. 16 da Lei n. 7.347/85 (LACP) e sua interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça: uma análise da jurisprudência atinente ao tema

Nádia Ceccon Libardi¹

Resumo: O presente trabalho busca identificar a evolução da interpretação do Superior Tribunal de Justiça a respeito do art. 16 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), através de sua jurisprudência. Neste sentido, abordou-se, em um primeiro momento, aspectos peculiares da coisa julgada no âmbito do processo coletivo para, a luz de tais considerações, analisar a mudança implementada pela Lei nº 9.494/1997 na redação original do dispositivo supracitado, que restringiu o alcance da coisa julgada nas ações coletivas aos limites territoriais do órgão prolator da decisão. Por fim, analisou-se a jurisprudência da Corte Especial sobre o tema, identificando as diversas interpretações conferidas pela mesma ao art. 16 da LACP.

Palavras-chave: Coisa julgada coletiva; Art. 16 da Lei nº 7.347/85; Limitação da *res iudicata*.

Introdução

O processo coletivo possui peculiaridades próprias em relação ao processo individual, considerando exatamente as características dos direitos – difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos – que visa tutelar.

Neste interim, uma das principais notas diferenciadoras da tutela coletiva reside justamente no seu regramento específico da coisa julgada, que se estende de modo a abarcar todo o grupo de titulares do direito tutelado.

Neste contexto, *exsurge* o artigo 16 da Lei 7.347/85, que, após modificações implementadas por sucessivas medidas provisórias e, finalmente, pela Lei 9.494/97, passou a contar com uma redação que visa limitar o alcance da coisa julgada coletiva aos limites territoriais da competência do órgão prolator da decisão.

Desta forma, o presente estudo tem por objetivo analisar as críticas doutrinárias direcionadas a tal dispositivo e identificar a interpretação conferida ao mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da evolução jurisprudencial deste sobre o tema.

¹ Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Ciências Criminais e Direito Processual Civil (FDV).

A coisa julgada no processo coletivo

Antes de adentrarmos, contudo, à análise do artigo 16 da Lei nº 7.347/85, importa tecermos algumas breves considerações acerca do instituto da coisa julgada e suas peculiaridades nos âmbitos do processo coletivo.

Conforme cediço, a coisa julgada é a qualidade que recai sobre determinada decisão judicial, de maneira a se tornar imutável o que nela foi decidido, impedindo a sua modificação ou reapreciação *a posteriori*.

Majoritariamente, portanto, a doutrina perfilha o conceito de coisa julgada esboçado por Liebman, para quem esta é uma qualidade da sentença, que torna imutáveis e imodificáveis seus efeitos, sejam eles declaratórios, constitutivos ou condenatórios².

Como nos lembra Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 879),

Para essa parcela doutrinária, após o trânsito em julgado da sentença – ou acórdão – de mérito, os efeitos projetados no plano prático por essa decisão não mais poderão ser discutidos em outra demanda, ou mesmo pelo legislador, o que seria suficiente para concluir que tais efeitos não poderão ser modificados, estando protegidos pelo “manto” da coisa julgada [...].

A coisa julgada surge, portanto, da necessidade de se conferir estabilidade aos pronunciamentos judiciais e segurança jurídica aos jurisdicionados, impedindo que a mesma causa seja enfrentada judicialmente em um novo processo.

A se permitir tal possibilidade, verificar-se-ia não apenas um atentado à economia processual, mas, principalmente, uma afronta à harmonia dos julgados e à confiabilidade dos mesmos.

A coisa julgada possui guarida constitucional, estando prevista como preceito fundamental no art. 5º, XXXVI da CF/88³, surgindo, ainda, como a mais importante garantia do princípio da segurança jurídica no processo civil (PORTO, 2011, p. 63).

Dissertando sobre o tema, Marcelo Abelha Rodrigues (2017, p. 192) aduz:

Indiscutivelmente [...] a coisa julgada e a segurança jurídica são figuras que andam de mãos dadas. É, pois, a segurança jurídica que justifica a existência dessa situação jurídica estabilizadora, quem por sua vez, só deveria recair, em tese, sobre a solução de um conflito que tenha sido construída em um processo justo, o que significa dizer, entre outras coisas, um processo onde seja indiscutível a igualdade de armas, o contraditório pleno, um juiz participante, isento, diligente e incansável na busca da verdade.

² Neste sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: vol. único. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 879; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 301-302; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: Revista de Processo, vol. 34, abr./1984, p. 273-276. Em sentido oposto, parcela da doutrina critica tal conceituação, sob o argumento de que os efeitos da sentença de mérito transitada em julgado não seriam imodificáveis, podendo ser alterados por fato ou ato superveniente, como a vontade das partes (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18).

³ XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

No âmbito infraconstitucional, o instituto encontra-se regulamentado em seção própria do Capítulo XIII do Código de Processo Civil. Nestes termos, o artigo 502 do diploma legal supracitado define a *res iudicata* como a "autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso".

Desta forma, o dispositivo parece ter consolidado o conceito de coisa julgada elaborado por Liebman, acima citado, considerando a coisa julgada como uma qualidade da decisão, algo exterior a ela, mas que à mesma se agrega (CABRAL, 2016, p. 1422).

Imperioso destacar, ainda, que a coisa julgada, exatamente por tornar imutável o comando sentencial, possui uma dupla função.

A função negativa compreende a impossibilidade, já aqui mencionada, de se ajuizar nova demanda com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, visando rediscutir o que já foi objeto de apreciação em processo anterior. Nesta hipótese, verificando a existência de coisa julgada sobre a questão *sub iudice*, deve o julgador extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, V do CPC⁴, ainda que de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública.

A função positiva, por sua vez, vai além da impossibilidade de o juiz julgar o mérito da segunda demanda, vinculando o mesmo ao que foi decidido na demanda anterior em que se verifique decisão protegida pela coisa julgada.

Desta forma, ainda que se trate de processo que não possua tríplice identidade (de partes, pedido e causa de pedir) com a demanda anteriormente ajuizada, mas que guarde com esta uma identidade da relação jurídica, deverá necessariamente ser observado o que restou decidido no processo anterior, sob pena de violação à coisa julgada.

Mas o instituto ora sob análise pode ser estudado também sobre diferentes aspectos, a saber: limites objetivos, limites subjetivos e modo de produção.

No que tange aos limites objetivos, a pergunta que se coloca é "o quê" pode ser atingido pela coisa julgada, ou, em outros termos, qual parte da decisão tornar-se-á indiscutível.

Neste ponto, o atual Código de Processo Civil segue o que já previa o seu antecessor, determinando que o manto da coisa julgada recai sobre a parte dispositiva da sentença, entendida como aquela que julga a controvérsia levada à apreciação judicial, acolhendo ou não o pedido do autor.

Esta concepção de coisa julgada tem por fundamento a teoria do objeto litigioso do processo, elaborada por Karl Heinz Schwab, e predominante à época da formulação do CPC/73 (CABRAL, 2014, p. 90-92). Conforme disserta Gustavo Silva Alves (2018, p. 60):

Segundo o jurista alemão, o objeto litigioso do processo equivale à conclusão do autor na petição inicial, ou seja, aos pedidos por ele formulados. Inclusive, vale destacar que durante a vigência do CPC/73, o Superior Tribunal de Justiça seguia exatamente essa corrente doutrinária.

⁴ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada.

No âmbito do *codex* revogado, entretanto, era possível que sobre o julgamento de uma questão prejudicial incidisse a coisa julgada, desde que proposta uma ação declaratória incidental, nos termos dos seus arts. 5º, 325 e 470.

O CPC/15 trata da matéria em seus artigos 502 a 508 e determina que a coisa julgada “tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. A novidade, contudo, diz respeito à possibilidade de a questão prejudicial ser atingida pela coisa julgada sem a necessidade de provocação das partes, mas como simples resultado lógico do procedimento.

Desta forma, o artigo 503, § 1º do CPC estipula os requisitos para que a coisa julgada atinja a questão prejudicial, a saber: (i) que a mesma seja decidida de forma expressa e incidental, (ii) que de sua resolução dependa o julgamento do mérito, (iii) que a seu respeito tenha havido contraditório prévio e efetivo e (iv) que o juízo seja competente em relação à matéria e à pessoa, como se fosse a questão de mérito da demanda.

Assim, conclui-se, em uma brevíssima análise, que, no que toca aos seus limites objetivos, a coisa julgada incidirá sobre a parte dispositiva da sentença, que decide a questão principal, podendo estender-se também sobre questão prejudicial, desde que observados os requisitos do art. 503, § 1º do CPC.

Sob um segundo aspecto, a coisa julgada pode ser analisada também em relação ao seu modo de produção.

Mais uma vez, por não se tratar do objeto de análise deste estudo, seremos breves no trato do tema.

Assim, em apertada síntese, a doutrina aponta para a existência de três espécies de formação da coisa julgada. A primeira delas é a coisa julgada *pro et contra*, que constitui a regra geral aplicável aos processos individuais, e “que se forma independentemente do resultado do processo, do teor da decisão judicial proferida” (DIDIER JR. e ZANETI JR, 2017, p. 425).

Em segundo lugar, temos a coisa julgada *secundum eventum litis*, que somente se verificará se a demanda for julgada procedente. Nesta espécie, se julgada improcedente a demanda, independentemente de seus motivos, não haverá incidência da coisa julgada.

Por fim, constata-se ainda a existência da coisa julgada *secundum eventum probationis*, que ocorrerá na hipótese de esgotamento das provas. Nesta espécie, sendo a demanda julgada improcedente por insuficiência de provas, não há se falar em coisa julgada, podendo a demanda ser reproposta, ainda que pelo mesmo autor, desde que esteja fundamentada em prova nova.

Resta-nos, ainda, analisar um terceiro aspecto da coisa julgada – seus limites subjetivos – mais relevante para o deslinde do presente trabalho.

Neste ponto, o que se pergunta é quais são os indivíduos que estarão vinculados à decisão sobre a qual recaiu a coisa julgada.

Assim, a coisa julgada pode ser *inter partes*, quando vincula somente as partes que compõem o litígio, não afetando terceiro. Esta é a regra geral aplicável aos litígios individuais, e justifica-se em razão dos princípios do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa,

pois “ninguém poderá ficar sujeito a uma decisão formada em um procedimento no qual não lhe foi oportunizada participação em contraditório” (ALVES, 2018, p. 74)⁵.

Mas a coisa julgada pode ainda ser *ultra partes* quando, além de atingir as partes do processo, tem o potencial de atingir também terceiros determinados, ou *erga omnes*, quando atinge a todos sem nenhuma exceção ou distinção.

Feitas estas breves considerações, importa analisar o conjunto de normas que estruturam o fenômeno da coisa julgada no processo coletivo.

Conforme afirmam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 423): “O regime jurídico da coisa julgada coletiva é bastante diferenciado em relação ao do processo individual. É um dos aspectos mais peculiares da tutela jurisdicional coletiva”.

Considerando o microsistema do processo coletivo, que tem por característica a interpenetração entre diversas legislações, a principal norma que regulamenta o instituto nesta seara é o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

De uma análise preliminar deste dispositivo é possível verificar que, quanto à extensão subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas, o legislador determinou ser a mesma *erga omnes* nos direitos difusos e individuais homogêneos (incisos I e III) e *ultra partes* nos litígios que versarem sobre direitos coletivos *stricto sensu* (inciso II).

Neste ponto, merece destaque a crítica da doutrina, no sentido de que não se verificam grandes distinções ontológicas ou práticas entre esses critérios, na medida em que o que realmente irá determinar o alcance da coisa julgada será a delimitação da titularidade do objeto tutelado. Neste sentido disserta Marcelo Abelha Rodrigues:

O só fato de o CDC usar a terminologia *erga omnes* e *ultra partes* não resolve absolutamente nada. Dizer que a coisa julgada é contra todos ou além das partes não significa inferir qual o seu alcance. Tanto isso é verdade que na Lei 7.347/85, art. 16, o legislador utilizou unicamente a expressão *erga omnes* para designar tanto a coisa julgada incidente sobre sentença que tutela direitos difusos como aquela para a defesa de direitos coletivos, e bem sabemos que o alcance dos limites subjetivos de um e de outro direito tutelado é diferente.

⁵ No mesmo sentido, afirma Marcelo Abelha Rodrigues: “[...] com fulcro no princípio do acesso à justiça e direito do contraditório e ampla defesa seria injusto, e porque não dizer inconstitucional, se admitíssemos que a imutabilidade de um julgado se estendesse para quem não atuou como parte” (RODRIGUES, 2017, p. 203).

Na verdade, o que importa é realmente a identificação da porção do direito material sobre que se pediu a tutela. Certamente, tratando-se de tutela supraindividual, todos os titulares (ainda que não se saiba quais sejam) do mesmo objeto indivisível serão atingidos pela imutabilidade da coisa julgada (RODRIGUES, 2017, p. 204).

Fica a conclusão, portanto, de que, no que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, restarão a esta vinculados os grupos de pessoas titulares do direito pleiteado, sejam estes indivíduos determináveis ou indetermináveis.

Todavia, no contexto do microsistema do processo coletivo, os limites subjetivos da *res iudicata* também são regulados pelo artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que assim determina:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Da leitura do referido dispositivo denota-se que o mesmo tratou de dois aspectos da coisa julgada coletiva: seus limites subjetivos e seu modo de produção. No que tange a primeiro, determinou-se que a sentença do processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes* “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Já em relação ao segundo aspecto, consagrou-se a coisa julgada *secundum eventum probationis*, já prevista nos incisos I e II do art. 103 do CDC.

Atemo-nos ao primeiro aspecto. A grande novidade, aqui, reside na limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada ao limite territorial da competência do órgão prolator da decisão.

Trata-se de inovação implementada pela Lei 9.494/1997 e que vem sendo alvo de duras críticas por parte da doutrina desde então, conforme se demonstrará no tópico que segue.

As impropriedades do Artigo 16 da Lei 7.347/1985 e sua tentativa de limitação da extensão subjetiva da coisa julgada coletiva

O artigo 16 da Lei 7.347/1985, em sua redação original, era assim redigido:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de prova nova.

Tal dispositivo foi alterado pela Medida Provisória nº 1.570, reeditada cinco vezes e, finalmente, convertida na Lei nº 9.494/1997, passando a prever restrição aos limites da coisa julgada, que, pela nova redação, restaria circunscrita aos limites territoriais da competência do órgão prolator.

Em crítica à mudança implementada, Marcelo Abelha Rodrigues (2017, p. 193) assim afirma:

Quanto à limitação territorial da coisa julgada, pode-se dizer que tal regra é fruto de um enxerto legislativo vergonhoso que foi criado para fragmentar o acesso à justiça e assim enfraquecer a tutela coletiva. Se, por um lado, o art. 16 da LACP constitui um primor de um pensamento nefasto – da fazer inveja a lago de Shakespeare ou a Dorian Grayde Oscar Wilde –, por outro, é tecnicamente comparável às macaquices do exército de Brancaleone. Não há adjetivos técnicos suficientes para qualificar a péssima qualidade das modificações introduzidas no art. 16 da LACP.

As críticas incisivas à redação atual do dispositivo são acompanhadas por grande parte da doutrina, que aponta uma série de impropriedades na previsão legal.

Porém, antes de adentrarmos ao exame das mesmas, importa situar o contexto histórico em que foi implementada a mudança na redação do artigo 16 da LACP, lá nos idos anos de 1997.

Conforme anota Gustavo Silva Alves (2018, p. 106), a partir da consolidação do microsistema do processo coletivo, inúmeras ações coletivas passaram a ser ajuizadas em face do Estado, com a finalidade precípua de tutelar direitos com forte espectro social e que demandavam uma atuação positiva estatal. A partir de então,

[...] percebendo os impactos econômicos e políticos causados pelas ações coletivas, o Estado tentou limitar, complicar ou restringir as pretensões coletivas advindas da sociedade. Os Poderes Legislativo e Executivo passam, então, a editar normativas, visando neutralizar os impactos da tutela coletiva. Exatamente nesse contexto político-jurídico, em 22 de julho de 1997, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 1.570 que alterou, em seu artigo 3º, a redação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). [...] Percebe-se assim que, com o intuito de tentar frear a efetividade da tutela coletiva, restringido a extensão subjetiva da *res iudicata* coletiva à competência territorial do órgão prolator da decisão, editou-se a referida Medida Provisória, que foi convertida na Lei nº 9.494/97, após ser reeditada por cinco vezes. (ALVES, 2018, p. 106).

Foi neste contexto, portanto, que se implementou a mudança no artigo 16 da LACP, o qual passou a sofrer severas críticas, desde então.

De plano, destaca-se que a restrição da *res iudicata* verificada no dispositivo supracitado demonstra desconhecimento do legislador em relação a uma das principais características dos direitos coletivos, a saber: sua indivisibilidade.

Conforme nos lembra Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 443-444),

Existe indivisibilidade ontológica do objeto da tutela jurisdicional coletiva, ou seja, é da natureza dos direitos coletivos *lato sensu* sua não divisão no curso da demanda coletiva, sendo legalmente indivisíveis (art. 81, parágrafo único do CDC); a divisibilidade, quando existe, diz respeito à fragmentação de grupos titulares de direitos, ou seja, é possível fragmentar um direito coletivo em diversos direitos coletivos de que sejam titulares grupos com interesses distintos.

Os direitos e técnicas processuais coletivas surgiram da necessidade de se conferir tratamento célere e igualitário às diversas situações jurídicas coletivas, que demandam uma tutela única. Nestes termos, a lógica das demandas coletivas reside justamente na possibilidade de se conferir tratamento molecular a diversos casos semelhantes.

Conforme aduz Gustavo Silva Alves (2018, p. 107), "Negar a própria origem do processo coletivo e aceitar a tentativa de limitação é caminhar em sentido contrário a todos os avanços que a tutela coletiva conseguiu alcançar nos últimos trinta anos no Estado Brasileiro".

Um exemplo clarividente da incongruência prática que este dispositivo pode gerar é o caso real da Ação Civil Pública nº 98. 0025524-9/1998, ajuizada pelo Ministério Público Federal do Rio Grande do Sul, que, na defesa do direito fundamental à saúde, buscou a proibição do ato de fumar a bordo de aeronaves.

O juiz do caso deferiu a tutela antecipada e a confirmou, posteriormente, em sentença, indicando ainda que o cumprimento da decisão não poderia ficar adstrito aos limites da circunscrição do Estado do Rio Grande do Sul, mas deveria estender-se a todo o território nacional.

Caso assim não fosse, vivenciaríamos a esdrúxula situação de se verificar a proibição de fumar a bordo de aeronaves exclusivamente no âmbito do território gaúcho. A partir do momento em que a aeronave cruzasse os limites fronteiriços do estado do Rio Grande do Sul, qualquer um que se encontrasse a bordo poderia acender um cigarro. Ou, o contrário: a partir do momento em que a aeronave adentrasse ao território do estado gaúcho, todos que estivessem fumando deveriam cessar a atividade.

Eis aí, portanto, a dificuldade de se buscar dividir algo que é indivisível por sua própria natureza. Ademais, a possibilidade de se ter, na prática, diferentes decisões tratando de modo diverso situações jurídicas idênticas representa também ofensa aos princípios do acesso à justiça e da isonomia, dando ensejo, ainda, a conflitos lógicos e práticos de julgados.

Neste ponto, a doutrina traz o seguinte exemplo ilustrativo: duas ações coletivas são ajuizadas, uma no Município X e outra no Município Y, com a finalidade de impedir a construção de uma barragem no rio que divide os municípios. Na hipótese de a ação proposta no Município X ser julgada procedente e de a ação proposta no Município Y ser julgada improcedente, considerando o disposto no art. 16 da LACP, como se resolveria a situação? Construir-se-ia a barragem até a metade do rio? (MARINONI e ARENHART, 2015, p. 450-451). Mais uma vez, a indivisibilidade do objeto dificulta a aplicabilidade do dispositivo citado.

Ademais, conforme já destacado, o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, que traz as diretrizes centrais regulamentadoras da coisa julgada coletiva, não estipula nenhum tipo de limitação quanto ao seu alcance, atrelando-o aos limites territoriais da competência do órgão prolator da decisão.

Mas a crítica mais contundente da doutrina ao dispositivo diz respeito à confusão implementada entre os conceitos de competência, jurisdição e limites subjetivos da coisa julgada.

Conforme cediço, a jurisdição é uma e indivisível em todo o território nacional, sendo a competência tão somente o critério de distribuição do poder jurisdicional do Estado.

Todavia, uma vez exercida a jurisdição, dentro dos limites de competência estipulados pela lei, o comando judicial emanado será válido em todo o território nacional. Desta forma, se uma sentença proferida por juiz estadual no Estado do Espírito Santo declarar o divórcio entre João e Maria, os mesmos ostentarão tal condição – divorciados – em qualquer lugar do país, e não apenas nos limites do território do estado capixaba.

[...] é possível verificar a falta de técnica do legislador, que resultou em uma confusão entre os conceitos de competência territorial e limites subjetivos da coisa julgada, institutos totalmente independentes e diversos, não podendo existir nenhuma relação entre ambos. Não há como tentar limitar a eficácia da coisa julgada coletiva à competência territorial do órgão prolator da decisão. O alcance subjetivo da coisa julgada coletiva não é determinado pela competência territorial, mas sim pelo objeto tutelado.

Uma vez proferida sentença coletiva, essa irá produzir efeitos erga omnes ou ultra partes em todo o território nacional, pois a jurisdição é una. Não existe limitação territorial da jurisdição em decorrência da competência. A competência apenas distribui essa jurisdição entre os diversos órgãos jurisdicionais³⁰⁸. Portanto, a vontade do legislador foi fragmentar a decisão em sede ação coletiva; para isso se utilizou de instituto equivocado, ou seja, a competência territorial, tornando o artigo 16 da Lei 7.347/85 inócuo e sem aplicabilidade. (ALVES,, 2018, p. 110-111).

Denota-se, portanto, equívoco na técnica legislativa, que confunde a competência territorial, critério de distribuição da jurisdição, com a “imperatividade decorrente do comando jurisdicional, apanágio da jurisdição, que é uma em todo o território nacional” (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2017, p. 444).

Por derradeiro, a doutrina de Marcelo Abelha Rodrigues aponta, também, que o indigitado dispositivo cria uma relação entre degrau jurisdicional e abrangência do julgado, de modo que a recorribilidade aumenta a esfera de abrangência da coisa julgada no caso:

Não menos inusitado é o fato de que a redação do art. 16 (coisa julgada nos limites da competência territorial) criou uma relação entre degrau jurisdicional e abrangência do julgado, qual seja, fez com que o réu da ACP que saiu vencido em primeiro grau de jurisdição seja estimulado a não recorrer, para evitar que uma decisão substitutiva da sentença proferida no tribunal tenha uma abrangência maior e que, portanto, lhe seja mais prejudicial, caso seja confirmada a sentença. Enfim, a cada degrau que se sobe em nível recursal ter-se-á um aumento dos limites subjetivos do julgado, já que aumentará o alcance territorial da competência do órgão prolator (RODRIGUES, 2017, p. 193-194).

Esta são, em resumo, as principais críticas apontadas pela doutrina ao art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Resta-nos analisar, agora, a interpretação que o Superior Tribunal de Justiça vem dando ao mesmo.

A evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema

Por derradeiro, resta-nos analisar a forma como o Superior Tribunal de Justiça vem interpretando a mudança implementada no art. 16 da LACP.

Pois bem. Mesmo diante das múltiplas críticas ao dispositivo, conforme se demonstrou no tópico anterior, predominantemente a jurisprudência do STJ era no sentido de conferir plena aplicabilidade ao mesmo, limitando a extensão da coisa julgada na ação coletiva aos limites territoriais do órgão prolator da decisão.

Era neste sentido que a Corte Especial se manifestava, inclusive em sede de embargos de divergência, visando uniformizar o entendimento a respeito do tema. Confira-se, a título de exemplo:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DISSENSO ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA. EFEITOS ERGA OMNES. ABRANGÊNCIA RESTRITA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. 1. Não há falar em dissídio jurisprudencial quando os arestos em confronto, na questão em foco, decidem na mesma linha de entendimento. 2. Nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator. 3. Embargos de divergência não-conhecidos. (REsp 293.407/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 327).

Este foi o entendimento prevalecente no âmbito da instância extraordinária, até o ano de 2011, quando, então, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recurso especial repetitivo (artigo 543-C do CPC/1973), reconheceu a possibilidade de liquidação e execução individual de sentença genérica por qualquer pessoa, ainda que não residente nos limites territoriais da competência do órgão prolator da decisão. O referido acórdão restou assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação

contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011).

Conforme se observa, trata-se de hipótese em que a sentença proferida pelo Magistrado de primeira instância julgou procedente o pedido deduzido a inicial para condenar a instituição financeira – Banestado – a pagar aos poupadores do Estado do Paraná que possuíam contas em cadernetas de poupança mantidas junto à ré, as diferenças de correção monetária expurgadas em razão dos planos econômicos, entre junho de 1987 e janeiro de 1989.

No âmbito do referido julgamento, restou decidido pela Corte Especial do STJ que os limites territoriais da sentença proferida em ação civil pública não poderiam ser restringidos aos limites territoriais do Município de Curitiba – território de competência do órgão prolator da decisão –, mas deveriam ser expandidos a todo o estado do Paraná.

Importante passagem extrai-se do voto do relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que assim afirmou:

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível".

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os «limites da lide e das questões decididas» (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A partir deste julgado, esperava-se que o Superior Tribunal de Justiça seguisse a linha do entendimento acima exposto. Todavia, ressalvados alguns julgados isolados, o STJ voltou a conferir plena aplicabilidade ao art. 16 da LACP, restringindo os limites subjetivos da coisa julgada coletiva.

A partir de pesquisa na jurisprudência do sítio eletrônico do STJ é possível encontrar, inclusive, recursos especiais julgados pela mesma turma – Terceira Turma –, e de igual relatoria, ora aplicando o dispositivo citado, ora afastando-o. Neste sentido, confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva. 2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado. 3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do 'writ', exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente. 4. *A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate.* 5. *A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inócuo a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.* 6. O art. 2º-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei nº 9.494/97, portanto, não se aplica. 7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido. (REsp 1243386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012, grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. TAXA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO - TEB. COBRANÇA. ILEGALIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA RESSARCIMENTO DOS VALORES. CABIMENTO. SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS COM EXPLICAÇÃO DA FORMA DE LIQUIDAÇÃO E ESTABELECIMENTO DE MEIOS TENDENTES A CONFERIR MAIOR EFETIVIDADE AO JULGADO. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. DIES A QUO. CITAÇÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES SUBJETIVOS DA SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PROLATOR. PRESCRIÇÃO.

DECLARAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ. POSSIBILIDADE. LIMITES. 1. Sendo os serviços prestados pela instituição financeira remunerados pela tarifa interbancária, a cobrança de taxa dos consumidores pelo pagamento mediante boleto constitui enriquecimento sem causa, pois caracteriza dupla remuneração pelo mesmo serviço, importando em vantagem exagerada e abusiva em detrimento dos consumidores. 2. Em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos. Porém, em se tratando de direitos coletivos em sentido estrito, de natureza indivisível, estabelece-se uma diferença essencial frente aos direitos individuais homogêneos, que se caracterizam pela sua divisibilidade. Isso porque, embora os direitos individuais homogêneos se originem de uma mesma circunstância de fato, esta compõe somente a causa de pedir da ação, já que o pedido em si consiste na reparação do dano (divisível)

individualmente sofrido por cada prejudicado. 3. O mero reconhecimento da ilegalidade na cobrança da taxa de emissão de boleto caracteriza um interesse coletivo em sentido estrito, mas a pretensão de restituição dos valores indevidamente cobrados a esse título evidencia um interesse individual homogêneo, perfeitamente tutelável pela via da ação civil pública. 4. Nada impede que decisão de ação para defesa de direitos individuais homogêneos contenha determinações que explicitem a forma de liquidação e/ou estabeleça meios tendentes a lhe conferir maior efetividade, desde que essas medidas se voltem uniformemente para todos os interessados, mantendo o caráter indivisível do julgado, com o que não haverá desvirtuamento da natureza genérica da condenação, imposta pelo art. 95 do CDC. 5. Embora a condenação imposta nas ações para tutela de direitos individuais homogêneos deva ser genérica, não podendo entrar no mérito dos prejuízos sofridos por cada interessado, ela irá necessariamente versar sobre o ressarcimento dos danos causados, reconhecendo o ato ilícito praticado pelo réu, o que, por conseguinte, já o constitui em mora desde a citação para responder aos termos da ação civil pública, nos termos do art. 219 do CPC. 6. *Nos termos da jurisprudência do STJ, a sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a nova redação conferida pela Lei nº 9.494/97.* 7. *Se o órgão prolator da decisão é o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, infere-se que o acórdão tem eficácia em toda a extensão territorial daquela unidade da Federação.* 8. A interpretação lógico-sistemática do art. 219, § 5º, do CPC, permite inferir que o julgador poderá, a qualquer tempo e grau de jurisdição, declarar de ofício a prescrição, ou seja, reconhecer que determinado direito, submetido ao crivo do Poder Judiciário, se encontra prescrito, dando azo à extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. O interesse público que faculta o reconhecimento da prescrição de ofício e a qualquer tempo deriva da inconveniência de se prosseguir com processo em que haja perda do direito de ação. Nesse caso, há violação direta do princípio da economia processual. Mas esse mesmo interesse público não está presente nas discussões em que se busca apenas uma declaração incidental do prazo prescricional, cuja definição não terá o condão de acarretar a extinção da ação. Nessa hipótese, não se admitirá a intervenção de ofício do Juiz, de modo que, inexistente recurso abordando o tema, será defeso ao Tribunal manifestar-se, sob pena de violação do princípio contido no art. 515 do CPC, que veda a reformatio in pejus. 9. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1304953/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 08/09/2014).

Entretanto, no ano de 2014, o STJ novamente sinalizou uma mudança no seu entendimento acerca do tema, ao reconhecer, no julgamento do REsp nº 1.114.035/PR, as impropriedades do art. 16 da LACP, defendendo, entretanto, sua inaplicabilidade apenas às demandas que versassem sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, permanecendo aplicável nas ações coletivas que versassem sobre direitos individuais homogêneos.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA TUTELANDO MUTUÁRIOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO EM "SÉRIE GRADIENTE". LEGALIDADE. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. COMPATIBILIDADE RECONHECIDA. CRIAÇÃO DE CONTA APARTADA PARA DESTINAÇÃO DOS VALORES NÃO AMORTIZADOS A FIM DE EVITAR ANATOCISMO. EFICÁCIA ERGA OMNES DA SENTENÇA CIVIL. ART. 16 DA LEI N. 7.347/1985. NATUREZA DO DIREITO TUTELADO. INCIDÊNCIA NAS AÇÕES CUJO OBJETO SEJAM DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXAME MERITÓRIO PELO STJ EM SEDE RECURSAL. ALTERAÇÃO DOS LIMITES SUBJETIVOS DA CAUSA. NÃO

OCORRÊNCIA. 1. O Ministério Público tem legitimidade ad causam para propor ação civil pública com a finalidade de defender interesses coletivos e individuais homogêneos dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes. 2. O STJ já reconheceu a legalidade do sistema de amortização em "série gradiente" e sua compatibilidade com a cláusula contratual que estabelece o plano de equivalência salarial como fórmula de reajuste das operações. Precedentes. 3. A jurisprudência do STJ tem admitido que o valor devido a título de juros não amortizado pelo pagamento da prestação seja reservado em uma conta apartada, sobre a qual incida apenas correção monetária, com o objetivo de se evitar o anatocismo. 4. *Estando em pleno vigor o art. 16 da LACP, que restringe o alcance subjetivo da sentença civil, e atuando o julgador nos limites do direito posto, cabe-lhe, mediante interpretação sistêmica, encontrar hipótese para sua incidência.* 5. *O caráter indivisível dos direitos difusos e coletivos stricto sensu conduz ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil em relação àqueles que estejam ligados por circunstâncias de fato ou que estejam ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente à lesão ou à ameaça de lesão.* 6. *O art. 16 da LACP encontra aplicação naquelas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo seu caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os titulares dos direitos autônomos, embora homogêneos.* 7. Dado o caráter de subsidiariedade das normas do CDC em relação às ações civis públicas, revelado pela redação do art. 21 da LACP, o legislador, ao editar a Lei n. 9.494/1997, não se preocupou em modificar o art. 103 do CDC. 8. O efeito substitutivo do art. 512 do CPC, decorrente do exame meritório do recurso especial, não tem o condão de modificar os limites subjetivos da causa, sob pena de criação de novo interesse recursal. 9. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1114035/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014, grifo nosso).

Conforme se infere da leitura da ementa acima colacionada, o principal fundamento utilizado pelo STJ para aplicar o art. 16 da LACP às ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos é a divisibilidade de seu objeto, o que levaria à possibilidade de coexistência de decisões distintas diante de uma mesma situação.

Todavia, como bem ponderou Gustavo Silva Alves (2018, p. 116),

[...] essa interpretação é completamente inconsistente e também não deve prosperar. Primeiro, porque não se trata da tutela de direitos individuais, mas da proteção de direitos pertencentes a um grupo de pessoas. Os direitos individuais homogêneos devem ser considerados como verdadeiros direitos coletivos, pois garantem uma tutela integral do dano, protegendo a coletividade mesmo naquelas situações em que os titulares dos DIH e seus sucessores não se habilitam em número compatível com o dano causado (art. 100, CDC). Assim como, não é aceitável a existência de decisões conflitantes, mesmo que se estivesse diante de direitos individuais autônomos, pois o princípio da isonomia integra o modelo de processo justo, devendo o Poder Judiciário garantir que diante de uma mesma situação jurídica coletiva seja proferida, preferencialmente, uma única decisão. Dessa forma, não procede a afirmação de que seria possível restringir a extensão subjetiva da coisa julgada coletiva na tutela dos DIH, por se tratar da tutela de direitos individuais.

Ocorre que, mais recentemente, a Corte Especial do STJ novamente se manifestou sobre a questão, no âmbito do julgamento do EREsp nº 1.134.957/SP, reconhecendo a

autoridade do precedente firmado no julgamento do REsp nº 1.243.887/PR e determinando a inaplicabilidade do art. 16 da LACP também em relação às ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N.º 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante. 2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85. (REsp 1134957/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2016, DJe 30/11/2016).

O caso posto a julgamento dizia respeito à revisão dos contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH), e a relatora do recurso, Ministra Laurita Vaz, destacou que a inaplicabilidade do art. 16 da LACP referia-se não apenas aos direitos coletivos *lato sensu*, como também a todas as fases do processo coletivo. Destaca-se trecho do voto da relatora:

[...] Com efeito, no julgamento do recurso repetitivo paradigmático não se conferiu o limite fático que os Embargados pretendem que seja reconhecido. O referido ato não se limitou às ações coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos. Ao contrário, o entendimento firmado pela Corte Especial contempla todos os gêneros das ações coletivas. De igual maneira, tal provimento não se circunscreveu à discussão sobre a extensão da coisa julgada e competência para a liquidação/execução da sentença coletiva, abrangendo, de fato, hipóteses como a presente. [...] Assim, para a solução da questão processual em comento, a alegação de que as situações fáticas dos acórdãos em cotejo não são semelhantes mostra-se desinfluyente. A questão processual controvertida (limitação territorial do art. 16 da LACP) nos julgados em cotejo é a mesma, motivo pelo qual está evidente a divergência. *Não tem nenhum relevo, no caso, o fato de que no ato paradigma o feito se encontrava em fase de cumprimento ou liquidação de sentença, pois o momento processual em nada influenciou na fixação da tese repetitiva pela Corte Especial (STJ), Corte Especial, REsp 1.134.957/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, DJ 24/10/2016, DJe 30/11/2016, p. 19-20, grifo nosso).*

De se destacar, ainda, as ponderações feitas pela Ministra Nancy Andrighi, que, em voto-vista, destacou a necessidade de se distinguir a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada, na esteira da clássica doutrina de Enrico Tullio Liebman. Confira-se:

De qualquer maneira, pode-se verificar que há muito ressaltado a necessária diferença entre a eficácia da sentença e a eficácia da coisa julgada, com base nos ensinamentos clássicos de ENRICO TULLIO LIEBMAN (Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, 3ª Edição, Forense, Rio de

Janeiro, 1984). Essa distinção deve ser ressaltada, mais uma vez: (i) a eficácia de sentença é a sua aptidão a gerar efeitos modificativos na esfera jurídica; e (ii) a eficácia da coisa julgada é o atributo de imutabilidade conferida a uma decisão judicial a partir de seu trânsito em julgado. Como consequência dessas distinções, é patente a incapacidade de a redação do art. 16 da LACP limitar territorialmente os efeitos de decisões prolatadas em ações coletivas. Esse argumento é um dos fundamentos utilizados no REsp 1.243.887/PR, paradigma apontado pelo embargante. (STJ, Corte Especial, EREsp 1.134.957/SP, Ministra Relatora Laurita Vaz, DJ 24/10/2016, DJe 30/11/2016, p. 31).

Neste sentido, em que pese o voto vencido do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, o último pronunciamento da Corte Especial do STJ foi exatamente no sentido de restabelecer a autoridade do precedente formado no âmbito do REsp nº 1.243.887/PR, determinando a inaplicabilidade do art. 16 da LACP a qualquer tipo de direito coletivo (difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo) e em qualquer fase do procedimento.

Breve fechamento

Conforme se observou, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foi vacilante, durante muito tempo, a respeito da interpretação conferida ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, de modo a inobservar seus próprios precedentes.

Todavia, a interpretação última conferida pela Corte Especial, no âmbito do EREsp nº 1.134.957/SP, parece-nos ser a mais acertada, à luz das críticas doutrinárias dirigidas ao dispositivo.

Desta forma, agiu acertadamente o STJ ao entender pela inaplicabilidade do art. 16 da LACP às demandas que versem sobre direitos coletivos *lato sensu*, não estabelecendo uma diferenciação, neste pormenor, em relação aos direitos individuais homogêneos.

Por fim, espera-se que com o atual modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, a Corte Especial respeite o precedente firmado no âmbito do recurso especial acima citado, nos termos do art. 927 do *codex*, de modo a respeitar os fundamentos do processo coletivo e aumentar sua efetividade.

Referências

- ALVES, Gustavo Silva. Ações coletivas e casos repetitivos: os membros do grupo e a convivência entre os modos de vinculação decorrentes do modelo brasileiro de processo coletivo, Vitória, 2018.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: Revista de Processo, vol. 34, abr./1984.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. A coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 502 a 508 do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2016.
- Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil: vol. único. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PORTO, Sérgio Gilberto. A coisa julgada civil. 4 ed. São Paulo: Editora RT, 2011.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

A utilização dos negócios processuais como técnica de eficiência e redução de custos nos contratos empresariais

Paulo Sandoval Tavares¹

Artur Almenara Merlo Emmerich Oliveira²

Gabriela Azeredo Gusella³

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 instaurou uma mudança de paradigma que possibilitou a releitura de vários institutos jurídicos. A possibilidade de se convencionar em matéria processual foi expressamente incluída no bojo do diploma normativo processual, por meio de uma cláusula geral de negociação. Desse modo, as partes, no exercício de sua autonomia privada, podem formular negócios jurídicos processuais visando modificar o procedimento, assim como convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Esse instituto possui especial relevância quando analisados os contratos empresariais, pois estes, pautados na simetria de poderes de contratação, visam a promoção de segurança e previsibilidade. O Projeto de Lei nº 487/2013 que tramita no Senado Federal, reforça essa importância, na medida em que traz disposições específicas sobre a temática. Assim, o presente estudo objetiva traçar um paralelo, ressaltando algumas hipóteses de aplicação dos negócios jurídicos processuais nos contratos empresariais, vislumbrando quais são as vantagens práticas decorrentes. Para tanto, utiliza-se de pesquisa bibliográfica com base na literatura jurídica pátria.

Palavras-chave: Contratos empresariais; Negócio jurídico processual; Autonomia privada; Processo Civil; Direito empresarial.

¹ Advogado. Aluno Especial no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo no semestre letivo 2018/2. Especialista em Direito Público pela Faculdade Damásio (FD). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Extensão universitária na Faculdade de Direito da Universidade do Porto – Portugal em 2015.

² Advogado. Aluno Especial no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo no semestre letivo 2018/2. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Advogada. Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio (FD). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora acadêmica dos Grupos de Pesquisas *Bioethik* (UFES) e *Desafios do Processo* (UFES).

Introdução

A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) inaugurou um novo paradigma para o ordenamento jurídico brasileiro. Este diploma normativo pode ser traduzido como um eixo comum do direito processual brasileiro (MAZZEI; GONÇALVES, 2015, p. 103), na medida que a conjugação dos artigos 1º, 15 e 771, sob uma leitura sistemática, traduzem que a nova codificação busca dialogar com toda legislação, codificada ou não.

Além disso, o novo códex estrutura uma nova metódica de fundamentação (MADUREIRA, 2017, p. 109), pautada na cooperação e na primazia da decisão informada, tão quanto no contraditório como mecanismo das partes interferirem de maneira eficaz na construção da decisão.

Dentre as inovações trazidas pela legislação e que será o escopo do presente estudo, tem-se o artigo 190 do CPC/2015 que trata expressamente do instituto dos negócios jurídicos processuais. Essa previsão no CPC/2015 é de extrema relevância para a consolidação da mudança paradigmática pretendida pelo diploma normativo, uma vez que evidencia a importância da autonomia privada na seara processual e consolida os negócios processuais como forma de promover a melhor solução dos conflitos jurisdicionalizados (SILVESTRE; NEVES, 2017, p. 101).

No presente estudo, será abordada a estruturação do instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, objetivando analisar o seu diálogo com o Projeto de Lei nº 487/2013 (Novo Código Comercial) que tramita no Senado e a sua utilização no ambiente dos contratos empresariais.

Autonomia privada e os negócios jurídicos

Antônio Menezes Cordeiro entende a autonomia como espaço de liberdade jurígena, isto é, a área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as atividades jurídicas que entenderem e, assim, como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos (2005, p. 391-392).

A autonomia privada, assim, está intimamente relacionada ao negócio jurídico, podendo ser entendida como “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica” (AMARAL, 2017, p. 131).

Imperioso contextualizar que a figura da autonomia calcada no ideal burguês de liberalismo clássico não se sustenta perante o contexto atual de forte intervencionismo estatal – houve uma mudança na dinâmica social, na qual as relações intersubjetivas encontram-se cada vez mais automatizadas, existindo um crescimento da figura dos contratos de adesão (SILVESTRE; NEVES, 2017, p. 87).

Isto posto, pode-se afirmar que o negócio jurídico é um exemplo de expressão da autonomia privada no mundo jurídico, a partir do momento em que é inserido como ato por meio do qual particulares buscam satisfazer a necessidade de regular por si mesmos os seus interesses nas relações recíprocas (SILVESTRE; NEVES, 2017, p. 91). Sob este prisma, o negócio jurídico pode ser visto como uma verdadeira fonte do Direito, na medida que permite às partes estabelecerem vínculos de acordo com sua declaração de vontade, os quais serão atribuídos efeitos jurídicos, reafirmando a sua autonomia privada.

Neste cotejo, Pablo Stolze Gagliano aduz que o contrato, que é fruto da autonomia da autonomia privada (como vontade livre e desembaraçada dos indivíduos), é fonte mediata do Direito e com o passar dos anos se tornou um instrumento de importância indiscutível na acumulação de riquezas econômicas (2017, p. 222). Verifica-se, portanto, a importância crescente dos negócios jurídicos na sociedade de mercado que existe e se propaga na atualidade.

O conceito de negócio jurídico processual na sistemática do CPC/2015

O negócio jurídico é conceituado como ato de declaração de vontade destinado a produção de efeitos, quais sejam a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, celebrado por duas pessoas no âmbito do direito privado (AMARAL, 2017, p. 465).

Este conceito clássico, entretanto, não é pacífico na literatura jurídica brasileira quando analisado o instituto previsto no artigo 190 do CPC/2015. Antonio do Passo Cabral ressalta que a conceituação de acordo processual dependerá do critério que será utilizado por cada autor, tais como a sede na qual o negócio é celebrado, os seus sujeitos, efeitos ou objetos, etc. (CABRAL, 2018, p. 63).

Queiroz, Tortorella e Banfield entendem o negócio jurídico processual, como uma “convenção entre as partes no âmbito processual, dispondo acerca das características do procedimento que venha a ocorrer (pré-processual) ou que tramita entre elas (processual)” (2017, p. 4).

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira por sua vez conceitua negócio jurídico processual como um ato através do qual o ordenamento confere às próprias partes, dentro dos limites por ele (ordenamento) próprio fixados, a possibilidade de escolher a categoria jurídica de algumas situações atinentes à relação jurídica processual, dando a este ato uma eficácia jurídica. Trata-se de expressão da autonomia das partes dentro do campo processual (2011, p. 137).

Já Antonio do Passo Cabral, com base no artigo 190 do CPC/2015, conceitua convenção processual como o negócio jurídico “plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação ou extinção de situações processuais, ou alteram o procedimento” (2018, p. 74).

Em outra análise, Alexandre Freitas Câmara dispõe o negócio processual como atos dispositivos, que se dividem em unilaterais – reconhecimento de pedido e renúncia – ou bilaterais – transação e eleição de foro, por exemplo (2016, p. 144).

Deste modo, para este autor, os negócios jurídicos processuais são atos dispositivos bilaterais, visto que são realizados por indivíduos diversos e a própria cláusula de eleição de foro é verificada como um negócio jurídico processual, porém típico – como será visto adiante – lembrando que ela só pode estabelecer sobre competência relativa, e não sobre absoluta (CÂMARA, 2016, p. 144), conforme preceitua o enunciado nº 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância”.

Preenchida a conceituação do instituto, cumpre ressaltar que o artigo 190 da codificação processual vigente é uma cláusula geral que permite as partes, para além das hipóteses previstas em lei, convencionarem sobre o procedimento para ajustá-lo conforme as peculiaridades da causa, e assim, adequá-los conforme seus interesses subjacentes. Trata-se, portanto, de “uma cláusula geral de negociação sobre o procedimento, consagrando a regra da atipicidade da negociação” (TAVARES, 2016, p. 97).

O diferencial da inserção de cláusulas com convenções sobre matéria processual nos contratos reside em antever possíveis problemas e prescrever soluções processuais eficazes. A eficácia é imanente a celebração do negócio, na medida, que as partes modulam aspectos processuais, segundo sua autonomia privada da vontade, a fim de estabelecer condições favoráveis.⁴

Observadas algumas peculiaridades dos negócios jurídicos processuais, mister perquirir acerca dos requisitos e generalidades para sua regular celebração.

Artigo 190 do CPC/2015: os requisitos dos negócios jurídicos processuais

Os regramentos gerais aplicáveis aos negócios jurídicos processuais são retirados “do Código Civil, especialmente no que diz respeito às condições de existência, validade e eficácia, além de toda a vasta e complexa teoria das nulidades” (SILVESTRE; NEVES, 2017, p. 101).

Desse modo, com base na teoria geral do negócio jurídico, devem ser observados também nos negócios jurídicos processuais os planos da existência, da validade e da eficácia. Assim, devem estar presentes sujeitos de direito, objeto, manifestação de vontade e forma (plano da existência), como também os pressupostos da validade, quais sejam, a capacidade dos agentes, licitude, possibilidade e objeto determinado ou determinável, higidez da manifestação da vontade e forma prescrita ou não defesa em lei.

Para além dos requisitos gerais, os quais encontram extensa disciplina no Código Civil (artigos 104 a 114), o Código de Processo Civil de 2015 elencou alguns requisitos específicos no dispositivo que inaugura a figura em nosso ordenamento.

⁴ A própria sistemática de jurisdição do Estado Democrático de Direito confirma que o processo deve ser meio, para o fim de realização e concretização dos direitos e garantias das partes.

Da análise do artigo 190⁵ da codificação processual civil, conforme assevera Trícia Navarro Xavier Cabral, é possível extrair os seguintes requisitos que serão alvo de breve análise: “partes plenamente capazes”, “direitos que admitam autocomposição”, “convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (2015, p. 497). Em seu parágrafo único observa-se uma limitação ao negócio jurídico na medida em que assevera que “o juiz poderá exercer controle sobre a validade das convenções e recusar-lhes aplicação somente em casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de vulnerabilidade”.

Sobre o pressuposto subjetivo de plena capacidade, trata-se de capacidade de estar em juízo, podendo ser assistido ou representado.⁶ Sob tal premissa é possível visualizar a construção de um negócio jurídico processual que tenha como parte um condomínio, representado por seu administrador ou síndico ou um incapaz, desde que representado ou assistido. Essa, porém, não é a visão de Alexandre Freitas Câmara, que entende que a capacidade é requisito imprescindível, isto é, sendo incapaz, a celebração do negócio jurídico é nula, mesmo que seja ele representado ou assistido (CÂMARA, 2016, p. 144).

Este estudo, contudo, compreende ser a primeira premissa a mais correta, visto que o assistente ou representante do incapaz busca seus interesses e, assim, os negócios jurídicos processuais existiriam para melhor garantir esses interesses. Todavia, se os assistentes ou representantes buscarem interesses diversos e/ou contrários aos interesses do incapaz, cabe tanto ao juiz, por meio do parágrafo único, quanto ao Ministério Público, como fiscal do Ordenamento Jurídico, prezar pela decretação da abusividade do negócio jurídico processual realizado.

Ainda sobre a capacidade, vale ressaltar que:

O Ministério Público pode celebrar negócios processuais destinados a produzir efeitos nos processos em que atua como parte, e não como mero fiscal da ordem jurídica (FPPC, enunciado 253). Também a Fazenda Pública pode celebrar negócios processuais (FPPC, enunciado 256) (CÂMARA, 2016, p. 144).

No que tange a expressão “manifesta vulnerabilidade”, Eduardo Talamini aduz ser um limite de eficácia na vedação ao abuso, verificando-se dessa forma a exigência de que a situação de vulnerabilidade seja manifesta para fins de vedação à eficácia do negócio jurídico processual (2015, p. 2).

Já no que tange aos contratos de adesão, Talamini entende ser possível a inserção de negócios jurídicos processuais, desde que não se vislumbre abusividade, como por

⁵ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

⁶ Essa opção se sustenta vez que o Código permite a forma de arrolamento com a presença de incapaz, desde que concordem todas as partes, na forma do artigo 665 do CPC/2015.

exemplo, no caso de uma instituição financeira inserir em contrato de adesão a previsão de que a citação dela deverá ser realizada por via eletrônica – uma vez que o banco já estará necessariamente cadastrado no sistema eletrônico (artigo 246, § 1º, CPC/2015), pois tal avença confere segurança à instituição financeira sem implicar nenhum sacrifício para o cliente, pois a citação eletrônica é simples, rápida e sem custos (TALAMINI, 2015, p. 7).

Importante salientar que a averiguação da vulnerabilidade se dará nos casos concretos e, no que diz respeito aos contratos empresariais, tema do presente estudo, a aferição dar-se-á caso a caso, uma vez que nessa modalidade pressupõe-se a paridade dos contratantes.

É de se ressaltar a necessidade, independente da previsão no artigo em comento, da presença de advogado ou defensor público com vistas a fornecer o acompanhamento técnico durante a condução do negócio jurídico processual. Este entendimento, inclusive, ficou consignado no Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

Sobre a aptidão de o direito a ser tutelado em sede de negócio jurídico submeter-se ao regime da autocomposição, esta, consistiria na possibilidade da resolução do conflito de modo extrajudicial. Não há que se falar, por si só, em imprescindibilidade da disponibilidade do direito, uma vez que, ainda que indisponível é possível a construção do negócio jurídico processual, vide a possibilidade de alteração das regras de competência relativa (artigo 63, CPC/2015).⁷ Apesar de não ser tema do presente estudo, mas para melhor exemplificar esses direitos indisponíveis que admitem a autocomposição, é possível se falar daqueles que versam sobre alimentos (CÂMARA, 2016, p. 144).

Seguindo a regra geral, o objeto do negócio jurídico processual deve ser lícito, ou seja, não vedado pelo ordenamento jurídico⁸, de modo que não seria possível se estabelecer um negócio jurídico processual cujo objeto fosse relacionado ao “jogo do bicho”, por exemplo, visto tratar-se de contravenção penal que caracteriza um ilícito no ordenamento jurídico pátrio. E sua forma é livre, podendo se perfazer em negócio oral ou escrito, expresso ou tácito, na audiência ou em documento apartado. Assim não há exigência de forma especial, nos moldes do artigo 166, VI do Código Civil.

No que tange à eficácia, os negócios jurídicos por força do artigo 200 do CPC/2015 produzem efeitos imediatos, independente de homologação judicial.⁹ Contudo, deve-se lembrar que o ordenamento expressamente condicionou em algumas hipóteses a eficácia do negócio à homologação judicial, a saber, quando há desistência da ação (artigo 200, parágrafo único, CPC/2015) e na fixação de calendário processual (artigo 191, CPC/2015).

⁷ Enunciado nº 13 do FPPC: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico”.

⁸ Sobre o tema, em caso de dúvida deve-se primar pela validade da avença firmada, segundo a lógica do *in dubio pro libertate* (DIDIER JR.; LIPIANI; ARAGÃO, 2018, p. 4).

⁹ CHAGAS e MAZZEI acertadamente observam que “o art. 158 do CPC/73, transportado para o art. 200 do CPC/2015, determina que os atos de vontade das partes produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. Ou seja, a intervenção do juiz não é necessária, a menos que a lei expressamente determine o requisito da homologação” (CHAGAS; MAZZEI, 2017, p. 695).

Quanto ao controle da validade dos negócios jurídicos processuais, a decretação deve se pautar no sistema de invalidades processuais previstos nos artigos 276 a 283 do CPC/2015, o que impõe ao juiz a limitação da declaração de invalidade quando não for constatado o prejuízo. Sobre o tema, é necessário, ainda, partir de uma construção que valorize os negócios jurídicos como fruto da autonomia privada das partes (GONÇALVES, 2016) que merece ser respeitada no âmbito processual. E ainda, lançar mão da advertência constante no Enunciado nº 259 do FPPC, no sentido de que: “A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”, o que corrobora com o fato de primazia teleológica do ato de vontade na seara processual.

Nesta esteira da autonomia da vontade na seara processual, é importante destacar que:

O descumprimento, pela parte, de negócio processual válido é matéria que não pode ser conhecida de ofício (FPPC, enunciado 252). [...] Ora, se uma das partes descumpre o negócio processual e a outra parte não reclama, daí resulta uma resilição bilateral do negócio, que estará extinto (CÂMARA, 2016, p. 147).

Ou seja, o descumprimento de um negócio jurídico processual deve ser alegado pela parte adversa sob pena de aceite da resilição bilateral do negócio. Essa ideia é corroborada pelo próprio ordenamento processual civil que, ao se referir à cláusula de eleição de foro (negócio jurídico processual típico), em seus artigos 65 c/c 337, §5º, estabelece que a parte deve alegar a incompetência relativa, caso seja ré, sob pena de preclusão. Em outras palavras, poder-se-ia dizer que aconteceria a resilição bilateral do negócio no que se refere à cláusula de eleição de foro.

A influência do Projeto de Lei nº 487/2013 (Novo Código Comercial)

O Projeto de Lei sob nº 487 de 2013 (PL 487/2013), em tramitação no Senado Federal, possui escopo de reforma do Código Comercial, dividindo-o em três partes: a saber, parte geral, parte especial (na qual inclui-se o processo empresarial) e parte complementar. As discussões e propostas inseridas no mesmo são de especial relevância, uma vez que revelam posicionamentos atuais sobre institutos e os projetam para o futuro.

O tema sob análise no presente estudo é tratado no Livro V – Do processo empresarial e inserido no Título I – Das regras comuns ao processo empresarial. O tratamento dado ao tema revela-se minucioso e mais amplo do que na própria codificação processual civil. O arcabouço normativo do negócio processual é previsto nos artigos 949 e 950, tendo este último quatro parágrafos sobre o tema. O que releva regramento muito mais detalhado e que necessita ser analisado e interpretado em diálogo ao previsto tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil de 2015.

O código comercial ao tratar de processo empresarial já consagra a premissa de paridade das partes. Parte assim, da premissa de partes capazes de estar em juízo (empresários) e discutindo direitos que admitem autocomposição. A presunção é importante vez que a análise

dos negócios jurídicos sobre o prisma do Código Comercial deve levar em conta o pano de fundo o qual está inserido, para não se correr o risco de a interpretação do procedimento servir como regra geral e absoluta, oponível em qualquer seara processual.

Inicialmente, é consagrado o princípio da autonomia da vontade em matéria processual já no artigo 949¹⁰ do PL nº 487/2013. Esse ainda, é reafirmado no parágrafo 4º do artigo 950¹¹ ao prescrever vedação ao juiz de controlar a validade previstas nas convenções processuais, ressalvado o ajuizamento de ação própria.

A previsão coaduna com efetividade expressa no artigo 200 do CPC/2015 e a defesa da primazia da eficácia e da cooperação (artigo 6º, CPC/2015) para influir na decisão como corolários da nova codificação processual civil brasileira.

De outra monta, o Código Comercial parece ter restringido a utilização do negócio jurídico processual em matéria empresarial para convenções acerca de ônus, poderes, faculdades e deveres, uma vez que, em seu parágrafo 1º condiciona as mudanças no procedimento ao acordo livre e desembaraçado entre juiz e às partes. A continuação do parágrafo parece elucidar a questão, quando faz menção a fixação de calendário processual para prática dos atos processuais, em nítida referência ao artigo 191 do CPC/2015.

Entendemos ser a presença do juiz necessária em todos os casos como fiscalizador, e que a sua participação no acordo seria restrita apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei, como a do artigo 191 CPC/2015 acima exposto. Interpretação outra levaria à mitigação brusca da autonomia das partes na criação dos negócios jurídicos processuais em âmbito empresarial e iria de encontro à previsão do próprio artigo 951¹² do PL nº 487/2013, segundo o qual a atuação de ofício do juiz não pode se sobrepor ao ônus de alegação e de prova fruto de convenção das partes.

Logo, a atuação do juiz frente aos negócios processuais¹³ deve ser pautada na cláusula da efetividade, extraída da leitura do artigo 952¹⁴ do PL nº 487/2013. Destarte, o magistrado

¹⁰ "Art. 949. Respeitados os princípios que informam o devido processo legal, é assegurada às partes do processo empresarial autonomia da vontade em matéria processual".

¹¹ "Art. 950. É lícito às partes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. § 1º. De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, fixando calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 2º. O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais devidamente justificados. § 3º. Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. § 4º. É vedado ao juiz controlar a validade das convenções previstas neste artigo, ressalvado o ajuizamento de ação própria".

¹² "Art. 951. A atuação de ofício do juiz não pode se sobrepor aos ônus de alegação e de prova convencionados pelas partes".

¹³ Acerca do tema, restou aprovado no Enunciado nº 16 do FPPC: "O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo".

¹⁴ "Art. 952. O juiz deve, sempre que possível, dar ao processo empresarial solução compatível com a jurisprudência consolidada pelos Tribunais, garantindo a estabilidade e efetividade dos negócios empresariais".

deve se atentar à efetividade do negócio processual como mecanismo de flexibilização do procedimento, quando for perquirir sua validade.

Estabelecida a relação, sem escopo de esgotar a discussão, do tema tratado e a nova codificação comercial, necessário projetar o seu regramento como parte do arcabouço normativo que deve reger os negócios jurídicos processuais inseridos, principalmente em contratos empresariais.

Os contratos empresariais e os negócios jurídicos processuais

Os contratos empresariais são os contratos firmados entre empresas que possuem como finalidade a persecução do lucro (vantagem econômica) (FORGIONI, 2011, p. 110). Na seara empresarial há presunção de simetria entre os contratantes, isto é, presume-se a paridade de forças entre as partes, afastando, em regra, a hipossuficiência ou desequilíbrio contratual.

O contexto empresarial, considerando-se as características acima expostas revela campo fértil para o desenvolvimento dos negócios jurídicos processuais visando privilegiar a autonomia privada e conceder eficiência para solução de eventuais litígios concretamente.

Os contratos empresariais são firmados com a premente necessidade de previsibilidade jurídica. A empresa contratante prevê o lucro e necessita antever todos os possíveis entraves materiais e processuais quando realiza negociações. Então, o negócio jurídico processual empresta segurança e previsibilidade ao arranjo contratual, na medida em que proporciona a predefinição das normas procedimentais, de maneira a racionalizar o processo e simplificar uma transação comercial, a execução de contrato e tentar inibir a instauração de um eventual litígio futuro. Sobre este último, em caso de litígios, as partes convencionarão o procedimento, de forma a reduzir custos e torná-lo mais eficiente.

Insta salientar ainda que, em se tratando de relações entre empresas, a praxe indica que as empresas funcionam como efetivos parceiros comerciais e isso se traduz na confecção de diversos contratos com as mesmas partes contratantes. Sob o ponto de vista da cooperação e da manutenção das avenças com vistas ao lucro futuro, é importante que, em caso de inadimplemento contratual por dificuldade financeira temporária, as partes se assegurem para que a execução seja realizada de uma maneira menos incisiva, de forma a salvaguardar o patrimônio do executado para conclusão dos demais negócios.

Neste contexto que se consagra a figura do negócio jurídico processual em sede de execução empresarial, na medida em que possibilita, numa clara expressão de consensualidade, às partes moldarem a forma como será feita a execução de modo a satisfazer o título executivo e não arruinar o executado.

Júlio Guilherme Müller em análise da cooperação nos negócios jurídicos processuais adverte que:

[...] a adversidade quanto aos interesses de mérito não deve ser confundida quanto à cooperação em termos de processo, resguardadas, obviamente,

posição estratégicas que possam prejudicar a parte. Cooperar processualmente é racionalmente mais eficiente do que competir (2016, p. 357).

Como forma de resguardar as empresas contratantes é imprescindível que na confecção das cláusulas negociais processuais optem pela utilização da cláusula cheia. A cláusula cheia é aquela preenchida de todas as informações necessárias que perfazem a motivação e a consequência do ato processual.

O Código de Processo Civil consagrou o princípio da decisão informada (artigo 166 CPC/2015) que é base da autonomia da vontade, impondo o comportamento ativo e esclarecedor das partes. Em todas as modalidades contratuais, em caso de inserção de cláusula que fuja à normalidade e resulte, por exemplo, em algum tipo de limitação, deve-se primar pela clareza dos motivos que levaram as partes a acordar sobre aquele ponto e das consequências advindas do ato. Essa técnica é importante como forma de reafirmar a livre vontade motivada das partes e de protegê-las¹⁵ até mesmo de eventual ação de nulidade pautada em abusividade ou erro material.

Entendidos os requisitos e generalidades dos negócios jurídicos processuais e o pano de fundo dos contratos empresariais os quais eles estão inseridos, imperioso buscar exemplos concretos a fim de corroborar com a afirmação de sua viabilidade como mecanismo propulsor da eficiência e da redução de custos.

Hipóteses de negócios jurídicos processuais nos contratos comerciais

Após a breve explicação sobre os requisitos atinentes à construção do negócio jurídico processual e o ambiente no qual é inserido nos contratos empresariais, necessário colacionar exemplos de sua aplicação.

Segundo o artigo 63 do CPC/2015 é possível estabelecer convenção acerca do foro de eleição, isto é, às partes é possibilitado modificar a competência em razão do território (competência relativa), elegendo o foro onde deverá ser proposta a ação oriunda de direitos e obrigações. Ainda, nos termos do parágrafo 1º do mesmo artigo há obrigatoriedade de o negócio perfazer a forma escrita e fazer alusão ao negócio jurídico especificado. No parágrafo 3º, encontra-se uma limitação¹⁶ para os casos de cláusula considerada abusiva, a qual deve, segundo o parágrafo 4º, ser alegada em sede de contestação, sob pena de preclusão.

É razoável a eleição de cláusula de foro em sede de contratos empresariais, tendo em vista a existência de diversas filiais e em contratos de distribuição com empresas regionais,

¹⁵ Didier Jr., Lipiani e Aragão advertem que “as partes podem dispor de suas situações processuais de forma diferente entre si, com concessões recíprocas que não serão necessariamente idênticas ou na mesma intensidade, desde que tais disposições sejam feitas de forma livre e esclarecida”. (2018, p. 15).

¹⁶ Nestes casos, cumpre ressaltar a imperiosidade de averiguação do prejuízo para declarar a invalidade do negócio jurídico.

por exemplo, o foro ser o da sede da empresa poderia ser sinônimo de dificuldades em caso de eventual litígio.

Destarte, a averiguação de eventual vulnerabilidade, na forma do artigo 190, parágrafo único, CPC/2015, deverá ser observada no caso concreto, devendo-se primar pelo princípio da paridade em sede empresarial, de forma que eventual desigualdade de porte econômico entre as partes não enseja de imediato o afastamento da avença.

Seara fértil para se convencionar em matéria processual é a relativa a provas no processo e a inversão do ônus probatório (MACÊDO; PEIXOTO, 2015, p. 486).

As empresas, ao firmarem um contrato, podem em seu bojo inserir cláusula que fixe qual parte seria a responsável pela guarda e apresentação de determinados documentos, em caso de conflito e futura judicialização, sob pena de serem admitidos como verdadeiros os fatos alegados na forma do artigo 400 do CPC/2015.

É o caso claro de negócio jurídico processual sobre o ônus da prova no qual as partes convencionam sobre a aplicação dos efeitos jurídicos previstos em lei no artigo mencionado anteriormente.

Seria possível ainda, preencher a cláusula de tal forma que a exibição dos documentos ocorresse de forma extrajudicial, não obstante a existência de processo judicial, em momento requerido por uma parte, sob pena de, em caso de descumprimento, proceder a admissão dos fatos alegados pela outra parte como verdadeira. Nesta hipótese, uma vez presumida a veracidade dos fatos alegados pré-processo, não seria necessário o ajuizamento de ação de exibição de documentos, que, como se sabe, geraria maior custo para a empresa, tendo em vista novo pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Ainda sobre o ônus da prova, de uma maneira mais ampla, é possível preencher uma cláusula negocial processual em que as partes optem pela regra geral de distribuição do ônus da prova, esculpida no *caput* do artigo 373 do CPC/2015, eximindo o juiz da possibilidade esculpida no parágrafo primeiro.¹⁷

Esse acordo deve ser visto como complementar àquele que decide quem será o responsável pela apresentação de determinado documento, uma vez que atribui segurança jurídica às partes que já restarão cientes e preparadas para se desincumbir de seu ônus, em caso do conflito ser levado ao judiciário.

Válido ressaltar, ainda no que diz respeito às provas que, é possível, em sede de negócio jurídico processual limitar a forma como será provado um fato, atribuindo valor relevante a um documento específico como prova cabal de determinada alegação. Deve-se lembrar que, é possível pelo artigo 109 do Código Civil revestir a forma como será feito um negócio jurídico,

¹⁷ Observação salutar é a feita por Didier Jr., Lipani e Aragão: “Se as partes podem fixar a distribuição do ônus da prova de forma diversa à regra geral e isso vincula o juiz, pela mesma razão também podem fixar a distribuição do ônus da prova conforme a regra geral, vinculando o julgador, ou seja, se podem alterar a regra legal de ônus da prova, tal como autorizado pelo § 3º, do art. 373, do CPC, as partes também podem decidir que, no caso delas, a regra de ônus da prova será a mesma; a convenção sobre ônus da prova, no caso, não *dinamiza* o ônus da prova – ao contrário, impede a dinamização judicial desse mesmo ônus” (2018, p. 13).

assim, coerente permitir as partes elencarem previamente o que é substancial em se tratando de provas. Ademais, a utilização dessa modalidade negocial contribui na redução de custos, uma vez que é uma maneira de evitar a produção de prova pericial, deveras onerosa às partes.

É importante pensar na forma de condução de eventual litígio, uma vez que empresas contratantes celebram parcerias com o intuito de serem duradouras e, a judicialização com uma brusca investida no patrimônio de uma das contratantes, pode inviabilizar a consecução do contrato e até mesmo impedir futuras negociações e parcerias.

Pode-se, ainda, incluir no contrato cláusula escalonada que prescreva a necessidade de tentativa de métodos alternativos de solução de conflitos, como a negociação, a mediação ou a conciliação previamente ao ingresso no judiciário. Nestes casos, necessário preencher a cláusula a fim de que as partes sejam informadas da modalidade consensual elencada, se haverá prazo de duração mínimo e máximo, de modo a não inviabilizar o acesso à justiça.

Nela, deverá ser especificada ainda quem será responsável por dirigir a composição do conflito, o local de realização (eventuais câmaras de mediação ou conciliação) e a divisão de custos da prática.

Ainda no preenchimento de tal cláusula, pode-se convencionar o dever de apresentação de documentos relevantes durante essa fase conciliatória, de modo a evitar qualquer surpresa para as partes, impondo-se ainda, que somente os documentos apresentados na tentativa de solução extrajudicial poderão ser utilizados como meio de prova em caso de judicialização. Esse tipo de avença é importante pois evita a surpresa e incentiva às partes a utilizarem todas as suas "cartas", de maneira a facilitar a resolução extrajudicial do conflito, haja vista a possibilidade de avaliar a racionalidade jurídica e econômica do acordo sopesando com a viabilidade do litígio. Neste diapasão, pode-se afirmar que os negócios jurídicos processuais se aproximam ainda mais de uma visão sobre a Justiça, visto que quanto mais as partes conseguem influenciar de modo a se sentirem representadas no deslinde do conflito, mais próximo se estará de um processo/relação justo(a).

Cumprido ressaltar que à utilização desse tipo de cláusula é imprescindível estabelecer premissas sobre o que seriam documentos e provas relevantes e quais seriam as sanções pela não apresentação do mesmo no momento adequado.

De mais a mais, em sede de contrato há a possibilidade de incluir cláusula de impenhorabilidade (MAZZEI; MERÇON-VARGAS, 2017, p. 581) de determinados bens pertencentes ao rol de patrimônio da empresa; e o estabelecimento de limites à penhora de dinheiro ou faturamento, de forma a garantir o funcionamento da empresa.

Quanto à execução, é possível convencionar a vedação à execução provisória, a fim de resguardar o patrimônio de uma das empresas contratantes. Essa cláusula é denominada *pactum de non exequendo*, por meio do qual o credor ou legitimado extraordinário abre mão de executar determinado título executivo provisoriamente.

Sobre o tema, Fredie Didier Júnior e Antonio do Passo Cabral aludem que:

[...] a convenção de não executar pode subsistir sem que signifique uma renúncia no plano do direito material: a parte pode abrir mão da via executiva

resguardando-se outras modalidades menos invasivas de cobrança do crédito, como a ação monitória, e, ainda, a possibilidade de usar o crédito como um contradireito, como no caso da compensação. Pode-se ainda protestar a sentença (art. 517 do CPC) ou fazer inserir o nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, pressionando-o ao adimplemento (art. 782, § 3º, do CPC). Isso é possível porque os atos de disposição não devem representar necessariamente uma renúncia ampla a toda forma de acesso à justiça. Os titulares dos direitos podem dispor somente de um ou alguns meios para obter o adimplemento (DIDIER JR.; CABRAL, 2018, p. 8).

Em sede de execução, é permitido também que a empresa credora não execute eventual valor apurado pela multa pecuniária ou renunciar à sua cobrança (quando a reversão for em favor de uma das partes contratantes e não ao Estado). É vedado, contudo, às partes convencionarem sobre o dever do juiz de fixar determinada multa.

Na medida que a execução ocorre no interesse do credor (DIDIER JR., CABRAL, 2018, p. 5), é plausível que no exercício de sua autonomia de vontade decida pela limitação¹⁸ de determinadas medidas executivas, é dizer, a empresa poderá convencionar, que como medida executiva atípica não será permitido proceder a suspensão das atividades empresariais.

Parcela dos exemplos aqui colacionados foram alvo de intensa discussão e culminaram na aprovação do Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)¹⁹, contudo, a cláusula geral de criação de negócios jurídicos processuais atípicos instituída pelo artigo 190 CPC/2015, conforme anteriormente exposto, permite a utilização da criatividade das partes, com a devida assistência técnico-jurídica, a fim de moldar o procedimento de forma a tutelar de modo eficaz o direito material e reduzir o tempo e o custo do processo.

Conclusão

O Código de Processo Civil de 2015 ao consagrar a figura dos negócios jurídicos processuais permitiu às partes, para além de participar do processo sob uma posição ativa

¹⁸ De maneira a elucidar Didier Jr. e Cabral afirmam: “a) sempre foi possível, por exemplo, o pacto de impenhorabilidade, em que as partes limitam voluntariamente a execução, excluindo determinado bem da atividade executiva; b) o uso da prisão civil na execução de alimentos, medida de coerção *típica*, depende de requerimento do exequente (art. 528, *caput*, do CPC), exatamente porque cabe a ele decidir se vai se valer de um meio mais violento, como a prisão, ou se vai partir para uma execução segundo o modelo geral de apropriação de bens (penhora – alienação judicial). Portanto, limitações voluntárias à atividade executiva sempre existiram – e, como é admitido no sistema jurídico, esse efeito pode ser obtido por negócio jurídico processual atípico, cuja permissão é consagrada legalmente” (2018, p. 10).

¹⁹ Enunciado nº 19 FPPC: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si”.

e de influenciar na solução do caso concreto, a oportunidade de estruturar o procedimento que melhor atenda seus interesses, com a primazia da autonomia da vontade das partes na seara processual.

O campo empresarial, representado materialmente nos contratos empresariais, dotados da simetria de poderes de contratação restou demonstrado como seara frutífera para desenvolvimento dos diversos tipos de negócios processuais. Tais atos tem como vantagem a adaptabilidade das medidas segundo as necessidades dos litigantes e o caso fático, possibilitando a construção de relações pautadas na segurança e na previsibilidade. Além disso, a cooperação processual é capaz de promover a redução de custos do litígio, sendo mecanismo imprescindível na confecção de contratos empresariais.

No presente estudo, abordou-se alguns exemplos da inserção dos negócios jurídicos em âmbito dos contratos empresariais, sem escopo de esgotamento do tema. Sem dúvida, a experiência prática associada aos estudos doutrinários irá revelar a forma de utilização do instituto no meio empresarial e o seu desdobramento qualitativo para além dos brevemente expostos.

Referências

- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 9. ed. rev., modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. Revista de Processo, São Paulo, v. 241, p. 489-516, Mar., 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CHAGAS, Barbara Seccato Ruis; MAZZEI, Rodrigo Reis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 752p. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.1; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios Jurídicos Processuais atípicos e a execução. Revista de Processo, São Paulo, v. 275, p. 193-228, Jan., 2018.
- DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios Jurídicos processuais em contratos empresariais. Revista de Processo, São Paulo, v. 279, p. 41-66, maio, 2018.
- FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Negócios jurídicos processuais: um caminho em construção. Boletim Jurídico do Escritório Fachin Advogados. 2016. Disponível

- em: <<https://www.fachinadvogados.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2.NEGO%CC%81CIOS-JURI%CC%81DICOS-PROCESSUAIS.pdf>>. Acesso em: 13 Set. 2018.
- MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 241, p. 463-487, Mar., 2015.
- MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Visão geral dos procedimentos especiais. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (Org.). *PRODIREITO*. Direito Processual Civil. Programa de atualização em Direito: Ciclo 1. 1. ed. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015, v. 2, p. 97-128.
- MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Breves notas sobre a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade com bases da compreensão das regras de impenhorabilidade do Código de Processo Civil. In: EHRHARDT, Marcos; MAZZEI, Rodrigo. (Org.). *Direito Civil (Repercussões do Novo CPC)*. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 1, p. 569- 588.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil português*. v. 1 – parte geral, Lisboa: Almedina, 2005.
- MÜLLER, Júlio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. 2016. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. Disponível em: <<http://repositório.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>>. Acesso em: 13 Set. 2018.
- QUEIROZ, Caique Bernardes Magalhães, TORTORELLA, Eduardo Machado; BANFIELD, Jessica Scott. O negócio jurídico processual como instrumento de aproximação entre os procedimentos arbitrais e judiciais no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação: RArb*, São Paulo, v. 14, n. 55, p. 73-107, out./dez. 2017.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 75, p. 81-113, mar., 2017.
- TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Migalhas*, p. 2, 21 out. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/10/art20151020-17.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2018.
- TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de processo*, São Paulo, v. 254, p. 91-109, abr., 2016.

Adiantamento da tutela, evidência do direito e precedentes: uma proposta à coerência processual

Pedro Machado Tavares¹

Pedro Lube Sperandio²

Resumo: Este artigo busca analisar as técnicas processuais de improcedência liminar do pedido e tutela de evidência fundadas em normas-precedente previstas no arco processual do Código de Processo Civil, a partir das premissas dogmáticas da instituição de um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes. Serão apurados os problemas relacionados à sua validação e operabilidade no sistema, em especial quanto à omissão de espécies vinculantes constantes na literalidade do rol de seus artigos 311 e 332. Por fim, se apresentará uma proposta de interpretação que resolva as incongruências detectadas, dando-lhe a completude esperada ao sistema unitário e coerente.

Palavras-chave: Precedentes; Improcedência liminar; Tutela de evidência; Coerência; Integridade.

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, com a sua edição e vigência, verdadeiras revoluções paradigmáticas no modo como os estudiosos e operadores jurídicos enxergam, interpretam e operam o direito, trazendo os precedentes judiciais como tema central em uma das principais mudanças paradigmáticas no novo fazer do direito, o que acaba o tornando (precedentes) objeto de estudo e pesquisa no campo teórico e dogmático.

Para entender o fenômeno do precedente dentro do contexto da principal lei processual brasileira, torna-se premente conhecer os principais fundamentos que levaram o legislador a adotar um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes para, a partir daí, compreender, interpretar e aplicar os institutos e técnicas processuais ligados umbilicalmente ao fenômeno jurídico do precedente judicial.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Católica do Salvador. Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail: pedrot8a@hotmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RIO). Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduando em Direito Tributário e Processo Tributário pela Faculdade de Direito de Vitória. Advogado. E-mail: pedro@lubemiguel.com.br.

Além de trazer um núcleo normativo dogmático legal para compreensão, interpretação e aplicação dos precedentes judiciais vinculantes, o Código de Processo Civil recheou o procedimento processual, do início ao fim, de técnicas que visam aplicar as normas jurídicas oriundas dos precedentes judiciais em vários momentos processuais para garantir o alcance de seus principais fundamentos.

Assim, o fenômeno dos precedentes judiciais aparece em todo o arco processual civil brasileiro através de diversas técnicas e institutos, sendo de suma importância a análise dogmática de cada momento que possibilita a sua aplicabilidade para a verificação da compatibilidade de cada modo pelo qual as normas-precedente podem ser aplicadas, entre si e tendo em vista o núcleo normativo dogmático legal.

É nessa seara que esse artigo se situa, buscando entender as principais diretrizes do novo modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes instituídas dogmaticamente pela lei processual para, com esse entendimento, analisar as técnicas processuais de improcedência liminar do pedido e da tutela de evidência que permitem a aplicação das normas-precedente logo no início do processo e, com base nisto, verificar a sua coerência e integridade com o principal núcleo normativo do instituto jurídico do precedente.

Dos artigos 926, 927 e 489, §1º, V e VI do CPC: modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes e o seu núcleo normativo dogmático

Os artigos 926, 927 e 489, §1º, V e VI do Código de Processo Civil compõem o que se denomina de núcleo normativo do fenômeno jurídico do precedente judicial no CPC, pois se tratam dos principais dispositivos legais pelos quais os precedentes judiciais podem ser entendidos, interpretados e aplicados no plano da operatividade processual.³ Assim o é porque, como se verá adiante, tais artigos de lei alcançam todo o instituto e tudo aquilo que gravita em torno do tema precedente no CPC, já que suas normas se apresentam com conteúdo e extensão suficientes para imprimir um verdadeiro modelo de precedentes judiciais com características próprias e bem definidas.⁴

O artigo 926 do CPC estabelece um dever-poder direcionado a todos os Tribunais brasileiros, qual seja, a de uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, além de editar enunciados de súmulas que correspondam a essa mesma

³ "O núcleo essencial desse modelo pressupõe os aspectos mais básicos da teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 927, 927, 489, §1º, V e VI, CPC), ao lado da previsão legislativa que constitui sua dimensão formal (ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e o Novo Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 123).

⁴ "O Código de Processo Civil da Lei nº. 13.105/2015 introduziu no sistema processual brasileiro um modelo de vinculação normativa e formal aos precedentes judiciais cujo núcleo normativo é composto pelos arts. 489, §1º, V e VI, 926 e 927" (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das Decisões Judiciais com base em Precedentes no Processo Civil Cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3, p. 663).

jurisprudência. A uniformização da jurisprudência traduz a necessidade de os tribunais adotarem procedimentos para ofertar uma solução jurídica para cada questão judicializada, evitando dispersão de entendimentos e todos os males e vícios que disto decorre.⁵ Outrossim, tem por escopo alcançar a racionalidade, isonomia, previsibilidade e efetividade no exercício da jurisdição.⁶

Além de uniformizar a jurisprudência, publicizando a solução jurisdicional para determinada questão, devem os tribunais mantê-la estável, isto é, devem as cortes, através de todos os seus órgãos, aplicarem reiteradamente a solução à medida que os casos concretos nos quais tenham a mesma questão são judicializadas (*stare decisis*, vinculação horizontal do precedente), evitando alteração jurisprudencial sem base legal, social, econômica, política ou cultural para tanto.⁷ Isto é, não havendo significativa incongruência social ou inconsistência sistêmica, não há que se falar em mudanças substanciais nos precedentes fixados pelos tribunais, sejam eles extraídos da jurisprudência (conjunto de decisões judiciais sobre a mesma temática) ou mesmo de um procedimento próprio para formação independente das reiteradas soluções jurisdicionais passadas. Assim deve ser para se garantir previsibilidade, segurança jurídica e proteção à confiança, razões de ser do próprio Estado Democrático de Direito.⁸

Os deveres de integridade e coerência, embora umbilicalmente interligados, são tratados de modo próprio pela doutrina, a qual, embora não seja unânime na definição dos conceitos, apresenta nítida aproximação entre si, tratando tais deveres como premissas básicas para a

⁵ "O dever de *uniformizar* pressupõe que o tribunal não possa ser omisso diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica. O tribunal tem o dever e resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto" (DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3, p. 384).

⁶ "Claramente todas las normas del nuevo CPC que hablan sobre el precedente y la jurisprudencia, com finalidad de uniformar el derecho y lograr un efecto vinculante de los casos ya resueltos em el pasado hacia casos del futuro, expresamente ponen el acento en la necesidad de respetar em principio básico de la doctrina del precedente: el caso actual a resolver debe ser similar o análogo al caso ya juzgado (precedente). Y ello no basta, essa similitud, analogía o igualdad, debe estar fundamentada a partir de ciertos parámetros estructurales de la teoría del precedente" (SEDLACEK, Federico D. Misceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación com el nuevo CPC de Brasil. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3, p. 377).

⁷ "Estabilidade significa dizer não alteração, pelo menos tendencial, ou seja, não alteração frequente. A estabilidade é o dever de seguir os próprios precedentes, a presunção a favor dos precedentes já estabelecidos pelo tribunal, resultante da vinculação horizontal, ou seja, do *stare decisis*" (ZANETI JR., Hermes. Art. 926. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: GEN/Forense, 2015).

⁸ Sobre a estabilidade, "Argumentos baseados nos valores da confiança, previsibilidade e eficiência decisória compartilham o foco na estabilidade pelo bem da estabilidade" (SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3, p. 82).

legitimidade do precedente, seja ele oriundo ou não da jurisprudência (conjunto de decisões judiciais sobre a mesma temática).

A integridade, consoante lição de Hermes Zaneti (ZANETI JR, 2017, p. 397),⁹ é entendida como coerência em sentido amplo, traduz a exigência segundo a qual o precedente criado pelo tribunal deve guardar coerência com a tradição jurídica e unidade do direito, isto é, deve estar coadunado com os demais textos normativos e com a própria Constituição Federal insculpidos no quadro do ordenamento jurídico pátrio. Dito d'outro modo, é preciso haver consistência sistêmica, isto é, o precedente não é construído do nada ou segundo voluntarismos judiciais indesejados, mas, sim, tendo em vista o corpo normativo presente no ordenamento brasileiro a partir de sua tradição e atos normativos já presentes, inclusive editados por outros órgãos da República (Legislativo e Executivo). O precedente não pode ser criado e se situar em uma ilha incomunicável com o quadro jurídico tupiniquim, pois, ao revés, deve estar no próprio continente normativo e em harmonia com o direito.

A coerência, denominado de coerência em sentido estrito pelo mesmo autor (ZANETI JR, 2017, p. 397),¹⁰ diz respeito à necessidade de um teste de não-contradição do precedente aplicado em casos-futuros com o precedente construído (através da causa-piloto) e aplicado pelo tribunal ao caso-precedente originador da própria norma-precedente. Ou seja, o precedente não pode ser desvirtuado quando de sua aplicabilidade futura, devendo sempre guardar coerência e harmonia com o quanto decidido na solução paradigma.¹¹

A integridade e coerência, portanto, ao destinarem-se à jurisprudência dos tribunais e aos seus precedentes, constituem elementos substanciais para a sistematização do novo modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, visando, assim, dar unidade ao entendimento e à aplicabilidade em relação ao fenômeno jurídico do precedente judicial brasileiro. Daí porquanto também se aplicam na própria interpretação/aplicação das normas-precedentes ao longo de todo o procedimento processual.

É através do artigo 927, contudo, que se extrai com clareza o modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque tal artigo arrola os enunciados e provimentos judiciais, oriundos de precedentes, de observância obrigatória por todos os órgãos jurisdicionais brasileiros, caracterizando-se como normativos e vinculantes.¹² São considerados formalmente vinculantes porque a sua normatividade e

⁹ O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397.

¹⁰ O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 397.

¹¹ ZANETI JR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3, p. 415.

¹² "A busca de maior credibilidade do Poder Judiciário perante o cidadão e a intenção de colocar fim às respostas diferentes a casos idênticos abriram espaço para a existência do artigo 927, em que se encontra um rol escalonado de precedentes judiciais, que os juízes e tribunais observarão. Não se trata de mera persuasão, mas de vinculação aos precedentes, isto é, os julgadores têm o dever de respeitar o comando contido no artigo 927 do NCPC" (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema de precedentes

observância obrigatória decorrem da lei, estando expressos no referido artigo a necessidade de seu cumprimento. Vejamos o seu *caput*:

- Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
- as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - os enunciados de súmula vinculantes;
 - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Para corroborar tal modelo, o artigo 489, §1º, V e VI do CPC, ao tratar da fundamentação analítica e adequada referente às decisões judiciais, é salutar quando estabelece a nulidade de toda e qualquer decisão judicial que deixar de aplicar norma-precedente aos casos submetidos à jurisdição brasileira quando iguais ou análogos aos casos- precedentes. Assim como também fixa a nulidade às situações nas quais os precedentes são aplicados sem consideração dos mesmos motivos determinantes do caso-atual com o caso-precedente, ou seja, sem um juízo de adequação e cotejo com a *ratio decidendi* presente nos casos.

Ao instituir um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes, o Código de Processo Civil de 2015 também dotou os operadores do direito de diversas técnicas processuais, ao longo de todo o arco procedimental, que visam aplicar as normas- precedentes em vários momentos do processo, do início até mesmo após o trânsito em julgado, com vistas a alcançar efetividade, tempestividade e celeridade no exercício da jurisdição, como se verá ao diante.

Das técnicas processuais de improcedência liminar do pedido e tutela de evidência no arco processual (procedimento) do CPC e os seus principais fundamentos

Como dito, o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes e armou os operadores jurídicos com diversos institutos e técnicas processuais que visam dar aplicabilidade às normas-precedente em vários momentos processuais no procedimento,¹³ do início ao fim, com o propósito de garantir

judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3, p. 347).

¹³ Comentando sobre algumas técnicas que aplicam as normas jurídicas oriundas dos precedentes: “o art. 988 abre a possibilidade de manifestação de reclamação perante o STF e o STJ, em caso de desrespeito a precedente estabelecido em sede de julgamento de casos representativos da controvérsia; os arts. 976 e ss. inauguram o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); o art. 311 cria a denominada tutela de evidência e estabelece que uma das hipóteses de sua concessão (a do inc. II) depende da existência de tese favorável firmada pelos tribunais superiores em julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante;

efetividade, celeridade e tempestividade no exercício da jurisdição, o que historicamente, diga-se por oportuno, sempre faltou ao Judiciário.¹⁴

A instituição de um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes tem por fundamento a racionalidade do direito, sua principal razão,^{15,16,17} daí decorrendo todos os demais fundamentos de sua existência normativa, quais sejam, igualdade,¹⁸ previsibilidade (confiança legítima e segurança jurídica)¹⁹ e efetividade (duração razoável dos processos, inclusive com técnicas processuais que diminuam o ônus do tempo no processo por aquele que se mostra como provável vencedor da demanda em razão da evidência de seu direito).

No que toca especificamente às técnicas processuais que dão aplicabilidade às normas-precedente ao longo de todo o arco processual (procedimento), o principal fundamento de

a improcedência é autorizada desde que, além de ser dispensável a fase instrutória, a pretensão autoral contrarie enunciado de súmula do STF ou do STJ, acórdão proferido por esses tribunais em julgamento de recursos repetitivos ou em incidente de resolução de demandas repetitivas, ou enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local, tudo nos termos do art. 332; e a remessa necessária não se efetivará se a sentença estiver fundada em súmulas ou acórdãos proferidos em sede de resolução de demandas repetitivas ou em julgamento de recursos repetitivos, a teor do §3º do art. 496.” (NUNES, Dierle; HORTA, Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3, p. 303).

¹⁴ Comentando sobre a técnica da reclamação: “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 (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” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas Adequadas à Litigiosidade Coletiva e Repetitiva. Revista de Processo, vol. 259 (setembro 2016),

¹⁵ “A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar” (ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 358).

¹⁶ “Although on many occasions self precedent rule is considered a unifying mechanism for jurisprudence based on the need to guarantee legal security, stability and equality, it could be argued that this is not the most appropriate interpretation. I would argue the doctrine of self precedent should be interpreted in the wider sense as a manifestation of the Kantian principle states that one right answer is required for these same cases, and this is precisely, though in other words, what the rule of self precedent represents. What is more, even if it cannot be said that one right answer exists in law which can be found by every judge court, the principle of universalizability requires the supposition that one right answer exists for every judge or court considered on an individual basis. The self precedent rule is precisely the manifestation of this requirement to act “as if” one right answer actually exists in law” (GÁSCON, Marina. Racionality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self-precedente, p. 39).

¹⁷ KRIELE, Martin. Il precedente nell’ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano. Trad. Giuseppe Zaccaria. In: *La Sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*. Padova: CEDAM, 1988, p. 515/528.

¹⁸ “A igualdade preceitua que os litigantes de hoje sejam tratados da mesma forma que foram os do passado. A ideia é que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas, o que é uma consequência direta do princípio da igualdade” (MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 2ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 118).

¹⁹ “Para além de possibilitar uma melhor efetivação da igualdade entre os jurisdicionados, a vinculatividade dos precedentes também lhes confere maior segurança jurídica” (MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 157).

sua criação por parte do legislador, para além de garantir uma tutela adequada, tempestiva, efetiva e justa ao direito dos postulantes em um devido processo legal, tem por objeto a efetividade processual, isto é, a garantia que o processo judicial, além de certificar de modo tempestivo o direito da parte cuja razão jurídica lhe assiste, entregará, no plano prático e de modo célere e eficiente, o bem da vida pleiteado.

Tais técnicas, como se verá abaixo, têm por escopo justamente certificar, efetivar, concretizar e satisfazer o direito da parte que se mostra com razão jurídica evidente baseada em uma norma-precedente. Ou seja, sobre a situação fática na qual a parte está inserida o Tribunal já analisou um caso análogo paradigma com bastante atenção através de um procedimento com contraditório reforçado, construindo legitimamente uma norma-precedente a ser aplicada obrigatoriamente por todos os órgãos jurisdicionais que o integram, o que justifica a possibilidade da aplicação dessa norma-precedente logo assim que é possível comprovar (demonstrar) a situação fática merecedora da aplicação do precedente.

Como visto a partir do núcleo normativo dogmático do modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes no Código de Processo Civil de 2015, tais técnicas devem ser interpretadas e aplicadas segundo as normas deste mesmo núcleo normativo, tendo em vista a necessidade de dar unidade ao sistema processual e, conseqüentemente, integridade e coerência à jurisprudência, aos precedentes e ao próprio procedimento processual no qual as referidas técnicas podem ser aplicadas.

A análise das técnicas processuais de improcedência liminar e tutela de evidência que aplicam, de algum modo, as normas-precedente criadas pelos tribunais, no início do processo, revelam-se necessárias para a verificação da integridade e coerência do sistema processual sob o ângulo da unidade do modelo normativo de precedentes instituído em cotejo com as técnicas que lhe ofertam aplicabilidade. Doravante, se passará à referida análise sem pretensão de exaurimento sobre o tema, o que seria impróprio para os fins deste trabalho.

Da tutela de evidência (Art. 311, II, CPC)

Art. 311. A tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
[...]
II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada *em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante* [...] (grifo meu).

Da leitura do dispositivo, percebe-se que se trata de uma técnica processual que, a partir de uma decisão provisória, tem o condão de entregar à parte cujo direito se mostra evidente em razão de sobre seu caso concreto incidir uma norma-precedente já estabelecida pelo tribunal mediante procedimento de formação próprio, no plano prático e de modo célere e eficiente, o bem da vida pleiteado.

Ocorre que, a partir de uma interpretação literal do artigo, o Juízo somente poderia aplicar a técnica e, pois, conceder a tutela, se o direito do autor estivesse fundado em uma norma-precedente fixada em julgamentos de casos repetitivos ou em uma súmula vinculante. A omissão em sua redação a princípio impossibilitaria a sua aplicação em normas-precedentes firmadas por outros procedimentos de formação, como, por exemplo, súmulas do STJ ou assunção de competência.

Ora, considerando que a norma-precedente oriunda de casos repetitivos ou súmula vinculante é de observância obrigatória tal como o é qualquer outra norma-precedente fixada em quaisquer dos provimentos judiciais previstos no rol do artigo 927 do CPC, mostra-se desarrazoado impossibilitar a aplicação da técnica fora das hipóteses do seu artigo, inclusas, contudo, no artigo 927, o qual, como bem visto, impõe a necessidade de sua aplicação.

D'outro modo, se inviabilizaria o alcance da efetividade processual, o qual, como visto alhures, mostra-se como o principal fundamento para a criação, por parte do legislante, de técnicas processuais que visem concretizar o direito da parte tempestivamente e satisfazê-lo eficientemente. Nesse viés (BRAGA, DIDIER JÚNIOR e OLIVEIRA, 2016, p. 237):

Propõe-se, contudo, interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927, CPC. [...]

Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, limitando as possibilidades argumentativas da parte em face da qual se requer a tutela de evidência e tornando pouco provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente).²⁰

Como se mostrará adiante, o legislador fracionou os precedentes normativos formalmente vinculantes para o âmbito de aplicabilidade de todas as técnicas e institutos correlacionados ao fenômeno do precedente judicial (como será demonstrado quanto a improcedência liminar) e, pior, o fez de modo não uniforme, o que leva ao entendimento segundo o qual não houve a devida atenção para a sistematização da matéria e, conseqüentemente, para a unidade, integridade e coerência que necessariamente o sistema deve primar.²¹

²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.

²¹ Percebendo a possibilidade de, ao menos, duas interpretações possíveis: "Logo, na perspectiva do rol de espécies de precedentes autorizadores da tutela de evidência pelo inciso II do art. 311, conclui-se que o dispositivo legal dá margem para variações no seu espectro de aplicação, conforme se tenda para a diretriz restritiva de emprego da tutela de evidência – compreendendo-se como taxativa a referência à súmula vinculante e ao julgamento de casos repetitivos –, ou para norte ampliativo de incidência de tutela desse jaez, admitindo-a frente a qualquer tipo de precedente" (REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Fortalecimento da tutela do direito provável: atipicidade e generalização da tutela em combate ao dano marginal no direito brasileiro. Tese (doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. 2016, p. 184).

Veja-se, doravante a técnica da improcedência liminar do pedido fundada em norma-precendente, com vistas a revelar o problema, se debruçar sobre ele, e, ao final, propor eventuais soluções.

Da improcedência liminar do pedido (art. 332, I a IV, CPC)

Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local [...].

Aqui, apesar de o legislador ter optado por aumentar o leque de precedentes para utilização da referida técnica em comparação com a tutela de evidência, não foram previstos os precedentes referentes aos incisos I e V do artigo 927 do Código de Processo Civil, os quais tratam, respectivamente, das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e a da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados. Percebendo a incoerência (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 671):

Embora as hipóteses sejam muito claras, convém fazer algumas anotações. *A interpretação desse dispositivo deve conjugar-se com a interpretação do art. 927 do CPC.*

No art. 927, há a lista dos precedentes que devem ser observados pelos órgãos jurisdicionais. [...]

Note que, no rol do art. 332, não há referência aos precedentes dos incisos I e V do art. 927 (grifo meu).²²

No mesmo diapasão, (REGGIANI, 2017, p. 110):

[...] considerando que a pretensão do Código de Processo Civil foi de valorização dos precedentes judiciais, com nítida aproximação com o sistema *common law*, não se pode admitir, sob pena de incoerência, que as demais hipóteses previstas no art. 927 não sejam utilizadas também como fundamento suficiente para o julgamento de improcedência liminar.²³

Percebe-se, nesta técnica em comento (improcedência liminar do pedido), uma norma oriunda de um precedente que, embora não conste no rol do artigo 927 do CPC, caracteriza-se com normatividade de observância obrigatória e vinculante aos órgãos submetidos a sua

²² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v.1, p. 671.

²³ REGGIANI, Gustavo Mattedi. Julgamento de improcedência liminar do pedido: causas típicas e atípicas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2017, p. 110.

hierarquia funcional, a saber, súmula de tribunal de justiça sobre direito local, o que, inclusive, leva ao entendimento de que o rol do artigo 927 é meramente exemplificativo.²⁴

Da necessidade de coerência e integridade das técnicas de aplicabilidade dos precedentes com seu o núcleo normativo

Do exposto, após o desvelamento de possíveis incoerências detectadas em possíveis interpretações de dispositivos referentes às técnicas que dão eficácia processual aos precedentes, nos exemplos da tutela de evidência e da improcedência liminar do pedido, depreende-se a necessidade de aprofundar a reflexão sobre a compatibilidade normativa do sistema de precedentes obrigatórios com as principais técnicas processuais previstas para aplicabilidade dos próprios fundamentos de criação do novo modelo normativo, tendo em vista o direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF), o qual pressupõe o direito à obtenção de uma tutela jurisdicional justa, efetiva, adequada e tempestiva.

Os provimentos judiciais que se encontram arrolados no art. 927 constituem soluções jurídicas de casos submetidos à apreciação jurisdicional que devem ser aplicadas aos casos-futuros que venham a constituir a causa de pedir da ação demandada judicialmente.

Ora, se todos os precedentes do artigo 927 devem ser necessariamente aplicados aos casos-atuais sob apreciação jurisdicional quando estes revelam-se similares aos casos-precedentes, então, todos os precedentes possuem a mesma força normativa no sentido da obrigatoriedade da sua própria aplicabilidade. O que justificaria, então, a criação de graus de normatividade (eficácia, força normativa) diferente para cada precedente estabelecido?

A obrigatoriedade da observância do precedente normativo formalmente vinculante é sempre a mesma no sentido do dever de os tribunais o aplicarem se presentes as circunstâncias fáticas análogas ao caso-precedente. Nesse diapasão, a omissão de alguns precedentes expressamente vinculantes no âmbito de incidência das técnicas de aplicabilidade dos precedentes encontram-se em desarmonia com o próprio modelo de precedentes instituído. Para além da pretensão de racionalidade, igualdade e previsibilidade, tem o propósito de conferir eficiência à atividade jurisdicional e assim ofertar meios processuais aptos à satisfação tempestiva do direito reclamado judicialmente, principal crítica do Judiciário (morosidade).

Assim, parece não haver sentido no fato de o legislador limitar a utilização de algumas técnicas processuais de aplicabilidade de precedentes a apenas alguns dos precedentes previamente previstos em lei, omitindo tantos outros e, pois, afastando determinado precedente do âmbito de aplicabilidade de certa técnica processual, salvo quando haja fundamento relevante para tanto, normalmente relacionado à política judiciária (*não entendi*).

²⁴ Contra, entendendo que o rol do artigo 927 do CPC é taxativo e que as súmulas oriundas dos tribunais locais não constituem precedentes normativos obrigatórios, embora não se debruce sobre o art. 332, IV, do CPC: OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Execução e Recursos – Comentários ao CPC de 2015. Editora Método. 2016. v. 3, p. 595.

É para tanto que se propõe uma interpretação sistemática dos dispositivos referente às técnicas de aplicabilidade dos precedentes no arco processual do CPC, de modo a possibilitar as suas respectivas utilizações sempre que houver um precedente normativo formalmente vinculante que já contém a solução judicial do caso sob apreciação jurisdicional.

Assim, lograr-se-ia alcançar boa parte daqueles fundamentos que denotam a razão da existência de um sistema de precedentes obrigatórios, principalmente a eficiência que se revela na plena satisfação da parte em obter o seu direito de modo adequado, tempestivo e efetivo. Interpretação literal que impeça a utilização de precedentes obrigatórios já fixados pelo Tribunal competente para incidência das referidas técnicas não só vai de encontro, como visto, aos fundamentos da instituição do sistema de precedentes, como também revela inocuidade no plano jurídico-processual, já que o precedente necessariamente será aplicado, embora em momento processual oportuno (normalmente, ao final do processo).

Conclusão

Através desse artigo foi possível apresentar notas introdutórias acerca da principal mudança paradigmática ocorrida com a implementação do novo Código de Processo civil (Lei 13.105/2015), qual seja, instituição do modelo *stare decisis* do qual decorre um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes a todos os órgãos do Poder Judiciário Brasileiro.

Após a análise dos principais fundamentos da instituição de um modelo baseado na obrigatoriedade de seguimento de precedentes (re)construídos pelos tribunais, revelou-se absolutamente necessário uma interpretação acerca dos institutos e técnicas atinentes aos precedentes que privilegie o alcance dos fins contidos nas próprias razões de existência desse novo modelo de precedentes. Assim, encontrar as principais razões da adoção de determinado sistema demonstrou ser muito mais útil ao revés de se tentar perquirir os fundamentos dos elementos que compõem esse mesmo sistema, embora também relevante, para interpretação de técnicas e institutos para construção das normas jurídicas extraídas dos seus respectivos regimes jurídicos contidos na legislação.

Ao apresentar o modelo de precedentes formalmente vinculantes estatuído pelo novo CPC, viu-se a adoção de um modelo *stare decisis* cujo respeito à estabilidade, coerência e integridade são as principais características da jurisprudência que se pretende alcançar para, então, se poder fazer efetivar, com qualidade e segurança, um sistema de precedentes obrigatórios e destinados a todos os órgãos jurisdicionais de hierarquia igual e inferior àquele prolator da tese normativa estabelecida. Outrossim, percebeu-se que de tais deveres (uniformidade, estabilidade, integridade e coerência) são fundamentos para a existência de precedentes normativos (obrigatórios, realce-se) que incidem sobre todo o arco processual.

As principais técnicas de aplicabilidade dos precedentes judiciais revelam-se como instrumentos processuais aptos e satisfatoriamente adequados para o alcance dos fundamentos

determinantes de um sistema de precedentes normativos (sobretudo, efetividade). Assim, muito embora as referidas técnicas pareçam destoar dos fundamentos de suas próprias criações em razão da limitação de apenas alguns dos precedentes normativos formalmente vinculantes para as suas respectivas aplicabilidades, a melhor interpretação (para atingir os fundamentos do sistema de precedentes) indica trazer todos os precedentes normativos expressos no art. 927 para o âmbito da possibilidade de aplicabilidade dessas técnicas processuais. Isso em razão, também, da necessidade de harmonizar os elementos contidos na legislação processual à unidade e conseqüente coerência do próprio sistema processual.

Com o conjecturamento da hipótese interpretativa delineada tendo em vista a consecução dos fundamentos de um modelo de precedentes, espera-se que tenha a função de servir de norte interpretativo de todos aqueles que operam o direito, de modo a não haver mais dúvidas sobre tais possibilidades decorrentes da interpretação arquitetada com o fim de se atingir uniformidade do entendimento da verdadeira norma jurídica extraída das principais técnicas processuais de aplicação dos precedentes no arco processual do CPC.

Assim, lança-se os argumentos à eventuais críticas; impulsiona-se e estimula-se a reflexão, além do debate da questão; aprimora-se a norma jurídica para, enfim, chegar-se a um resultado democraticamente satisfatório e de operatividade uniforme (ainda que haja discordância teórica) no âmbito da comunidade operadora do direito.

Referências

- CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2016.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v.1.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3, p. 384.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo Carneiro da; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 5, p. 512.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2.
- GÁSCON, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self-precedente, p. 39.

- KRIELE, Martin. Il precedente nell'ambito giuridico europeo-continentale e angloamericano. Trad. Giuseppe Zaccaria. In: *La Sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*. Padova: CEDAM, 1988, p. 515/528.
- MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual ciivil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 118.
- MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 157.
- NUNES, Dierle; HORTA, Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3, p. 303
- OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e Recursos – Comentários ao CPC de 2015*. Editora Método. 2016. v. 3, p. 595.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. CAZZOLINO, Elias Cazzolino de. *A improcedência liminar do pedido no sistema processual projetado, 2015*. Separata de: Mouzalas, Rinaldo. Silva, Blecaute Oliveira. Marinho, Rodrigo Saraiva. *Coleção Grandes Temas do novo CPC: Improcedência, 2015*, Salvador: Juspodivm, v. 4, p. 229.
- PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das Decisões Judiciais com base em Precedentes no Processo Civil Cooperativo*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 663.
- REGGIANI, Gustavo Mattedi. *Julgamento de improcedência liminar do pedido: causas típicas e atípicas*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2017, p. 110.
- REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Fortalecimento da tutela do direito provável: atipicidade e generalização da tutela em combate ao dano marginal no direito brasileiro*. Tese (doutorado em direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. 2016, p. 184.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Técnicas Adequadas à Litigiosidade Coletiva e Repetitiva*. *Revista de Processo*, v. 259 (setembro 2016), 2016.
- SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v.3, p. 82.
- SEDLACEK, Federico D. *Misceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación com el nuevo CPC de Brasil*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 377.
- ZANETI JR., Hermes. *Art. 926*. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: GEN/Forense, 2015.

ZANETI JR., Hermes. O Ministério Público e o Novo Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 123.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Coord.). Coleção grandes temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, v.3, 2016.

A harmonização do Direito Processual Civil Internacional a partir de uma perspectiva teórica liberal das relações internacionais

Priscila Zuchi Guio¹

Resumo: A intensificação do processo de internacionalização das relações humanas promovida pelo fenômeno da globalização vem relativizando as fronteiras nacionais e facilitando o intercâmbio de informações, mercadorias, serviços, capitais e de pessoas. Como consequência, o aumento da litigiosidade a nível internacional é uma questão inerente ao sistema que requer a compatibilização de sistemas jurídicos nacionais na busca da melhor solução dos conflitos e da efetividade do acesso à justiça. O presente trabalho pretende analisar a influência dos valores liberais a partir da contribuição teórica ofertada pela Teoria Liberal das Relações Internacionais para o desenvolvimento do processo de harmonização do Direito Processual Civil Internacional no Sistema Internacional. O objetivo é demonstrar de que forma os ideais liberais encontram-se presente no recente instrumento de Soft Law dos Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS) e sua compatibilidade com o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015.

Palavras-chave: Harmonização; Direito; Processo; Globalização; Liberalismo.

Introdução

O processo de globalização é emblemático para o estudo do Direito, principalmente para o estudo do Direito Processual Civil Internacional, em particular. Entendida como a intensificação do processo de internacionalização das relações humanas oportunizado pelo desenvolvimento da tecnologia, a globalização relativiza as fronteiras nacionais e facilita o intercâmbio de informações, mercadorias, serviços, capitais e de pessoas de forma cada vez mais rápida no globo. Em sua face oposta, a globalização contribui para o aumento da litigiosidade a nível transnacional, isto é, aumenta a presença de conflitos com elementos de estrangeiria (MOSCHEN; CAMPEÃO, 2018).

¹ Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – PPGDIR/UFES – 2018/2; Pós-graduanda em Direito Administrativo e Constitucional pela Faculdade Multivix, 2018; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2017; Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Vila Velha – UVV, 2012.

Nesse cenário, surge para o operador do Direito a necessidade de superar as questões impostas pelo paradigma da globalização, buscando encontrar soluções que possam superar as crises permanentes no sistema internacional. Nesse sentido, a harmonização do Direito Processual Civil Internacional se desenvolve como ponto de partida para a possibilidade de compatibilização dos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais no plano internacional, seja multilateral, regional ou bilateral a fim de facilitar a efetividade do acesso à justiça e promover a cooperação e coordenação entre os Estados-nacionais para a conquista de uma justiça transnacional eficaz, no mundo globalizado. (MOSCHEN; CAMPEÃO, 2018).

Como resultado desse trabalho de compatibilização dos ordenamentos jurídicos, os Princípios ASADIP sobre Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS) aparecem como recente e importante instrumento norteador de aplicação do direito para os sistemas judiciários nacional no âmbito da América, no tocante ao tratamento dos litígios que ultrapassam as fronteiras territoriais dos Estados.

A partir de uma investigação oportunizada pela teoria Liberal das Relações Internacionais, o presente artigo tem como objetivo demonstrar de que forma o processo de cooperação jurídica internacional na harmonização do direito internacional privado está permeada de princípios liberais como o da cooperação entre os Estados-nacionais no sistema internacional contemporâneo, apontando e analisando os princípios decorrentes do instrumento ASADIP sobre Acesso Transnacional à Justiça (TRANSJUS).

Globalização e os desafios para o Direito Internacional Privado

A transição do Séc. XX para o Séc. XXI foi marcada pelos fortes avanços na área da tecnologia e da informação, possibilitando uma comunicação em redes de escala global, transformando, assim, o espaço e o tempo, conectando pessoas e facilitando a transição de mercadorias, ideias, bens, serviços etc. de uma forma cada vez mais rápida entre os diferentes países e regiões. No entanto, a globalização não é um fenômeno recente, tendo seu processo de desenvolvimento marcado pelo início no século XVI, "com a expansão da economia europeia para regiões da América, Ásia e África" (DIAS, 2010, p 183), daí porque frequentemente associá-la a existência de uma interdependência econômica entre os países.

O elevando o grau de interdependência entre as sociedades de justifica devido ao avanço da economia em escala global e, conseqüentemente, às implicações políticas, sociais, culturais e jurídicas do aumento do fluxo de mercadorias e a expansão do mercado decorrentes da globalização que vêm relativizando as fronteiras nacionais, internacionalizando o Estado, a noção de soberania. (DANTAS, 2003).

Segundo Giddens, a globalização é um fenômeno típico da modernidade "produto da evolução social, e não fruto de algo totalmente novo" (DIAS, 2010, p. 185). A abordagem do papel desempenhado pelo Estado-nação é ilustrativa para o autor que apesar de não negar o

papel dos Estados como os principais atores da ordem política global, ressalta o papel cada vez mais dominante das corporações como agentes da economia global (DIAS, 2010).

A globalização, nesse sentido, pode ser compreendida como “[...] um processo histórico que envolve a ampliação, aprofundamento, aceleração e impacto crescente de interconexão em nível mundial” (MCGREW, 2001, p. 19) no qual Robert Keohane e Joseph Nye (1977) definiram como *interdependência complexa*.

Apesar da sua notabilidade mais acentuada no tocante aos aspectos econômicos que comumente a conceituam, é inegável a existência dos reflexos da globalização sobre os aspectos jurídicos e aos ordenamentos jurídicos nacionais. No âmbito do Direito Internacional, em geral, e do Direito Processual Civil Internacional, em particular, a globalização provoca o aumento da litigiosidade decorrente do processo de internacionalização das relações sociais. Isso faz com que a busca pela efetividade jurisdicional torna-se um grande desafio entre os juristas que objetivam a efetivação e a promoção do acesso à justiça por meio do movimento de harmonização do direito internacional privado. (MOSCHEN, 2018).

A hermeticidade no qual se insere o Direito Processual Civil, enquanto prerrogativas soberanas do Estado em exercer o seu poder de jurisdição sobre seu próprio território é colocado em xeque, de modo que o movimento de harmonização do Direito também é parte de um novo modelo de Estado que cada vez mais vêm enxergando a jurisdição a partir de sua natureza funcional e não territorial (MOSCHEN, 2018).

O liberalismo e a cooperação jurídica no Direito Processo Civil Internacional

Liberalismo Idealista, Liberalismo Utópico, Liberalismo Sociológico, Liberalismo da Interdependência, Liberalismo Constitucional, Liberalismo Republicano, Neoliberalismo, entre outros, são diferentes termos utilizados em diferentes contextos históricos da análise Liberais, um dos paradigmas dominantes no estudo das Relações Internacionais. O que todos eles têm em comum são uma gama de valores e princípios que norteiam o objeto de análise, qual seja, as formas de interação entre os diferentes atores no sistema internacional e as consequências decorrentes dessas interações.

Princípios como democracia, igualdade, soberania e cooperação, além da constante confiança nas leis e nas instituições internacionais como propulsoras das realizações dos potenciais da sociedade humana (PECEQUILO, 2010), assim como o papel cada vez mais relevante dos diferentes atores internacionais que não apenas os Estados, fazem com que o estudo da Teoria Liberal das Relações Internacionais contribua para o entendimento do processo de harmonização do Direito Internacional Privado, em geral, e do Direito Processual Civil Internacional, em particular, cuja métrica privilegia o ser humano e a dignidade da pessoa humana a partir da efetivação direito de acesso à justiça transnacional, em detrimento dos interesses soberanos dos Estados e do princípio da territorialidade nas relações jurídicas e na jurisdição.

O liberalismo nas relações internacionais

O Liberalismo enquanto Teoria das Relações Internacionais se desenvolve predominantemente a partir do século XX, após a Primeira Guerra Mundial associado ao Idealismo Wilsoniano a partir dos 14 Pontos de Wilson, cuja preocupação central gira em torno das “relações entre indivíduo, sociedade e governo no âmbito doméstico” (NOGUERIA; MESSARI, 2005, p. 58):

[...] a preocupação central dessa tradição é com a liberdade do indivíduo. Trata-se de uma preocupação essencialmente moderna, herdeira do Iluminismo, que afirma que os seres humanos são capazes, por intermédio do uso da razão, de definir seu destino de maneira autônoma (NOGUERIA; MESSARI, 2005, p. 58).

Dentre os principais precursores teóricos do Liberalismo, destacam-se John Locke, Montesquieu, Hugo Grotius, Immanuel Kant e Adam Smith. A identificação dos precursores é de extrema relevância para o estabelecimento dos elementos comuns a essa linha de pensamento. Conforme bem observado por Cristina S. Pecequilo (2010, p. 33) “de John Locke a Montesquieu, dos Federalistas Americanos a Bentham e Mill, o pensamento liberal ressalta a importância da lei e da legitimidade que permite às sociedades humanas realizar seus potenciais”.

A crença nas instituições e na cooperação fazem com que a preocupação central do Liberalismo seja o indivíduo e os grupos privados e seus respectivos interesses, em contraposição a Realismo Internacional cujo centro de análise são os Estados-Nacionais como os principais e únicos atores válidos no sistema internacional. Isso não quer dizer que os Liberais negam a relevância dos Estados no sistema internacional, mas a justificativa para a existência do Estado provém do indivíduo e dos seus direitos de liberdade, igualdade e propriedade (SARFATI, 2005).

O Estado é o responsável por reger as relações humanas “estabelecido a partir de um pacto coletivo que permitirá a realização dos potenciais inerentes à razão humana de progresso e liberdade” (PECEQUILO, 2010, p. 137-138). O liberalismo sustenta que o progresso das sociedades se dá a partir dos indivíduos e que o papel do Estado é assegurar as condições legais e legítimas para o seu pleno desenvolvimento. (PECEQUILO, 2010, p. 137-138).

Longe de ser uma perspectiva de análise ultrapassada, o Liberalismo das Relações Internacionais disponibiliza conceitos, valores e princípios que auxiliam a compreensão dos fenômenos atuais ligados à cooperação entre os Estados nos mais diversos âmbitos, seja ele econômico, político, social, cultural e, ao que nos interessa, o jurídico, a partir da ideia principal da cooperação no lugar do conflito:

O liberalismo que, às vezes, assume diferentes facetas de nomenclatura como idealismo, traz as sementes de interpretação e de práxis pela ótica deontológica, isto é, no contexto do “dever ser” e tem respaldo em teóricos como Marsílio de Pádua, More, Abade de Saint-Pierre, Locke, Bentham e Kant como maiúsculos defensores. Além disso, a noção progressista e otimista sobre a natureza humana,

a confiança no progresso humano, a partilha de responsabilidades comuns em prol da paz, da justiça e da cooperação, bem como a força normativa das instituições multilaterais, dos regimes internacionais e das regras pactuadas entre os povos são marcos do liberalismo (CASTRO, 2012, p. 338).

O avanço da disciplina liberal promoveu o amadurecimento necessário para que a perseguição da paz não fosse deixada de lado, mas abrisse espaço para novas abordagens que pudessem realizar uma leitura mais apropriada da realidade, adaptando-se às constantes mudanças inerentes ao sistema internacional (SARFATI, 2005). Aos poucos o ideário utópico de paz foi gradativamente cedendo espaço para a ideia de cooperação como necessária a própria sobrevivência dos Estados no sistema internacional. Tal cooperação se daria em diferentes vertentes: política, econômica, social, tecnológica e jurídica (SARFATI, 2005).

Num sistema internacional marcado pela anarquia que, em suma, “corresponde à ausência de um governo e de leis que definam os parâmetros de comportamento e regulação de um determinado espaço, provendo-lhe ordem” (PECEQUILO, 2010), a contribuição do pensamento liberal possibilita uma abordagem de atuação voltada para a cooperação mútua entre os Estados e o estabelecimento do direito internacional e da governança global como ponto de partida para o desenvolvimento das sociedades, onde o conflito é posto em segundo plano, de modo que, “recuando ao pensamento de Grótus, é possível estabelecer tanto dentro quanto fora das sociedades regras, normas de direitos que conduzam a um ambiente propício à interações pacíficas e construtivas” (PECEQUILO, p. 33-34).

Seguindo essa linha de análise, o conceito de cooperação que tem origem na sociologia, “corresponde à relação entre dois ou mais indivíduos ou grupos sociais que se unem para obtenção de vantagens mútuas” (DIAS, 2010, p. 132). No que diz respeito ao conceito de cooperação internacional, seu escopo é mais delimitado, caracterizando, assim, pela atuação dos diferentes atores internacionais, sejam eles Estados, organizações internacionais, ONGs, grupos de empresas, entre outros, desenvolvendo uma atuação coordenada e/ou solidária, isto é, “toda relação entre os atores internacionais orientada para a mútua satisfação de interesses e demandas através da utilização complementar de seus respectivos poderes no desenvolvimento de atuações coordenadas e/ou solidárias” (DIAS, 2010, p. 132).

Além disso, é também sobre a cooperação jurídica internacional que pode-se dizer que a referida teoria oferece um arcabouço teórico-principiológico para compreensão do processo de harmonização do direito processual civil internacional. Isto porque, como as normas de Direito Processual Civil, enquanto normas de Direito Público, possuem efetividade, aplicabilidade e vigência no âmbito territorial de cada Estado e, portanto, conectadas com a noção de soberania, requer que no âmbito do Direito Processual Civil Internacional, o princípio da territorialidade ainda que seja o principal instrumento para a fixação das bases jurisdicionais, deve ser relativizada em prol da cooperação jurídica e da fixação de bases de jurisdição compartilhada pelos diferentes Estados, com a finalidade maior de promover o acesso e a efetivação da justiça (POLIDO, 2018).

O princípio da territorialidade aponta que as normas processuais de um determinado sistema jurídico doméstico “[...] envolve o reconhecimento de que o Estado deve exercer jurisdição sobre todos aqueles que se encontram em seu território” como forma de concretização da sua soberania e da aplicação das normas de processo civil nacional (POLIDO, 2018). No entanto, questões envolvendo resolução judicial de litígios transfronteiriços, como as constantes violações de direitos humanos, as violações de contratos internacionais, propriedade intelectual, privacidade na internet, compras internacionais pela internet, direito do estrangeiro, dentre outros, requer dos juristas e internacionalistas uma nova maneira de repensar as soluções para superar as crises permanentes envolvendo a acesso à justiça transnacional, na qual a cooperação jurídica internacional é o ponto de partida para a flexibilização dos princípios da soberania e da territorialidade inerentes o Direito Processual Civil.

Daí porque se falar em uma análise dos princípios do Direito Processual Civil Internacional a partir da visão da corrente Liberal das Relações Internacionais porque, como se pode observar nos princípios ASSADIP - um importante instrumento de *soft law* na América, o princípio da cooperação permeia todo o texto da sua convenção, como também serve de base e de norteador do processo de harmonização do direito processual civil internacional para os países do continente americano, revela a responsabilidade comum no objetivo de priorizar o acesso à justiça, como também a força normativa dos tratados e convenções internacionais:

Assim como o homem se viu compelido a sair do estado de natureza e a ingressar em uma constituição civil, os Estados já fundados são, igualmente, constrangidos a encontrar, em função da resistência mútua dos demais corpos políticos - nascida da sua liberdade -, uma lei de equilíbrio e um poder unificado capaz de assegurá-la. Para que as forças da humanidade não pereçam ou sejam destruídas, há que se pensar a possibilidade de erigir, através do aperfeiçoamento interno das constituições civis e de um acordo de soberania suficiente para edificar uma legislação comum no plano externo, um Estado semelhante a uma sociedade civil juridicamente organizada, mas que permita, no entanto, aos corpos políticos manterem-se autônomos (PHILIPPI, 2004, p. 187).

O intuito maior da harmonização por meio do estabelecimento de regras de cooperação jurídica internacional é diminuir a fragmentação e a heterogeneidade dos sistemas jurídicos nacional, cujo objetivo maior é a circulação de sentenças, assim como a segurança das relações sociais transnacionais na esfera das relações internacionais e da codificação do direito. O processo de codificação do Direito Processual Civil Internacional pode ser compreendido a partir de dois prismas que, segundo Moschen (2018), trata-se dos prismas *stricto sensu* e *lato sensu*:

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 comum [...]. De outro lado, a codificação é desenvolvida como um instrumento de sistematização de um corpo normativo para a melhoria da sua acessibilidade. Atualmente, esta modalidade se evolui de maneira polarizada

em diversos níveis de relações, bilaterais, regionais e multilaterais e em diferentes setores jurídicos (MOSHCHEN, 2018, p. 202).

Importante ressaltar que não apenas a partir do viés da cooperação a vertente liberal contribui para a análise da harmonização do direito processual civil internacional, mas também a partir do viés da crescente relevância dos diferentes atores no sistema internacional, como por exemplo, as organizações internacionais, as empresas multi e transnacionais, como também o papel relevante das associações da sociedade civil organizada a nível internacional na definição de agendas, na mobilização da opinião pública internacional e na orientação dos interesses dos Estados e o fortalecimento dos instrumentos internacionais que contribuem para o maior grau de cooperação.

A sociedade civil global pode ser compreendida como o “espaço de atuação e pensamento ocupado por iniciativas de indivíduos ou grupos, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que perpassam as fronteiras dos Estados” (HERZ E HOFFMANN, 2004, p. 226). Frequentemente vistas como atores, dependendo do grau de autonomia, ou fóruns onde indivíduos e grupos contribuem para a formulação de normas, tem-se que uma das principais formas de organização da sociedade civil global são os movimentos transnacionais de indivíduos e grupos que se juntam com o objetivo de transformar o *status quo*. desenvolvendo-se ao redor de um objetivo particular, como, por exemplo, direitos humanos, desenvolvimento, imigração, etc. (HERZ E HOFFMANN, 2004, p. 226).

Evidencia-se, nesse sentido, que o surgimento do ASADIP (Associação Americana de Direito Internacional Privado) como uma associação formada, a princípio, por professores e especialistas em Direito Internacional Privado, é um importante grupo da sociedade civil global voltando para o estabelecimento dos princípios delineados pelo TRANSJUS que servem de bases vetoriais para a interpretação do direito processual civil transnacional e da atuação dos tribunais e das autoridades administrativas para melhorar o acesso à justiça nos litígios privados de caráter transnacional.

A cooperação jurídica internacional

O movimento de codificação do Direito Internacional Privado é marcado pela busca da harmonização dos diferentes sistemas jurídicos nacionais e se desenvolve, principalmente, a partir dos esforços promovidos no âmbito da Conferência de Haia, desde 1893, a principal organização internacional que se destina ao desenvolvimento gradual da codificação do Direito Internacional Privado (MOSCHEN; MARCELLINO, 2017, p. 299).

A finalidade da harmonização dos sistemas jurídicos é “garantir a aproximação entre os diferentes sistemas jurídicos, de modo que os atos processuais praticados no âmbito doméstico possam reverberar em outros ordenamentos jurídicos” (MOSCHEN, 2018, p. 3).

Na esfera específica da harmonização do direito processual civil o instrumento de harmonização no âmbito do continente Americano são os Princípios ASADIP sobre o acesso

transnacional à justiça (TRANSJUS) (MOSCHEN, 2018 p. 203), que possui como um dos princípios basilares a cooperação jurídica internacional.

Segundo Nádia Araújo (2016, p. 137), “a cooperação jurídica internacional significa, em sentido amplo, o intercâmbio internacional para o cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do judiciário de um Estado estrangeiro”

Segundo Moschen e Campeão “a cooperação jurídica internacional surge como essencial à própria manutenção da soberania do Estado, cuja tônica concentra-se na colaboração entre as nações em prol da concreção da justiça em dimensão multinacional” (MOSCHEN, 2018, p. 3).

Os princípios do ASADIP/TRANSJUS e a cooperação jurídica internacional

O Asadip (Associação Americana de Direito Internacional Privado) se estabelece enquanto associação da sociedade civil internacional em 2007. No entanto, foi durante a realização da Primeira Conferência Especializada Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP I) que o delegado do Brasil, professor Haroldo Valladão, sugeriu a criação da Associação Interamericana de Professores de Direito Internacional Privado (AIPDIP), embrião da Asadip, para agrupar os especialistas de direito internacional privado da América. Como a AIPDIP não se manteve ativa ao longo dos anos, apenas em 2007, a professora Tatiana Maekelt, fez uma nova proposta aos membros que fundaram a AIPDIP para que então fosse criada a ASADIP - Associação Americana de Direito Internacional Privado, em 5 de outubro de 2007 (ASADIP, 2007).

O Estatuto da Asadip estabelece como um dos objetivos a cooperação com a OEA (Organização dos Estados Americanos na concepção e desenvolvimento de projetos de regulamentação sobre Direito Internacional Privado e outras áreas do Direito:

g) Cooperar com a Organização dos Estados Americanos na concepção e desenvolvimento de projetos de regulamentação interamericana sobre a matéria e nas demais iniciativas a ela vinculadas, bem como com outras instâncias e instituições universais, regionais, sub-regionais e nacionais, públicas e privadas, responsáveis pela elaboração e desenvolvimento do Direito Internacional Privado e outras áreas do Direito a ele relacionadas.

Na esfera dessa Associação, foram elaborados os Princípios do Asadip Sobre o Acesso Transnacional à Justiça (ASADIP/TRANSJUS, 2016) que se apresentam como fonte de princípios destinados à harmonização do Direito Processual Civil Internacional entre os países do Continente. A parte introdutória relativa ao preâmbulo esclarece que “Os Princípios ASADIP sobre o Acesso Transnacional à Justiça (os “Princípios”) objetiva melhorar o acesso à justiça para as pessoas físicas e jurídicas nos litígios privados de caráter transnacional”.

Os Princípios estabelecem “padrões mínimos para garantir o acesso à justiça” e ao mesmo tempo, pretendem ser parte e vetor da governança global, indicando o objetivo primário e estrito, assim como conectando-o com um objetivo maior de contribuir como

vetor da governança global sobre a matéria, “procurando articular os poderes dos Estados em relação de coordenação e cooperação para a conquista de uma justiça transnacional eficaz”.

Enquanto instrumento de *soft law*, sua não vinculação se expressa ao estabelecer que os Princípios “podem servir de orientação para a codificação do direito processual civil e comercial no âmbito estatal e internacional”, não sendo, portanto, de aplicação obrigatória e vinculativa, aplicáveis também à “interpretação, integração e complementação de regras que sejam competentes para disciplinar esta matéria”. Nesse sentido, além de vetor e orientador das regras de direito processual civil internacional para os litígios transnacionais, servem como verdadeiros colmatadores de lacunas, aplicando-se nos espaços não preenchidos pelas regras de direito processual civil interno dos Estados e internacional.

O art. 1.1 do referido instrumento possui como base valorativa axiológica o máximo respeito aos direitos humanos e o acesso à justiça. Além disso, define princípios norteadores da atuação dos Estados como o “favorecimento de soluções consensuais”, “equivalência jurisdicional”, a própria “cooperação jurídica internacional”, “ativismo judicial transnacional”, “celeridade e adaptação processuais” e a “proteção dos direitos coletivos”.

No tocante à interpretação jurídica, isto é, ao modo de interpretação das normas inerentes aos litígios transnacionais, os princípios destacados são o do “diálogo das fontes”, “*in dubio pro cooperationis*”, “interpretação conforme o direito comparado”, “efetividade dos direitos materiais” e “os princípios gerais do direito”.

No Capítulo 4, sobre Cooperação Interjurisdicional, determina que a cooperação constitui uma obrigação internacional de todos os Estados:

Artigo 4.1 - A cooperação interjurisdicional constitui uma obrigação internacional de todo Estado, não apenas com o objetivo de determinar prazos, realizar notificações e audiências, como também o dever de cooperar se estende a todos aqueles atos ou medidas necessárias para a consecução dos fins do processo, incluindo a cooperação no processamento e execução de medidas cautelares, bem como, a identificação, conservação e produção de provas.

Qualquer forma de limitação à obrigação de cooperar será considerada uma violação de acesso à justiça, exceto se “[...] a limitação encontre fundamento em razoável e necessária proteção dos direitos fundamentais ou que a cooperação solicitada contenha uma flagrante violação dos princípios essenciais do ordenamento jurídico do Estado requerido.

A cooperação jurídica internacional no CPC/15 e os princípios do ASSADIP/TRANSJUS

Aprovado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro entrou em vigor sob a nova égide constitucional decorrente da promulgação da Constituição Federal de 1988 e trouxe em seu Capítulo II, Da Cooperação Internacional, disposições acerca da cooperação jurídica internacional, conforme art. 26, determinando que será regida pelos tratados de que o Brasil faça parte e elencando uma série de princípios que deve reger a relação do Brasil com os demais Estados para fins de cooperação, como por

exemplo, o do devido processo legal, igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, publicidade processual, entre outros:

Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

- I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;
 - II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;
 - III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;
 - IV - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação;
 - V - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.
- § 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.
- § 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira.
- § 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.
- § 4º O Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica.

Diferente do Código de Processo Civil de 1973, no CPC/2015 é possível observar que as novas regras do Código do Processo Civil Brasileiro “têm raízes em princípios constitucionais fundamentais que não são associados ao processo” (MAZZEI, 2017), com o caso da cooperação de modo amplo e da cooperação jurídica internacional de modo específico. Isto porque, a Constituição Federal de 1988, prevê como um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil, o da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX, da CF/88).

Cooperação essa, conforma já amplamente abordada no presente artigo, dá-se não apenas sob o aspecto político, mas também econômico, social, cultural e jurídico, no caso da cooperação jurídica internacional, com vistas ao cumprimento do acesso à justiça e da efetivação do processo.

No que pese o CPC/15 ter sido elaborado e aprovado antes da publicação dos Princípios Asadip de Acesso Transnacional da Justiça (ASADIP/TRANSJUS) é possível observar um movimento de harmonização do Direito Processual Civil Internacional tanto por parte do instrumento legal interno brasileiro, como também do instrumento internacional dos Princípios, que compartilham do princípio norteador da cooperação, como também da dignidade da pessoa humana e que contêm como objetivo principal, novamente o acesso à justiça e a efetivação do processo.

Promover a cooperação jurídica internacional, portanto, trata-se de uma obrigação imposta pela comunidade internacional, de modo que “qualquer resistência ou desconfiança com relação ao cumprimento de atos provenientes do estrangeiro deve ceder lugar ao princípio da boa-fé, que rege as relações internacionais de países soberanos” (ARAÚJO, 2008, p. 40).

Conclusão

A globalização relativizou as fronteiras nacionais, o conceito de soberania e o princípio da territorialidade no estudo do Direito Processual Civil internacional impôs novos desafios para o operador do Direito que viu na harmonização do Direito Internacional a caminho para a compatibilização dos diferentes sistemas jurídicos para a efetividade do acesso à justiça e do direito material.

A cooperação jurídica internacional, nesse sentido, possibilitou que por meio dos instrumentos internacionais como os Princípios do Asadip/Transjus como recente e importante instrumento norteador de aplicação do direito para os sistemas judiciários nacional no âmbito da América, no tocante ao tratamento dos litígios que ultrapassam as fronteiras territoriais dos Estados.

A partir de uma investigação oportunizada pela teoria Liberal das Relações Internacionais demonstrou-se a forma o processo de cooperação jurídica internacional na harmonização do direito internacional privado está permeado de princípios liberais como o da própria cooperação entre os Estados-nacionais no sistema internacional, assim como os voltados para a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros.

Referências

- ANDREWS, Niel. *Fundamental Principles of Civil Procedure: order out of Chaos*.
- ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira de Acordo com o Novo CPC*. 6. ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.
- _____. *A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do estado Brasileiro no plano Interno e Internacional*. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos - Matéria Civil*. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça. 1. ed. Brasília: 2008.
- CASTRO, Thales. *Teoria das relações internacionais / Thales Castro*. – Brasília: FUNAG, 2012.
- DANTAS, Ivo (Org). *Processo de Integração Regional*. 1. ed., 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2003.
- DIAS, Reinaldo. *Relações internacionais: introdução ao estudo da sociedade internacional global*. São Paulo: Atlas, 2010.
- HERZ, Monica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais: história e práticas*. 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. *Transnational Relations and World Politics: An Introduction*". *International Organization*, v. 25, n. 3, 1971. P. 329-349.
- MCGREW, Anthony. *Globalization and Global Politics*. In BAYLIS, John; SMITH, Steve (Ed.). *The globalization of world politics – an introduction to International Relations*. Oxford: OUP, 2005, 3. ed., p. 19-40.

- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O processo civil internacional no CPC/2015 e os princípios ALI/UNIDROIT do Processo Civil Transnacional: uma análise de consonância da harmonização processual. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 2. Maio a Agosto de 2018, p. 200-228.
- _____. A Conferência de Haia e a Codificação do Direito Processual Civil Internacional. In: RAMOS, Andre de Carvalho; ARAÚJO, Nádia (Org). A Conferência de Haia de direito internacional privado e seus impactos na sociedade: 125 anos (1893-2018). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- _____. CAMPEÃO, Paula Soares. A cooperação jurídica internacional na harmonização do direito internacional privado e o Código de Processo Civil brasileiro. Revista dos Tribunais - Caderno Especial - Cooperação Jurídica Internacional, v. 1, p. 17-35, 2018.
- _____. MARCELINO, Helder. 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, Marília, v. 18, n. 2, p. 291-319, 2017.
- NOGUEIRA, João Pontes; MESSARI, Nizar. Teoria das relações internacionais: correntes e debates. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PECEQUILO, Cristina Soreanu. Introdução às relações internacionais: temas, atores e visões. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. O Direito e as Relações Internacionais no pensamento de Immanuel Kant. In: Opinião Jurídica. Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus. n. 04, ano 02, 2004
- POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Jurisdição e Litígios Transnacionais da Internet. In: Fabrício Bertini Pasquot Polido. Direito internacional privado nas fronteiras do trabalho e tecnologias: ensaios e narrativas na era digital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 93-114.
- SARFATI, Gilberto. Teoria de relações internacionais. São Paulo: Saraiva, 2005.

O Instituto Processual da Reclamação Constitucional e o sistema de edição de súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho

Renan Sena Silva¹

Resumo: A “Lei da Reforma Trabalhista” provocou modificações no direito material e formal do trabalho. Uma dessas alterações foi a restrição à criação de novas súmulas pelo TST, pela nova redação dada ao art. 702, inciso I, alínea “f”. A repercussão dessa mudança pode atingir diretamente o instituto da reclamação. Justifica-se, então, a pesquisa aqui pretendida, tendo em vista que ao se restringir a possibilidade de edição de súmulas, é possível ser restringida a possibilidade de admissão da reclamação, hipótese objeto de análise neste trabalho. Por tanto, nesta pesquisa, objetiva-se estudar o instituto processual da reclamação constitucional à luz do disposto na Constituição de 1988, do CPC/2015, da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST e da Lei da Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Direito Processual do Trabalho; Repercussões do CPC/15; Instituto da Reclamação Constitucional; Reforma Trabalhista; Criação de Súmulas pelo TST.

Introdução

A constitucionalização do direito é um fenômeno a ser considerado, direta ou indiretamente, nos estudos de elementos jurídicos. As análises que tem com objeto de estudo institutos jurídicos, inseridos no Estado Democrático de Direito, não podem ser efetuadas sem que seja devidamente considerado o fenômeno da constitucionalização do direito e as consequências que dela decorrem, tendo-se em vista que a Lei Maior estabelece normas e princípios de incidência nos mais diversos ramos jurídicos.²

Inseridos nesse contexto, percebe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 [CRFB/88] foi responsável por positivar diversos direitos e garantias fundamentais,

¹ Graduando em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: renenasilva@gmail.com.

² É válido mencionar a importante lição de Tatiana Mareto Silva (2016, p. 339-340) sobre o fenômeno da ressignificação da Constituição, aduzindo que: “[...] o constitucionalismo moderno evoluiu para o que se denomina neoconstitucionalismo, prestigiando a intervenção do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos inseridos nas constituições do pós 2ª Guerra Mundial. Trata-se de um movimento sincronizado e justificado em razão da ressignificação da própria constituição”.

tanto os identificados como sendo os de primeira, segunda,³ terceira e quarta dimensão.⁴ E, nesse ínterim, é imprescindível frisarmos que os direitos trabalhistas, identificados como direitos de segunda dimensão, estão dispostos na Carta Magna vigente. Devemos ressaltar, ainda, que Florisbal de Souza Del'Olmo (2011, p. 241) nos esclarece, quando discorre sobre a segunda dimensão, que "O elenco de direitos sociais consigna os que regulam as relações de trabalho, cada vez mais presente nos ordenamentos jurídicos dos Estados, compreendendo os direitos individuais dos trabalhadores e os seus direitos coletivos".

Tais premissas são fundamentos que não poderão ser olvidados durante a análise que será aqui desenvolvida. O objeto de pesquisa do presente trabalho tem como contexto a denominada reforma do direito do trabalho, que se deu pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como a "Lei da Reforma Trabalhista". Tal lei, além de modificar o direito material do trabalho, fora também responsável por provocar alterações no Direito Processual Trabalhista.

Inserido nesse contexto de modificações, a nova redação conferida ao art. 702, inciso I, alínea "f" da Consolidação das Leis Trabalhistas [CLT] restringiu à criação de novas súmulas pelo TST, ao estabelecer parâmetros a serem seguidos. A repercussão dessa mudança pode atingir diretamente o instituto da reclamação, uma vez que um de seus fundamentos, para ser admissível, é que a decisão reclamada seja contrária a decisões do Tribunal, visando, assim, garantir a autoridade de suas decisões.

Desse modo, a importância da pesquisa aqui pretendida, além do já enunciado, consiste no fato de que o art. 988, do Código de Processo Civil de 2015 [CRFB/88], o qual disciplina o instituto da reclamação, foi considerado aplicável ao Direito Processual do Trabalho, nos termos da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, e ao se restringir a possibilidade de edição de súmulas, é possível ser restringida a possibilidade de admissão da reclamação.

Por tanto, nesta pesquisa, objetiva-se estudar o instituto da reclamação à luz do disposto na Constituição de 1988, no CPC/2015, na instrução normativa mencionada e da Lei da Reforma Trabalhista. O método a ser empregado é o hipotético-dedutivo, tendo-se como hipótese principal, a ser refutada ou confirmada pelo presente trabalho, que restringir a criação de súmulas provoca fatalmente a restrição na possibilidade de acesso ao TST pela via da reclamação. Pretende-se realizar, após ampla revisão bibliográfica, uma análise jurisprudencial sobre o tema. Assim, busca-se compreender (i) o instituto da reclamação; (ii) a nova configuração processual para a edição de súmulas pelo TST; e (iii) concluir se a hipótese já citada deve ser, ou não, confirmada.

³ Ao abordar o tema das dimensões dos Direitos Humanos, Del'Olmo (2011, p. 241), quando discorre sobre os direitos de segunda dimensão, a qual compreende os direitos sociais, culturais e econômicos, enuncia que: "Esses direitos exigem uma prestação do Estado, que deve oferecer aos cidadãos educação, assistência social, trabalho, saúde, enfim, preencher as necessidades básicas para o bem-estar social".

⁴ Utilizamos o termo dimensão por considerá-lo, na esteira de Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 30), mais adequado em relação ao termo geração. O citado autor enuncia "tem-se admitido que o termo 'dimensão' poderia substituir, com vantagem lógica e qualitativa, o vocábulo 'geração'".

Uma breve análise do Instituto da Reclamação no TST

Não pertencente à redação originária da Lei Maior promulgada em 1988, o §3º, art. 111-A da CRFB/88 enuncia a competência do Tribunal Superior do Trabalho, relativa à reclamação constitucional no âmbito do TST, nos seguintes termos: “Compete ao Tribunal Superior do Trabalho processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.⁵

É recente a Emenda Constitucional que incluiu tal enunciado prescritivo na Constituição. Assim sendo, é necessário um breve estudo sobre este instituto, afim de que, entendendo-o, possamos dar prosseguimento à análise da hipótese do presente trabalho.

Generalidades

A reclamação fora um instituto criado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), antes de qualquer previsão por enunciado prescritivo explícito, seja de ordem legal, como de ordem constitucional. Sua origem teve fundamento na teoria dos poderes constitucionais implícitos,⁶ e a previsão expressa do instituto se deu na CRFB/1988, reservando-se, à época, somente ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Marcelo Abelha Rodrigues (2017, p. 229) enuncia que “A reclamação é técnica processual eleita pelo *legislador constitucional* para garantir a preservação da autoridade das decisões judiciais e a competência das cortes de cúpula”. Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 255), por sua vez, afirma:

A reclamação constitucional, ou simplesmente reclamação, é um instituto, de natureza constitucional, criado pela Constituição Federal de 1988, cujo objeto repousa na preservação das competências do STF, do STJ e do TST ou na garantia da autoridade de suas decisões.

A reclamação constitucional, portanto, não é somente àquela realizada no âmbito da competência do STF, ela é constitucional por sua natureza, independentemente da corte a que é direcionada.⁷ Assim, certos da ampliação do rol de cortes que podem processar e julgá-

⁵ Esse enunciado fora Incluída pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016, não havendo anteriormente regra constitucional expressa que garantisse tal competência ao Tribunal Superior do Trabalho.

⁶ Sobre este tema conferir Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 527 e segs); e Eduardo Rangel Xavier (2015, p. 89 e segs).

⁷ É válido ressaltarmos que, com o CPC/2015, ocorreu uma uma ampliação do rol de cortes que podem processar e julgar este instituto, assim, Marcelo Abelha Rodrigues (2017, p. 229) afirma que “No recente CPC (art. 988), foi estendido para além de seu papel constitucional também para a preservação da competência e autoridade dos tribunais regionais e estaduais”. Entretanto, a previsão legal fora responsável por pacificar o entendimento, posto que, alguns autores considerem que a reclamação constitucional poderá ser feita em qualquer corte, devido a sua natureza jurídica, independente de previsão legal expressa; nesse sentido Carlos Eduardo Rangel Xavier (2015, p. 89), afirma: “Defende-se, portanto, que a reclamação é cabível em qualquer tribunal, a despeito de previsão expressa em legislação federal e mesmo a despeito de previsão regimental. Trata-se, como se demonstrou, de levar a sério a teoria dos poderes constitucionais implícitos”.

la, após a promulgação do CPC/2015, é preciso considerar, quanto a questão da competência, que, "A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou autoridade se pretenda garantir" (GARCIA, 2017, p. 397).

A natureza jurídica da reclamação é controversa, e Carlos Eduardo Rangel Xavier (2015, p. 76) afirma que "importa investigar se a reclamação constitucional é, primeiro, medida administrativa ou judicial; sendo judicial, qual a sua classificação dentre as possíveis: incidente, recurso ou ação". O autor conclui (2015, p. 77), demonstrando inicialmente que não se trata de medida administrativa e tampouco que trata-se de recurso ou de um incidente, que trata-se de uma ação, sustentando que "estão presentes, na reclamação, os três elementos identificativos de uma ação, a teor do artigo 301, § 2º, do CPC de 1973 (correspondente ao 337, § 2º, do CPC de 2015): partes, causa de pedir e pedido".⁸

Identificando a reclamação constitucional como ação, Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 25), compreende que:

Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte.

Fixando a natureza jurídica da reclamação constitucional como verdadeira ação, é necessário compreendermos como que está disciplinada no âmbito do TST. Não há previsão expressa na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) sobre esse instituto. A Instrução Normativa nº 39/2016 do TST,⁹ por sua vez, no art. 3º, inciso XXVII, entende aplicável as disposições do CPC/2015, acerca do instituto da reclamação, no Processo do Trabalho.¹⁰

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 397) identifica que "O Código de Processo Civil trata do tema de forma genérica, podendo, assim, ser aplicado ao processo do trabalho (art. 769 da CLT)". Uma vez sendo aplicável, é a partir desse diploma que poderemos precisar o regramento desse instituto.

⁸ Lucas Buril De Macêdo (2014, p. 4) e Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 533) também identificam a reclamação constitucional como verdadeira ação.

⁹ Manoel Antonio Teixeira Filho (2016, p. 13) preleciona, quando analisa a Instrução Normativa nº 39 do TST que "há mais de vinte anos temos sustentado o entendimento de que os Tribunais Judiciários não podem editar Instruções com força ou eficácia normativa, porquanto esse ato, embora contendo traços administrativos, implica, a um só tempo: a) invasão de uma área legislativa destinada, Constitucionalmente, e com exclusividade, à União (CF, art. 22, inciso II); b) desrespeito ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes da União, inscrito no art. 2º, da Constituição Federal".

¹⁰ Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, Art. 3º, "Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: [...] XXVII - arts. 988 a 993 (reclamação)".

Após estabelecida tais questões gerais, serão apresentadas, no próximo tópico, as hipóteses de cabimento, as questões relativas à sua admissibilidade e os legitimados para propor a reclamação trabalhista.

Hipóteses de cabimento, admissibilidade e legitimidade

O CPC/2015, considerando a modificação pela Lei nº 13.256, de 2016, no art. 988, estabelece o rol de hipótese de cabimento da reclamação, enunciando:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:
I - preservar a competência do tribunal;
II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Especificamente sobre a segunda hipótese prevista, Marcelo Abelha Rodrigues (2017, p. 230), entende que:

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 STJ por via dos recursos especiais e extraordinário.¹¹

Desse modo, seguindo esse mesmo entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues, temos o entendimento de que o instituto da reclamação constitucional é uma via adequada, de acesso ao TST, quando for contrariado os precedentes.

Compreendemos também, considerando que “A jurisprudência uniforme dos Tribunais dá ensejo à edição de Súmulas, que constituem o resumo da interpretação pacífica de determinado Tribunal sobre uma matéria jurídica” (SCHIARI, 2017, p. 60), que a afronta ao enunciado de súmulas possibilita o ingresso de Reclamação Constitucional ao TST, uma vez que a súmula representa o entendimento pacificado pelo Tribunal, portanto garantir o enunciado das súmulas editadas, é garantir a autoridade do Tribunal.¹²

Apesar de mostra-se contrário a diversos aspectos do instituto, antes mesmo da promulgação do CPC/2015, Lucas Buril de Macêdo (2014, p. 5) afirma, sobre as hipóteses que guardam relação com a obrigatoriedade de seguir-se os precedentes firmados pelos Tribunais, que:

¹¹ O autor em questão está analisando a reclamação no âmbito da tutela coletiva do Direito Processual Civil, razão pela qual justifica-se a referência ao STJ e a ausência de referência ao TST.

¹² No presente trabalho importa para a análise esta função da técnica da reclamação, propositadamente não se analisando profundamente no que tange às demais hipóteses.

[...] afirmar que o cabimento de reclamação nesses casos é precursor de uma nova hipótese a ser estabelecida quando da institucionalização do *stare decisis* brasileiro: a reclamação constitucional para forçar o respeito aos precedentes dos tribunais superiores. Nesse passo, ao se defender os precedentes obrigatórios, far-se-ia indispensável o cabimento da reclamação para impor o respeito aos precedentes obrigatórios dos Tribunais Superiores ou às suas súmulas.

Sobre aspectos quanto a (in)admissibilidade da reclamação, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 397) afirma que:

É inadmissível a reclamação: proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; 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 (recurso de revista no processo do trabalho) repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, do CPC, com redação dada pela Lei 13.256/2016). No primeiro caso indicado, se presentes os requisitos legais, é cabível ação rescisória.

A legitimidade para demandar a reclamação é, segundo o *caput* do art. 988, da parte interessada e do Ministério Público. A legitimidade deste justifica-se por assumir a função de ser o Fiscal da Ordem Jurídica (*custus legis*), a legitimidade daquele justifica-se uma vez que sendo destinatário de decisão contrária às decisões do Tribunal Superior Trabalhista é evidente que restará inconformado.

A reforma trabalhista e a edição de súmulas pelo TST

A reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, de constitucionalidade duvidosa em muitos de seus aspectos, estabelece alterações no texto da CLT. Entre tantos dispositivos, podemos perceber alterações no art. 702 da CLT, artigo que trata da competência do Tribunal Pleno do TST.

Verifica-se, nas palavras de Godinho Delgado e Neves Delgado (2017, p. 315), que “A Lei n. 13.467/2017 alterou os critérios para a criação e/ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho”. Ainda na esteira dos citados autores, (2017, p. 315), verifica-se que “As mudanças efetivadas foram introduzidas no art. 702 da CLT, por intermédio do novo texto de sua alínea ‘f’, conjugado com os novos §§ 3º e 4º inseridos no mesmo art. 702 da Consolidação”.

Com as modificações introduzidas pela Lei da Reforma Trabalhista, considerando-se os dispositivos importantantes para nossa análise, o art. 702 apresenta a seguinte redação:

Art. 702. Ao Tribunal Pleno compete:

I - Em única instância:

“f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois

terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial”;

§ 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

§ 4º O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea *f* do inciso I e no § 3º deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária”.

É possível identificarmos, mediante análise do texto legal, uma série de formalidades e requisitos exigidos para a edição e alteração de súmulas pelo TST. O que é reputado como grave por Godinho Delgado e Neves Delgado (2017, p. 316). Prelecionam os autores (2017, p. 316) que:

De um lado, atinge, frontalmente, a Constituição da República. Desrespeita a norma disposta em seu art. 2º (princípio constitucional da separação dos Poderes da União) e desrespeita igualmente as regras lançadas em seus arts. 92 e 96, I (princípio constitucional da autonomia dos Tribunais).

De outro lado, expressa política pública sem proporcionalidade, razoabilidade e equilíbrio, além de ferir os princípios constitucionais da segurança e da igualdade.

Mauro Schiavi (2017, p. 63), semelhantemente, compreende que “Certamente, a constitucionalidade desta regra será questionada, pois invalida a autonomia dos Tribunais” (ver art. 96, I, da CF).¹³

Com base na alínea “f”, podemos verificar que para se estabelecer ou alterar súmulas, exige-se o quórum de dois terços do pleno do TST, além disso, a matéria deve ter “[...] sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas”.

Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 94), entende que:

O objetivo da medida foi frear o ativismo judicial. Por isso, esse dispositivo deve ser complementado pelo § 2º do art. 8º da CLT, que proíbe o Judiciário Trabalhista de criar ou restringir direito por meio de sua jurisprudência.

¹³ “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva; c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição; d) propor a criação de novas varas judiciárias; e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei; f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;”

Ademais, compreende que:

A publicidade e o direito de defesa foram garantidos pelos §§ 3º e 4º do art. 702 da CLT antes da criação dos precedentes jurisprudenciais obrigatórios (Súmulas, OJs e teses vinculantes), modificando o anterior procedimento que vinha sendo adotado pela Justiça do Trabalho, que fixava teses vinculantes com procedimento simplificado em sem a oitiva dos interessados. Por esse motivo, foram revogados os §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT, que acaba com o IUJ (incidente de uniformização de jurisprudência) (CASSAR, 2017, p. 94).

É importante notar, conforme preleciona Schiavi (2017, p. 61), que “Trata-se de alteração sem similar em outros ramos do Judiciário, impondo requisitos para a edição de Súmulas pelos Tribunais Trabalhistas”. E arremata,

Sem dúvida, a criação, cancelamento ou alteração de súmulas fica mais difícil, exigindo votos de pelo menos dois terços dos membros do Tribunal, bem como se deve franquear a palavra para sustentação dos representantes do Ministério Público, OAB e Entidades Sindicais. (SCHIAVI, 2017, p. 61).

O autor identifica, ainda, que:

Por um lado, há aspectos positivos com a alteração, pois fortalecerá a jurisprudência de primeiro grau. Por outro lado, há aspectos negativos, pois praticamente, inviabiliza a edição de Súmulas pelos Tribunais Trabalhistas (SCHIAVI, 2017, p. 63).

Pela disposição do §4º, insta destacar que a previsão se aplica também aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alterando-se apenas no âmbito do TST. Entendemos então, que a Reforma Trabalhista, ao restringindo a criação e alteração de súmulas, pelo TST e pelos TRTs.

Assim, ante a tal configuração, no que diz respeito à edição de súmulas pelo TST, analisaremos brevemente a jurisprudência desse Tribunal no que tange ao instituto da reclamação, buscando verificar seu posicionamento em relação à afronta às súmulas e a admissibilidade da Reclamação Constitucional.

Análise dos acórdãos do TST na análise das reclamações propostas

Até a data do fechamento desta pesquisa, em julho de 2018, o TST havia se pronunciado em 19 (dezenove) acórdãos,¹⁴ em sede de reclamações constitucionais que lhe foram dirigidas.

¹⁴ Rcl-45041-19_2010_5_00_0000, Data de Julgamento: 30-08-2010; Rcl-9602-34_2016_5_00_000 Data de Julgamento: 07-11-2016; Rcl-13453-81_2016_5_00_0000, Data de Julgamento: 23-11-2016; Rcl-20103-47_2016_5_00_0000, Data de Julgamento: 06-12-2016; Rcl-22357-90_2016_5_00_0000, Data de Julgamento: 08-02-2017; Rcl-Pet-20753-94_2016_5_0000, Data de Julgamento: 24-04-2017; Rcl-4301-72_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 24-04-2017; Rcl-8901-39_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 20-06-2017; Rcl-10804-46_2016_5_00_0000, Data de Julgamento: 20-06-2017; Rcl-7301-80_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 20-06-2017; Rcl-1603-93_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 07-08-2017; Rcl-14101-27_2017_5_00_0000,

Desses 19 (dezenove), 5 (cinco) acórdãos devem ser analisados, pois neles o Tribunal se pronunciou quanto ao cabimento da reclamação constitucional fundamentada em súmula do TST e a segunda hipótese prevista no CPC/2015.

Extrai-se dos cinco Acórdãos analisados,¹⁵ que o entendimento do Tribunal, é no sentido de que a Reclamação não é via apta para insurgir-se contra decisão que afronta Súmulas ou Orientação Jurisprudencial, editadas pela Corte de Cúpula Trabalhista; isto porque entendem que tanto as Súmulas, quanto às OJ's, tem caráter apenas persuasivo, não possuindo caráter vinculante.

No Acórdão da Reclamação nº 7301-80.2017.5.00.0000 [Data de Julgamento: 20/06/2017], em um caso em que não havia uma afronta há um entendimento sumulado pelo TST, mas em que o reclamante alegou violação ao entendimento do Tribunal expresso em diversas decisões, o Tribunal, apreciando o pleito, concluiu que

A propósito, ainda que houvesse, como assevera o reclamante, "PRECEDENTE PRÉ-ESTABELECIDO (EDIÇÃO DE COMPETENTE SÚMULA DO PLENO DESTA C. TST)" aplicável ao seu caso (o que, repita-se, ele próprio alega não existir), referida súmula editada por esta Corte, em princípio, só teria eficácia persuasiva, sendo destituída dos efeitos coercitivos e obrigatórios inerentes apenas aos enunciados de súmulas vinculantes ou aos outros precedentes obrigatórios previstos nos incisos III e IV do artigo 988 do CPC/2015 e nos incisos I e II do artigo 15 da Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho.

Semelhante posicionamento encontramos na análise do Acórdão proferido na Reclamação 1603-93.2017.5.00.0000, Data de Julgamento: 07/08/2017, no qual o Tribunal assim se pronunciou:

No mais, esta reclamação, no entanto, não se mostra viável, em virtude de não se amoldar às hipóteses previstas para seu cabimento contidas no artigo 988 do CPC/2015. Percebe-se que ela vem fulcrada em alegada divergência entre o acórdão do TRT da 3ª Região proferido por sua Sétima Turma, nos citados autos de reclamação trabalhista por ela ajuizada, e a Súmula nº 331 do TST, a qual, no entanto, não tem o efeito vinculante ou obrigatório pretendido pela reclamante. Com efeito, a referida súmula editada por esta Corte só tem eficácia persuasiva, sendo destituída dos efeitos coercitivos e obrigatórios inerentes apenas aos enunciados de súmulas vinculantes ou aos outros precedentes obrigatórios previstos nos incisos III e IV do artigo 988 do CPC/2015 e nos incisos I e II do artigo 15 da Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual cuida de delimitar precisamente quais são os precedentes com efeitos obrigatórios na Justiça do Trabalho. Essa Instrução Normativa, no seu artigo 15, inciso II, explicita que, "para os fins do art.

Data de Julgamento: 08-11-2017; Rcl-11402-63_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 13-11-2017; Rcl-10753-98_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 13-11-2017; Rcl-1000043-02_2017_5_00_0000 Data de Julgamento: 06-11-2017; Rcl-1000034-40_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 06-11-2017; Rcl-1000211-04_2017_5_00_0000 Data de Julgamento: 06-11-2017; Rcl-12352-09_2016_5_00_0000, Data de Julgamento: 13-12-2017; Rcl-1000100-83_2018_5_00_0000, Data de Julgamento: 08-06-2018.

¹⁵ Rcl-7301-80_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 20-06-2017; Rcl-603-93_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 07-08-2017; Rcl-1000034-40_2017_5_00_0000, Data de Julgamento: 06-11-2017; Rcl-1000211-04_2017_5_00_0000 Data de Julgamento: 06-11-2017; e Rcl-1000100-83_2018_5_00_0000, Data de Julgamento: 08-06-2018

489, § 1º, incisos V e VI do CPC, considerar-se-ão unicamente os precedentes referidos no item anterior, súmulas do Supremo Tribunal Federal, orientação jurisprudencial e súmula do Tribunal Superior do Trabalho, súmula de Tribunal Regional do Trabalho não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do TST, *que contenham explícita referência aos fundamentos determinantes da decisão (ratio decidendi)*" (grifos no original).

Ao decidir a Reclamação nº 1000034-40.2017.5.00.0000 [Data de Julgamento: 06/11/2017], a Corte proferiu o mesmo entendimento, *in verbis*,

É incabível a Reclamação proposta com o objetivo de preservar, *in abstracto*, a autoridade de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. O instituto somente deve ser manejado com vistas à preservação da autoridade das decisões do Tribunal proferidas no âmbito do mesmo caso concreto, não podendo ser utilizado com vistas à proteção *abstracta* da jurisprudência da Corte. Julgados do Eg. Superior Tribunal de Justiça.

No Acórdão da Reclamação 1000211-04.2017.5.00.0000 [Data de Julgamento: 06/11/2017], em que alegava-se afronta a enunciado de Orientação Jurisprudencial, também a Corte extinguiu o processo sem resolução de mérito, por estar ausente hipótese de cabimento para o manejo da Reclamação Constitucional.

Por fim, no Acórdão proferido em sede da Reclamação nº 1000100-83.2018.5.00.0000 [Data de Julgamento: 07/06/2018], a Corte entendeu que:

O artigo 988, II, do CPC, ao determinar que caberá Reclamação para garantir a autoridade das decisões do Tribunal, tão somente admite a referida Reclamação para garantir a autoridade de decisão proferida em processo prévio da mesma relação jurídico-processual. Não permite, assim, que a parte se utilize da Reclamação, com base em julgado cuja relação jurídico-processual ela não atuou, para obter a reforma da decisão que não lhe é favorável. Precedentes desta c. Corte e do e. STF. Agravo Regimental que se conhece e a que se nega provimento.

Desse modo, compreende a Corte que não há base legal para se ingressar com a reclamação pela afronta a enunciado de súmula, pois não compreende que tal afronta violaria a autoridade das decisões do Tribunal, que ensejaria na possibilidade de ingresso da Reclamação, com fulcro no art. 988, II, do CPC/2015.

Análise da hipótese principal: reflexos da mudança do sistema de criação de súmulas no Instituto da Reclamação Constitucional

Ante todo o exposto, analisaremos a hipótese do presente trabalho, de que os obstáculos estabelecidos à edição de novas súmulas, quase que impossibilitando que novas súmulas sejam criadas pelo TST, provocaria, automaticamente, um reflexo, no sentido de restrição, ao acesso da Corte de Cúpula Laboral.

No presente estágio de desenvolvimento do direito, sobretudo no direito brasileiro, há uma mudança de paradigma jurídico que deve ser considerados, qual seja, a aproximação entre os sistemas anglo-saxônico e romano-germânico. Nas lições de Schiavi (2017, p. 61),

Indiscutivelmente, existe uma tendência contemporânea de aproximação entre os sistemas da common law e civil law, considerando-se a força criativa do direito pelos Tribunais Superiores, que são as Cortes encarregadas de dar a palavra final sobre a interpretação da lei, e aplicar o resultado da interpretação para casos idênticos, como forma de racionalizar a atividade dos Tribunais, e impulsionar a aplicação isonômica da norma para todos que estão na mesma situação jurídica.

Nesse sentido, além da igualdade nas decisões e a segurança jurídica, percebe-se que a atividade criadora dos Tribunais repercute também como um importante fator para a concreção da justiça, porquanto:

a justiça se revela enquanto resultado de valorações racionais transcendentais ao direito positivo. E [...] a atividade interpretativa desenvolvida no processo judicial é concebida no contexto da reconstrução do direito positivo pelos intérpretes (MADUREIRA, 2009, p. 205).

Assim, identifica-se que essa mudança tem fulcro nas questões que foram traçadas em caráter introdutório, no presente estudo; posto que, nas palavras de Hermes Zaneti Jr.,

A natureza das mudanças decorrentes do pós-positivismo (constitucionalização e principalização dos direitos) e a conformação atual do direito no nosso ordenamento jurídico (súmulas vinculantes, decisões com efeito vinculante e jurisprudência dominante dos tribunais) [...] revelam uma insofismável realidade: *a jurisprudência é fonte primária no direito contemporâneo brasileiro* (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 233).

Destarte, o sistema jurídico brasileiro caminha no sentido de fortalecimento dos precedente; e nesse sentido, as súmulas, enquanto sínteses de um entendimento pacificado, ganha elevada importância.

Considerando o entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues (2017, p. 230),

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 torna-se-ia o poder judiciário numa loteria inaceitável de sentidos múltiplos insuflado se por um panprincipalismo em nome da tutela dos direitos fundamentais despejados em decisões contraditórias pelo Brasil afora.

É coerente se extrair a necessidade de observância do entendimento sumulado, se realmente se leva a sério as medidas de fortalecimento das medidas pacificação do entendimento do direito e na atividade criadora de normas dos Tribunais.

Assim, temos a seguinte situação, de uma lado, por admitirmos que a afronta à enunciado sumulado está incluído no cabimento da reclamação para garantir a autoridade das decisões da Corte e, por conseguinte, a inviabilização da edição de novas súmulas irá reduzir a possibilidade de acesso ao TST; pela análise jurisprudencial do Tribunal, que não admite reclamação para garantir enunciados de súmulas, não haveria uma restrição de acesso à Corte de Cúpula Trabalhista, já que não admite o ingresso da reclamação para garantir o entendimento sumulado das próprias súmulas já estabelecidas.

Percebemos, portanto, que admitir a Reclamação Constitucional para a garantia de enunciado das súmulas, é premissa basilar para que seja considerada válida a hipótese de que a restrição à edição de súmulas, a partir da reforma trabalhista, causará reflexos no acesso ao TST pela Reclamação. Caso se entenda, assim como faz o Tribunal Superior do Trabalho, que não cabe Reclamação para garantir-se a devida aplicação de enunciados de súmulas, por não terem caráter vinculante, não há que se falar em qualquer reflexo da alteração introduzida pela Reforma Trabalhista na seara do instituto em análise.

Desta feita, adotando-se as premissas, se é cabível ou não a Reclamação contra decisão que afronta enunciado sumulado pelo TST, chega-se ao resultado a ela correspondente.

Notas conclusivas

Verificamos a importância da constitucionalização do direito para a garantia de direitos fundamentais.

Discorremos sobre o instituto da Reclamação Constitucional, cuja natureza jurídica é de verdadeira ação, com hipóteses de cabimento limitada, que teve origem a partir da teoria dos poderes implícitos.

Compreendemos que, em relação à hipótese de cabimento da Reclamação para garantir a autoridade das decisões dos Tribunais, devemos incluir a afronta aos enunciados sumulados.

Concluimos que a atividade interpretativa do juiz deve ser percebida como atividade criadora de normas jurídica; não sendo uma atividade de apenas interpretação literal de enunciados prescritivos presentes no ordenamento, mas de verdadeiro labor de construção de normas.

Verificamos que o sistema jurídico nacional caminha no sentido de fortalecimento dos precedentes e das decisões dos Tribunais e, nesse sentido, a Reclamação exerce importante papel, para a garantia da competência e autoridade das decisões das Cortes.

Entendemos que o sistema de edição de súmulas, alterado pela reforma trabalhista, além de inconstitucional, vai de encontro ao caminho do sistema jurídico como um todo, tendo em vista que pode-se está querendo regressar-se ao juiz como boca da lei.

Entendemos, ainda, pela análise jurisprudencial do TST, que tal corte não admite a Reclamação para garantir enunciado de súmulas, por entender que os enunciados de súmula não tem caráter vinculante.

Por fim, concluímos que dependendo da premissa adotada, se de cabimento ou não da Reclamação para garantir a autoridade do Tribunal quanto aos posicionamentos simulados, ter-se-á a conclusão se haverá reflexo no instituto da Reclamação pelas alterações efetuadas pela Lei da Reforma Trabalhista nos requisitos para criação de novas súmulas.

Referências

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.467, de 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.
- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método. 2017.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo : LTr, 2017.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Curso de direito internacional público. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 3.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito processual do trabalho. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. Direito Constitucional: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo: LTr, 2001.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. Saraiva, 2017.
- MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. In: Revista de Processo. v. 238/2014, p. 413-434. Dez/2014. DTR, 2014, 19821.

- MADUREIRA, Claudio Penedo. Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. Dissertação (mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. In. DIREITO PÚBLICO, Nº 12 – Abr - Maio - Jun /2006. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/519/Direito%20Publico%20n122006_Gilmar%20Ferreira%20Mendes.pdf;sequence=1>. Acesso em: 31 mar. 2018.
- NEUMANN, Saarbrücken Ulfried. La teoría de la ciencia jurídica. Trad. María José Farinãs Dulce. In. MORCHÓN, Gregorio Robles. El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid: Editorial Debate, 1992.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. São Paulo : LTr Editora, 2017.
- SILVA, Tatiana Mareto. O constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no brasil: uma análise da evolução do papel do poder judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. In. Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/p9j98k25/8LFI2r64CVD8DSqU.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2018.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Instrução normativa n. 39/2016, do TST : a agonia?. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 6, n. 55, p. 7-15, out./nov. 2016. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/100258>>. Acesso em: 31 mar. 2018.
- XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Reclamação Constitucional e Precedentes Judiciais. 2015, 159 f. Dissertação apresentada á Universidade Federal do Paraná como requisito parcial á obtenção do título de Mestre em Direito. Paraná, 2015. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39151/R%20-%20D%20-%20CARLOS%20EDUARDO%20RANGEL%20XAVIER.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 01 abr. 2018.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

Breve ensaio sobre o tratamento adequado de conflitos no direito sucessório

Renan Sena Silva¹

Resumo: Diversos diplomas normativos foram responsáveis por consolidar o sistema de Justiça Multiportas no cenário brasileiro. Desse modo, no presente trabalho, tendo-se como base teórica as modernas teorias sobre o conflito e o sistema de Justiça Multiportas, recentemente consolidado no Ordenamento Jurídico Brasileiro, investigar-se-á as suas influências no tratamento dos conflitos sucessórios.

Palavras-chave: Tratamentos adequados de conflitos; Procedimento especial; Teoria do conflito; Postura dos atores processuais; Conflitos no direito sucessório.

Introdução

O tema da Justiça Multiportas, também denominado de Tribunal Multiportas, está sendo analisado pela doutrina brasileira, especialmente no contexto de sua incorporação pelo Código de Processo Civil de 2015 [CPC/2015].

Nesse cenário é imprescindível mencionar que não é correto o pensamento de que as necessárias mudanças de mentalidade e postura dos atores processuais, sob a lógica do sistema de justiça multiportas tem marco inicial com promulgação do CPC/2015 e que se confundem, simplesmente, com audiências de mediação ou conciliação e o incentivo à autocomposição para que seja diminuído o número de processos em trâmite nas varas judiciais.

Sobre o primeiro ponto elencado, deve-se esclarecer que a lógica do sistema de justiça multiportas é anterior à promulgação do Código de Processo Civil de 2015. Não se nega a sua importância para a consolidação da nova mentalidade e postura a ser adotada pelos atores processuais e pelas pessoas em disputa, mas outros diplomas normativos não podem ser olvidados.

Acerca do segundo ponto, é necessária a percepção de que a lógica de tratamento das controvérsias pelo mecanismo adequado não visa: (a) simplesmente diminuir processos na jurisdição estatal, mas sim o tratamento dos conflitos de modo adequado; (b) tampouco se trata somente de mediação ou conciliação, mas dos diversos mecanismos e portas abertas, seja de ordem autocompositiva ou heterocompositiva, que se destine a tratar adequadamente a divergência.

¹ Graduando em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: rensenasilva@gmail.com.

Desse modo, no presente trabalho, tendo-se como base teórica as modernas teorias sobre o conflito e o sistema de Justiça Multiportas, recentemente consolidado no Ordenamento Jurídico Brasileiro, investigar-se-á as suas influências no tratamento dos conflitos sucessórios, analisando-se as portas abertas para tratá-los.

Breve conceito e origem do sistema de Justiça Multiportas

O conceito de *Multi-Door Courthouse* - ora traduzido como Justiça Multiportas, ora como Tribunal Multiportas² - foi desenvolvido por Frank Sander. O termo remonta o ano de 1976, tendo a American Bar Association (ABA) desenvolvido um papel substancial para sua divulgação, uma vez que o nome original que seu idealizador tinha proposto era "centro abrangente de justiça" (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 36; ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 32; CASTRO; CARNEIRO, 2017, p. 378).

Sobre o conceito desenvolvido, Frank Sander, em entrevista registrada por Hernandez Crespo, afirma:

[...] seja qual for o nome dado. A ideia inicial é examinar as diferentes formas de resolução de conflitos: mediação, arbitragem, negociação e "med-arb" (combinação de mediação e arbitragem). Procurei observar cada um dos diferentes processos, para ver se poderíamos encontrar algum tipo de taxonomia para aplicar aos conflitos, e que portas seriam adequadas a quais conflitos (ALMEIDA; ALMEIDA; CRESPO, 2012, p. 32).

Podemos observar, nesse contexto, que encontrar o mecanismo adequado é deveras importante e que fora justamente essa a ideia inicial do seu desenvolvedor, de modo que o princípio da adequação destaca-se como essencial para a resolução ou transformação do conflito, estando, portanto, no cerne da Justiça Multiportas. Almeja-se que as divergências sejam resolvidas ou transformadas de forma adequada, tempestiva e efetiva.³

Destaca-se, portanto, que diante de um conflito intersubjetivo a ser tratado, as múltiplas oportunidades que se apresentam para o tratamento das disputas devem ser analisadas, escolhendo-se a via mais adequada, um dos motivos pelo qual não se mostra apropriado a utilização do termo "alternativos" ao se referir aos diversos mecanismos de tratamentos de divergências (MAZZEI; CHAGAS, 2016, p. 69).

Tendo em vista a multiplicidade de mecanismos, é válido mencionar as lições de Helio Antunes Carlos (2017, p. 52), o qual afirma que:

² Adota-se, neste trabalho, a expressão "justiça multiportas" como uma tradução ao conceito "Multi-Door Courthouse", por entendê-la como mais adequada e na esteira de outros autores. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, Hermes, 2016, p. 35-66; DE LORENCI; SILVA; DUTRA, 2017, p. 530-544; CARLOS, 2017, p. 530-544).

³ Verifica-se que "A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela" (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 37).

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

Destarte, a observância às diversas possibilidades de tratamentos dos conflitos não visa a simples diminuição de processos jurisdicionais estatais, ainda que seja evidente o abarrotamento de demandas no Poder Judiciário.⁴ Trata-se de oportunizar às partes um adequado tratamento e não de simplesmente resolver um problema estrutural do Judiciário.

Segundo Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr (2016, p. 36), “Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio, extrema ratio*” [grifo presente no original]. De modo semelhante dispõe Antônio Hélio Silva (2008, p. 18), ao prescrever que a:

[...] nova ordem econômica está a exigir ‘alternativas novas’ para a solução de controvérsias, de tal modo que a justiça pública não deveria servir de embaraço à livre circulação dos bens, serviços e mercadorias, devendo atuar somente em último caso e, antes de decidir, buscar a conciliação, pois o litígio poderia deixar seqüelas e, conseqüentemente, inviabilizar ou dificultar negócios futuros.

Para além dos conflitos econômicos, os de ordem familiar e as relações de vizinhança, por exemplo, também podem ser prejudicadas pela atuação autoritária do Estado-Juiz intervindo na divergência, tendo em vista, inclusive, que a sua atuação se dá em caráter de subsunção (do fato à norma) e que há uma cisão dos fatos e do conflito, o qual é levado ao Poder Judiciário pela petição inicial e contraposto pela resposta do réu.

Diante do que foi brevemente exposto, será apresentado sucintamente os diplomas normativos brasileiros, que a partir da Constituição de 1988 são responsáveis por consolidar o Sistema de Justiça Multiportas no contexto brasileiro.

Justiça Multiportas: da CRFB de 1988 ao Provimento N° 67/2018

O tema da Justiça Multiportas ganhou maior destaque a partir da tramitação e posterior aprovação da Lei nº 13.105/2015, responsável por instituir o Código de Processo Civil [CPC/2015]. Entretanto, para se atingir o objetivo do presente trabalho, já mencionado em tópico anterior, o marco inicial adotado, para analisar as diversas opções de mecanismos e a lógica que deve imperar sobre os tratamentos de conflitos, se desloca para a Carta Magna brasileira.⁵

⁴ Afirmação de fácil verificação, bastando que se apresentem os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura” (BRASIL, 2017, p. 67).

⁵ Rodrigo Mazzei, ao tratar sobre a importância de se interpretar o Direito Processual à luz da Constituição,

O fenômeno da constitucionalização do direito abrange o ordenamento jurídico como um todo,⁶ uma vez que os diplomas infraconstitucionais devem ser interpretados à luz dos vetores constitucionais (ADIERS, 2008, p. 52). Desse modo, a análise de qualquer enunciado jurídico-normativo não poderá ser efetuada alheia das premissas da Lei Maior. Assim, não é diferente quando se analisa o Direito Sucessório e os mecanismos de tratamento das controvérsias. Motivo, pelo qual, adota-se como ponto de partida a Constituição de 1988.

A Ordem Constitucional Brasileira vigente, inaugurada a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dita que o Brasil em suas relações internacionais rege-se pelo princípio da “solução pacífica dos conflitos” [CRFB, art. 4º, inciso VII], dentre outros princípios. Verifica-se que, sendo objetivo fundamental da República Brasileira, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” [CRFB, art. 3º, inciso I], a busca pela “solução pacífica dos conflitos”, deve ser uma prioridade também no âmbito das divergências interpessoais que se configuram dentro do território nacional.

A erradicação dos conflitos não é uma possibilidade, por ser imanente ao ser humano, o qual, por sua humanidade, enfrenta conflitos subjetivos [pessoais], bem como conflitos que envolvem dois ou mais indivíduos [interpessoais]. Assim, adotando-se a perspectiva de que “O conflito em si não é o problema. O problema é a forma de lidar com o conflito” (SILVA, 2008, p. 19-20), compreende-se a importância das divergências serem adequadamente tratadas.

A Carta Magna, como já salientado, determina que os conflitos devem ser pacificamente solucionados. Destarte, a CRFB/1988 é o marco inicial em que se encontra o substrato para a mudança de mentalidade e postura dos atores processuais, os quais não devem enxergar os processos judiciais e tampouco os mecanismos extrajudiciais como um “palco de guerra”, um ambiente que se preste a acentuar ainda mais as disputas, verifica-se a necessidade de uma adequação ao modelo processual cooperativo, o qual é identificado, por Fredie Didier Jr. (2011, p. 2013), como o “mais adequado para uma democracia”.

Considerando, ainda, que a Lei Maior foi responsável por estabelecer um Estado Democrático de Direito, após um período ditatorial, inseridos no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, dois dispositivos são de suma importância para o tema a ser tratado no presente trabalho, o inciso XXXV, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e o inciso LV, responsável por enunciar que “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”.

seja considerando o CPC/73 à época vigente, ou o CPC/2015, próximo de ser aprovado, afirma que: “Sem a exata dimensão da necessidade de vinculação do direito processual a um verdadeiro ao modelo democrático introduzido pela Constituição de 1988, o espaço para a manutenção do caótico e ultrapassado quadro estará aberto”. (MAZZEI, 2014, p. 204).

⁶ Segundo Miguel Calmon Dantas, “Como se verifica do ambiente constitucional alemão, o direito constitucional pós-segunda guerra mundial caracteriza-se pela extensão de seu campo material, dando origem ao processo de constitucionalização do direito, perdendo o direito privado a sua posição de referencial normativo do sistema jurídico e passando, também ele, a sofrer os influxos das normas constitucionais”. (DANTAS, 2007, p. 374).

Do art. 5º, inciso XXXV, defluem, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e um dos fundamentos do Acesso à Justiça.⁷ Sobre o inciso LV, verifica-se a base constitucional para o princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo que o contraditório deve ser identificado como o “‘valor-fonte’ do processo constitucional” (ZANETI JR, 2014, p. 180-182). Ambos os incisos estão elevados a uma condição de cláusula pétrea do ordenamento jurídico.⁸

Em um salto histórico, chega-se a Lei Complementar nº 80/1994, Lei Orgânica da Defensoria Pública, a qual em redação original prescreveu que, dentre outras funções, incumbia ao órgão “promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses” [art. 4º, I]; e, pela nova redação conferida ao art. 4º pela Lei Complementar nº 132/2009, prescreve-se que incumbe à Defensoria Pública, “promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos”.

Nota-se que tornou-se ainda mais notória a necessidade do órgão atentar para outros mecanismos de resolução de conflitos que não o adjudicatário estatal, não apenas ampliando-se o rol de técnicas e mecanismos, mas também conferindo *status* de prioridade. Frederico Rodrigues Viana de Lima identifica que nas possibilidades de atuação extrajudicial do órgão, as partes ao poderem efetuar consultas jurídicas, passando-se a conhecerem e compreenderem as cláusulas de um contrato, a título exemplificativo, evitará a violação à direitos, cumprindo-se, então, uma papel inibidor de conflito. Para além, aduz que

a função da Defensoria Pública não é a de buscar tresloucadamente a composição extrajudicial dos conflitos. Busca-se, antes de tudo, auxiliar o assistido, eliminando as desigualdades jurídicas a que ele está submetido. Se a resolução extrajudicial do litígio se mostrar como a melhor alternativa, a Defensoria Pública estimulará a sua realização. Em situações opostas, evitará que ela se concretize (LIMA, 2010, p. 180-181).

O Código de Ética e Disciplina da OAB publicado em 1995, por sua vez, determinou ser um dever ético do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” [Art. 2ª, parágrafo único, VI] . O Novo Código de Ética e Disciplina, aprovado vinte anos após, é ainda mais abrangente, determinando o dever do profissional em “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” [Art. 2ª, parágrafo único, VI].

Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais, enuncia no art. 2º que, em seu âmbito, “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade,

⁷ Seguindo-se as lições de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (2007, p. 374), verifica-se que: “A Constituição utilizou no enunciado do art. 5º, XXXV uma oração negativa (‘a lei não excluirá’...) para estabelecer o direito de acesso à justiça, diferentemente da técnica redacional adotada na Constituição de outros países, [...], cujos textos proclamam, de modo afirmativo, a existência de um direito de acesso aos tribunais, ou à tutela judicial”.

⁸ Quadra salientar, conforme adverte Miguel Calmon Dantas, que “ao se sustentar a existência da constitucionalização do processo, não se está reconduzindo a sua configuração apenas à previsão explícita em texto constitucional de garantias ou princípios tópicos de processo” (DANTAS, 2007, p. 388).

informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Outro diploma a que é devido que se mencione é a Lei nº 9.307/1996, conhecida como Lei de Arbitragem. Superados os questionamentos levantados acerca de sua constitucionalidade, pela atuação do Supremo Tribunal Federal (GAJARDONI, 2008, p. 189), é responsável por disciplinar o principal mecanismo heterocompositivo extrajudicial e, nas palavras de De Lorenci, Silva e Dutra (2017, p. 537),

a arbitragem apresenta-se como uma oportunidade adequada, célere e eficaz de obter uma decisão de mérito diante de uma crise jurídica de certeza. O instituto é aplicável tanto às lides privadas quanto entre Estados; e viável tanto entre compatriotas quanto entre litigantes internacionais.

A Resolução Nº 125/2010 do CNJ, é um dos principais diplomas normativos, quando se trata de considerar a Justiça Multiportas como uma política pública. O art. 1º estabelece: “Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. Em 2016, pela emenda nº 2, houve a alteração de alguns dispositivos e a inclusão de outros, compatibilizando-se melhor com o CPC/2015 e a Lei de Mediação.

O CPC/2015, principal diploma processual e o único, atualmente, que fora elaborado pós Constituição de 1988, em diversas normas consagrou a lógica da Justiça Multiportas. Verifica-se, por diversos dispositivos do CPC/2015, a adoção do sistema multiportas. Dentre eles destaca-se o art. 3º, pelo qual verifica-se: (i) o caráter jurisdicional da arbitragem; (ii) o dever do Estado, nos casos que tenha possibilidade, de promover a autocomposição das partes; e (iii) o dever dos atores de estimularem os tratamentos autocompositivos.⁹

Quadra salientar, que a primazia da autocomposição, ainda que no curso do processo heterocompositivo estatal, guarda coerência com a almejada mudança de paradigma; a “[...] direção da substituição da ‘cultura da sentença’ pela ‘cultura da pacificação’, como forma de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, humanizando-a” (MENDES; HARTMANN, 2016, p. 111). Humanizar a prestação jurisdicional é colocar no centro o elemento mais importante, a pessoa humana, o qual não pode ser olvidado pelos responsáveis pela aplicação do direito ao caso concreto (BRASIL, 2018, p. 57), [em um contexto adjudicatório] e tão pouco em um tratamento consensual da disputa,

Sobre o §3º, do art. 3º, o qual prescreve que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados [...] inclusive no curso do processo judicial”; menciona-se o que enunciam De Lorenci, Silva e Dutra (2017, p. 533), ao refletirem sobre o sistema multiportas,

⁹ CPC/2015, Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

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

Após três meses da promulgação do CPC/2015, foi promulgada a Lei nº 13.140 de 2015, Lei de Mediação, que, como enuncia o seu art. 1º, *caput*, “[...] dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

O último diploma a ser aqui mencionado é o Provimento 67/2018 do CNJ, o qual dispõe “sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil” [art. 1º], autorizando-se os cartórios a promover mecanismos autocompositivos de tratamentos de conflitos. Abrindo-se mais uma porta aos contendedores, tratem o conflito.

Verifica-se, assim, diversos diplomas normativos que contribuíram para a atual configuração dos mecanismos de tratamentos de conflitos no sistema brasileiro. Desse modo, deve resultar em uma necessária mudança de mentalidade e postura dos atores processuais, os quais, diante dessa inegável realidade, deverão atuar em cooperação e priorizando, sempre que possível, a resolução consensual dos conflitos.

Tendo em vista tais análises, será abordado a seguir a disciplina do Direito Sucessório Brasileiro, pelos principais diplomas normativos.

A disciplina do direito sucessório pela CRFB/88, pelo Código Civil de 2002 e pelo Código Processual Civil de 2015

O Direito Sucessório se encontra disciplinado pela Constituição de 1988, no que se refere ao fenômeno da constitucionalização, pelo Código de Civil de 2002 [CC/2002] e pelo CPC/2015. São esses três diplomas que juntos fornecem toda a base para toda a sistemática da sucessão *causa mortis* no direito brasileiro.

A herança é constitucionalmente garantida [Art. 5º, XXX], como um direito fundamental. Pode-se afirmar, que está decorre do direito fundamental de propriedade, que também alcança *status* de ser garantida pela constituição [art. 5º, XXII] (MARTINS-COSTA, 2011, p. 80).

Com a morte da pessoa natural, os bens e direitos dos quais é titular transmitem-se aos seus sucessores, entretanto, “[...] para se obter segurança jurídica, a transmitância das relações jurídicas decorrentes da morte de uma pessoa natural deve obedecer ao procedimento de inventário e partilha previsto no CPC” (DELFINO; MALTA, 2016, p. 32-33). É imperioso que se perceba, desse modo, que sendo de grande relevância social, tutela-se por normas jurídicas o fenômeno sucessório.

A regulação jurídica se estabelece principalmente em dois diplomas normativos, a saber, o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015. Oportunamente, resta esclarecer, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 137), que:

Uma vez, porém, que a ordem constitucional tenha unificado, como se dá na atual Carta Magna brasileira, a competência para legislar sobre direito privado e direito processual, é de todo irrelevante o fato de uma norma rotulada de lei civil conter algum preceito de natureza processual, ou um Código de processo civil incluir em seu texto alguma regra própria da lei material civil.

Ademais, especificamente sobre a matéria sucessória, Tartuce e Mazzei (2015, p. 111) aduzem:

é de se notar que situação legais afetas ao inventário e à partilha sofrem, muitas vezes, um duplo influxo, recebendo regulação tanto do direito material quanto do direito processual. Não é à toa, portanto, que as regras sobre inventário e a partilha estão previstas tanto no corpo do Código Civil como no ventre do Código de Processo Civil de 1973, sendo a medida repetida no novo CPC (artigos 610 a 673).

Destarte, o CC/2002 e CPC/2015 se inter-relacionam para estabelecer as regras de direito material e as regras de direito processual em matéria sucessória, tendo em vista que em ambos os diplomas estão presentes normas de cunho eminentemente material e processual. Uma simples observação é capaz de confirmar tal afirmação, uma vez que no CC/2002 encontra-se o título intitulado de “Do Inventário e da Partilha” [arts. 1.991 a 2.027] e no CPC/2015 regula-se, em um capítulo, o “Inventário e Partilha” [art. 610 a 673].

Fixadas tais premissas, analisar-se-á os mecanismos de solução de conflitos no que tange ao fenômeno sucessório.

Mecanismos de tratamento de disputas no âmbito sucessório

Conforme já mencionado, torna-se imperioso o tratamento adequado aos conflito e, assim, o acesso à porta mais adequada deve ser priorizada. No direito sucessório da-se de maneira idêntica, deve-se priorizar a via adequada para a resolução dos conflitos de interesse.

Uma peculiaridade do Direito Sucessório é que há, por suas próprias normas jurídicas, a presunção da existência de conflitos intersubjetivos a serem tratados. Entretanto, não necessariamente haverá pessoas em disputas, por estar configurado a presença de conflitos de interesses. Existem procedimentos a serem seguidos para a realização do inventário e da partilha, em caso de saldo positivo, dos bens do autor da herança, mas não necessariamente tal partilha é conflituosa.

Desse modo, é necessário que se compreenda para escolha do mecanismo adequado, quando diante de um caso concreto, (i) quais são os tipos de conflito que estão envolvidos, (ii) quais tipos de posições e de interesses e (iii) quais são as partes em disputa; tendo em vista a multiplicidade de possibilidades que podem existir em matéria sucessória.¹⁰

¹⁰ Sobre a escolha dos mecanismos, vale mencionar o entendimento de José Renato Nalini (2017, p. 31), o qual propõe que o interessado em resolver alguma controvérsia deve levar em consideração, antes de

A título exemplificativo, é possível haver um inventário em que o autor da herança apenas deixou como herdeiro o companheiro(a), não havendo qualquer dívida e, ainda, existindo uma relação clara e precisa dos bens a possuía a titularidade. Por outro lado é possível existir um inventário (i) com diversas pessoas que figuram em diferentes posições, como exemplo, herdeiros testamentários, herdeiros legítimos, cônjuge/companheiro(a), a quem é devida à meação, credores, legatários; cada uma delas com diversas posições e interesses; (ii) com diversas dívidas a serem cobradas do espólio; (iii) com pouca clareza dos bens e direitos de que era titular o autor da herança, bem como de suas obrigações.

Assim, verificada a multiplicidade de possibilidades que se apresentam de casos possíveis em matéria sucessória, não há como, *a priori*, determinar qual é a porta adequada para que os eventuais conflitos sejam tratados e possa ocorrer a devida partilha de forma justa, adequada, tempestiva e efetiva.

É imperioso, ainda, mencionar que o inventário pode se proceder de forma extrajudicial ou judicial, sendo que, este último, ainda, pode se dar por arrolamento sumário ou arrolamento comum (CAMBI et al., 2017, p. 1278-1279).

Portanto, para fins deste estudo, analisa-se, brevemente, cada via de tratamento de eventuais conflitos no direito da sucessão *causa mortis*.

Inventário judicial: o contencioso jurisdicional estatal e arbitral

A Justiça Multiportas, como já se demonstrou, não exclui a apreciação do conflito pela jurisdição estatal. Determinadas divergências encontram sua tutela adequada pela via adjudicatória pela atuação do Estado-juiz.¹¹ Assim, não se trata de defender que todos os conflitos podem, necessariamente, ser tratados adequadamente pela autocomposição.¹²

Em matéria sucessória, estão prevista hipóteses nas quais entende-se pela judicialização obrigatória do inventário. Percebe-se que a judicialização será necessária: (i) quando ocorrer divergência entre os herdeiros¹³ (TARTUCE, 2017, p. 351); (ii) quando a sucessão for testamentária; e (iii) diante da presença de interessado incapaz.¹⁴

escolher o método, “[...] os objetivos primordiais, objetivos legais e objetivos pragmáticos [...]”.

¹¹ Sobre tal ponto, quadra mencionar as lições de José Renato Nalini (2017, p. 31), afirmando que “Nem tudo pode ser levado à negociação. Há temas de relevo, cuja complexidade pressupõe servir-se do judiciário, preordenado à solução das grandes causas”; ademais, enuncia “Nunca se pense na redução da relevância do Judiciário” (2016, p. 34).

¹² Um exemplo que se percebe é a Ação de Execução, na qual o patrimônio do devedor, não adimplindo com suas obrigações, poderá sofrer a invasão autoritária do Estado, para que seja cumprido o seu dever em face do exequente. Ainda que a autocomposição seja possível, com o reconhecimento do pedido e o adimplemento da obrigação, nem sempre ocorre, de modo que será devida a imposição da atuação cogente do Estado-juiz. Ademais, considerando que o presente trabalho tem com foco o direito sucessório *causa mortis*, há que se recordar que o espólio e os herdeiros, em tal ação, podem figurar tanto no polo ativo, quanto no polo passivo (SILVEIRA, 2004).

¹³ Uma vez que, um dos requisitos para que o inventário proceda por via extrajudicial, é que os herdeiros sejam concordes, consoante previsão do §1º do art. 610 do CPC/2015.

¹⁴ A previsão expressa se encontra no *caput* do art. 610 do CPC/2015, *in verbis*, “Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial”.

Entende-se que o legislador, nesses casos, *a priori* considera que a via adequada de tratamento é a jurisdição estatal. Entretanto, trata-se de procedimento complexo e que muitas vezes não consegue abarcar todas as peculiaridades do mundo contemporâneo.¹⁵ Nesses dois casos resta evidente o interesse de que o Estado-Juiz decida o caso, atuando na composição do conflito de forma adjudicatória.

Entretanto, é questionável, a possibilidade, ou não, de ser utilizado a via arbitral, nos casos da presença de testamento, uma vez que a arbitragem constitui uma atividade jurisdicional, tal qual a estatal, e culmina com a prolação de uma uma sentença (DE LORENZI; SILVA; DUTRA, 2016, p. 538-540). Ressalta-se, desde logo, que em relação a hipótese da presença de incapaz, não seria possível tal via, visto que encontram-se, como óbices, a própria incapacidade do agente.

Por derradeiro, deve-se mencionar que há três regras, a serem consideradas na partilha judicial: (i) "máxima igualdade possível na divisão, seja quanto ao valor, seja quanto à natureza e à qualidade dos bens"; (ii) "prevenção de litígios futuros, seguindo a linha de diminuição de conflitos adotada pela nova norma instrumental (cultura de paz)"; e (iii) "máxima comodidade dos coerdeiros, do cônjuge ou do companheiro" (TARTUCE, 2016, p. 352-353).

Inventário extrajudicial

Há casos em que não há conflito de interesses entre os sucessores ou os conflitos poderão ser tratados por vias autocompositivas. Dentre tantos mecanismos deve ser escolhido o mais adequado ao tratamento do conflito. Assim, em determinados casos deve ser tratado pela mediação, conciliação, negociação direta ou por práticas colaborativas.

Nesses casos, é imprescindível ter em mente as disposições dos parágrafos §§1º e 2º do art. 610, que assim dispõe:

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Portanto, em casos de conflitos sucessórios, no que tange à realização do inventário e da partilha extrajudicial, os mecanismos autocompositivos devem visar a concordância de todos os interessados quanto a partilha dos bens. Sem se excluir, nos mecanismos que lhe possibilite, o tratamento de eventuais controvérsias, por exemplo, de cunho familiar, uma vez

¹⁵ Ante tal afirmativa, é válido mencionar a constatação de que "[...] apesar do rótulo de celeridade que carrega, o novo CPC não alterou substancialmente o procedimento sucessório, se analisado em face do CPC ainda vigente. De todo modo, é importante destacar, desde já, que a ideia basilar de simplicidade e efetivação da prestação jurisdicional encampada também se faz presente naquilo que toca ao procedimento de inventário e partilha [...]" (DELFINO; MALTA, 2016, p. 32).

que, pode ser momento de afloração de sentimentos e conflitos, diante do falecimento do autor da herança, como percepções enviesadas por parte dos sucessores.

Pode-se, afirmar, portanto, que para proceder-se o inventário e a partilha de modo extrajudicial, é imprescindível, a concordância dos herdeiros: (i) para a utilização de mecanismo extrajudicial, visto que os mecanismos autocompositivos tem como um de seus princípios a autonomia da vontade¹⁶; e (ii) a concordância de todos quanto à partilha dos bens. Ou seja, concordância quanto ao meio (mecanismo utilizado) e concordância quanto ao resultado (distribuição dos bens entre os sucessores).

Nesse íterim, é válido lembrar a possibilidade conferida pelo Provimento 67/2018 do CNJ, de que os cartórios promovam mecanismos autocompositivos de conflitos e que lá mesmo seja realizada a escritura pública para fins de partilha e registro dos bens que incumbiu a seus sucessores.

Ressalta-se, ainda, que o inventário extrajudicial poderá ser promovido, mesmo havendo testamento,

i) se houver expressa autorização do juízo sucessório competente, emitida nos autos do procedimento de abertura e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados concordes; ii) nos casos de testamento revogado ou caduco, ou quando houver decisão judicial, com trânsito em julgado, declarando a invalidade do testamento, observadas a capacidade e a concordância dos herdeiros (CAMBI et at., 2017, p. 1278-1279).

Renúncia no Direito Sucessório: uma forma de autocomposição

Neste trabalho, o último mecanismo a ser analisado para tratamento de conflitos, em matéria sucessória, é a renúncia. Quadra esclarecer, desde logo, que os mecanismos autocompositivos comportam a classificação em unilaterais e em bilaterais, sendo que, no primeiro são incluídos a renúncia, a desistência e o reconhecimento do pedido; e no segundo, a seu turno, incluem-se a negociação, a mediação e a conciliação (TARTUCE, 2015, p. 35-55).

A renúncia é matéria que interessa ao direito material e processual, visto que se enquadra nos dois campos. Ou seja, pode se dar tanto no âmbito das relações materiais, quanto no âmbito das relações processuais. Verifica-se, assim, que a renúncia no direito sucessório, está disciplinada, dentre outros dispositivos pelo art. 1.806 do CC/2002, *in verbis*, "A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial"; e pelo art. 618, VI, do CPC/2015, que dispõe expressamente que ao inventariante incumbe "trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído".

A renúncia, em sede de inventário e partilha, pode ser empregada como forma de solução de conflitos, no âmbito sucessório, por aquele que deseja dispor do patrimônio ao

¹⁶ Sobre a mediação, mas aplicável aos diversos mecanismos autocompositivos, Tânia Lobo Muniz (2008, p. 344) afirma que: "Por ser um processo voluntário, implica na existência de pessoas capazes e na convergência de vontades, objetivando pacificar um conflito de interesses havido entre elas pois, entende-se que a solução está no próprio indivíduo, e o melhor caminho para se obter a justiça é através dele mesmo".

qual teria direito; o que pode se dar, por exemplo, para prevenir litígios. Como exemplo, cita-se possibilidade de um dos filhos do *de cujos*, renunciar a herança testamentária, que o genitor lhe tenha deixado,¹⁷ respeitando a legítima, prevenindo conflitos com seus irmãos, que poderiam achar injusto que aquele recebesse maior quinhão, gerando contendas que poderiam gerar embaraço nas relações familiares.

É importante salientar, contudo, que é vedado a renúncia quando em prejuízo de credores (TARTUCE, 2017, p. 64).

Conclusão

Diante do exposto, considerando o atual paradigma para o tratamento das controvérsias, percebe-se que a mentalidade e postura do CPC/73 não é adequada ao tempo e paradigma presente. Segundo Rodrigo Mazzei (2014, p. 61), “[...] não é simplesmente o (novo) corpo legal codificado que mudará as posturas em relação ao direito processual civil”, é necessária a mudança de mentalidade de todos sujeitos, para que as lides sejam tratadas de forma adequada, tempestiva, efetiva e justa.

Em se tratando de conflitos sucessórios, devem ser, sempre que possíveis, priorizados os mecanismos que possibilitem uma partilha amigável, que culmine com a produção de um inventário e partilha extrajudicial.

Ademais, verifica-se que os casos de inventário obrigatório podem ser verdadeiros óbice ao estímulo à consensualização do ordenamento jurídico brasileiro, prescrito por diversos diplomas normativos.

Por fim, ressalta-se que, diante da ampla possibilidade de conflitos, posições, partes, interesses, etc. que podem existir no âmbito dos procedimentos de inventário e partilha, torna-se imperiosos que a decisão, se houver possibilidade de escolha, do mecanismo seja feita a partir da análise de cada caso concreto.

Referências

ADIERS, Moacir. Constitucionalização do Direito Civil: um antigo tema novo. In. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; LONGO, Luís Antônio (Org.). A Constitucionalização do Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 51-78.

¹⁷ Ainda que vedado a renúncia parcial, consoante regra do 1.808 do CC/2002, verifica-se que “a regra da indivisibilidade da aceitação e da renúncia não é absoluta, comportando afastamentos legais” (TARTUCE, 2017, p. 66), sendo que, como uma das hipóteses, verifica-se que “se determinado herdeiro for também sucessor testamentário, poderá ele renunciar à sucessão legítima e aceitar os bens transmitidos por ato de última vontade. Pode, ainda, aceitar os bens a que tem direito por força de lei e renunciar àqueles que compõem o testamento” (TARTUCE, 2017, p. 67).

- ALMEIDA, Rafael Alves de; Almeida, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez (Orgs.) Tribunal Multiportas: investindo no capital Social para maximizar os sistemas de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro, FGV, 2012 Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Mu>>
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 6. ed. Brasília. DF:CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2018, p. 57.
- BRASIL. Conselho Nacional de. Justiça em números 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 30 abr. 2018.
- CAMBI, Eduardo... [et al.]. Curso de processo civil completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- CARLOS, Helio Antunes. A atuação da defensoria no tratamento extrajudicial de conflitos de família: estudo de campo realizado na Defensoria Pública do estado do Espírito Santo no Núcleo de Serra/ES. In. Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2017, p. 530-544. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- CASTRO, Andressa Oliveira Cupertino de Castro; CARNEIRO, Myrna Fernandes. O Tribunal Multiportas e sua consolidação no ordenamento jurídico brasileiro: uma contribuição para a contenção da litigiosidade. In. Acesso a justiça [Recurso eletrônico on-line]; organização CONPEDI. Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão – Florianópolis:CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/v5z5kqti/8Ve0I9d88FliCwvn.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- DANTAS, Miguel Calmon. Direito Fundamental à Processualização. In. DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Org). Constituição e Processo. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 367-436.
- DE LORENCI, Matheus Belei Silva; SILVA, Renan Sena; DUTRA, Vinícius Belo. "Justiça multiportas": a arbitragem como método extrajudicial de solução de litígios no âmbito do Direito Internacional Privado. In. Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2016, p. 530-544. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19863/13282>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- DELFINO, André Menezes; MALTA, Cytia de Oliveira. Inventário e Partilha: um breve estudo sobre a sistemática adotada pelo Novo Código de Processo Civil. In. CIANCI, mirna, Et. Al. (Cord). Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In.: Revista de Processo. v. 198, p. 213, ago./ 2011.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In. ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL,

- Trícia Navarro Xavier. (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v. 9 - Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 9, p. 35-66.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A Arbitragem nos Tribunais Estatais (10 Anos de Jurisprudência). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7, p. 189.
- LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Defensoria Pública. Salvador: Jus Podivm, 2010. Itiportas.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. In: Revista do Advogado, São Paulo, ano 31, nº 112 / Jun. 2011, p. 79-87.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil Brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez. 2014.
- MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis Chagas. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v. 9 - Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1.ed.Salvador: JusPodivm, 2016, v. 9, p. 67-89.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A Audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (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.
- MUNIZ, Tânia Lobo. O advogado no processo de medição. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7, p. 339-361.
- NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça.. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (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.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre o Direito Fundamental à Jurisdição. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (Org.). Constituição e Processo. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 547-573.
- SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7, p. 17-37.
- SILVEIRA, João José Custódio da. A petição inicial no processo de execução. Jus Navigandi (Teresina), v. 8, p. 7, 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4698/a-peticao-inicial-no-processo-de-execucao>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2015.

- TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo. Inventário e Partilha no CPC/15: Pontos de Destaque na Relação Entre os Direitos Material e Processual. In. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. v. 4 - Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Salvador: JusPodivm, 2015.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 6: direito das sucessões. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Novo Código Civil e as Regras Heterotópicas de Natureza Processual. In. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 46, p. 135-160, 2005. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1317/1249>>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

A representação por preposto das ME's e EPP's no polo ativo da relação processual no âmbito do microssistema dos Juizados Especiais e a necessidade de um tratamento isonômico

Ricardo Gueiros Bernardes Dias¹
Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira²

Resumo: O objetivo deste artigo é levar a compreensão de que é necessário dar tratamento isonômico às microempresas (ME's) e empresas de pequeno porte (EPP's) no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis quanto a possibilidade de serem representadas por prepostos para a prática de atos processuais, mormente quanto a participação de audiências, quando estiverem promovendo ações naquele microssistema.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis; ME's e EPP's; Preposto; Isonomia.

Introdução

A Lei n.º 9.099/95 que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais estabelece em seu artigo 9º, §4º que o réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto, com a redação dada pela Lei n.º 12.137/09.

Diante de uma possível interpretação literal do dispositivo legal, o Fórum Nacional de Juizados Especiais editou o Enunciado 141 informando que a microempresa e a empresa de pequeno porte, quando autoras, devem ser representadas, inclusive em audiência, pelo empresário individual ou pelo sócio dirigente.

Sabendo que as ME's e EPP's podem propor ação perante os Juizados Especiais Cíveis verifica-se um possível tratamento discriminatório quando estas pessoas estão no polo ativo da relação jurídica processual.

Pretende-se induzir a compreensão da necessidade de uma interpretação adequada à Constituição. Isto porque não há um direito na Lei e outro na Constituição.

¹ Possi Pós-Doutorado em Direito pela University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela University of California (Hastings)/UGF. Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Pós-graduado em Direito Comparado pela Université de Sorbonne (Paris-Panthéon). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Efetivo da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: ricardogueiros2014@gmail.com.

² Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. Professor da Rede de Ensino DOCTUM. E-mail: diogo.nolasco@gmail.com.

O direito fundamental de acesso à Justiça não pode sofrer restrições, mormente em relação às microempresas e empresas de pequeno porte que já possuem, em razão das suas particularidades, um tratamento diferenciado pela legislação brasileira.

Mostra-se, então, necessária uma profunda reflexão de que a interpretação que tem prevalecido compromete o princípio da isonomia e por isto, necessita urgentemente de uma releitura.

O contexto dos juizados especiais cíveis

A origem do que hoje se conhece, no Brasil, como Juizados Especiais remonta aos estudos do Projeto de Florença, que, sob a direção de Mauro Cappelletti buscava-se criar condições para um acesso à Justiça como maneira de efetivar a garantia dos direitos dos cidadãos.

A justiça é o fundamento do Direito, sendo esse, necessariamente, a condição que torna possível a convivência entre os homens. Esta era a inspiração nos estudos da década de 1970.

Nossa tarefa, neste relatório, será o de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas. Essa abordagem, como se verá vai muito além das anteriores. Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornarem efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de Justiça (CAPPELLETTI, 2002, p. 8).

O autor italiano Mauro Cappelletti trabalha com o conceito de acesso à Justiça em dimensões, sob a forma de três “ondas”.

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI, 2002, p. 8).

A primeira “onda” diz dos meios que facilitam o acesso dos economicamente pobres à Justiça, fazendo uma análise das instituições que prestam assistência judiciária aos necessitados, trazendo a importância da efetivação da dignidade do homem como objeto do alcance do acesso à Justiça. Infelizmente os economicamente pobres formam grande parte da população, e eles são privados dos direitos fundamentais sendo o acesso à Justiça, a solução para que esses direitos e garantias sejam repercutidos na vida de cada cidadão.

A segunda “onda”, entende-se como proporcionar a tutela jurídica dos interesses difusos. Essa onda voltou-se para as esferas de proteção ao meio ambiente e ao consumidor.

A terceira "onda" refere-se a medidas que reestruturariam o Poder Judiciário, visando a celeridade no trâmite processual, para que qualquer lesão ou ameaça a direito, seja prestada jurisdicionalmente pelo Estado, em tempo hábil e justo. Diante dessa possibilidade de reformas apresentada, segundo Cappelletti, o objetivo desta onda é "[...] atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo" (CAPPELLETTI, 2002, p. 8).

Neste contexto, pensava-se em instituir procedimentos diferenciados para determinadas causas menos complexas - "pequenas causas" - que passaram pela realidade à época a serem encaradas com alguma relevância social.

No Brasil, o tema acesso à Justiça só passa a ter relevância transformadora já no fim da ditadura militar com a aprovação da Lei n.º 7.244 em 07 de novembro de 1984, que criou os Juizados Especiais de Pequenas Causas e que tinha como vetor proporcionar o acesso à Justiça, abarcando as linhas acima delineadas.

Com a Constituição de 1988, incumbiu-se à União, ao Distrito Federal e aos Estados a criação de Juizados Especiais para "a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade (art. 98, I)".

Foi então, que em 26 de setembro de 1995, foi aprovada a Lei n.º 9.099, revogando a Lei n.º 7.244/84 passando a dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Com isto, "introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microssistema de natureza instrumental e de instituição constitucionalmente obrigatória destinado à rápida e efetiva atuação do direito" (FIGUEIRA JÚNIOR, 2005, p. 39).

Anota-se que este estudo se baseará apenas quanto ao aspecto cível desse microssistema.

Ademais, atualmente existem três leis que tratam dos Juizados Especiais. A já citada Lei n.º 9.099/95, a Lei n.º 10.259/01, que trata dos Juizados Especiais Federais e a Lei n.º 12.153/09, que trata dos Juizados Especiais das Fazendas Públicas. Elas em conjunto, formam o Microssistema dos Juizados Especiais, mas a Lei n.º 9.099/95 deve ser aplicada de forma subsidiária às demais e, por tal razão, o foco deste estudo nela residirá.

Isto porque, especificamente quanto ao objeto desta pesquisa - a representação processual por preposto - a fonte normativa está contida apenas na Lei n.º 9.099/95 em seu artigo 9º, §4º.

Dentre os fundamentos de criação dos Juizados Especiais identificam-se a busca pela acessibilidade, a qualificação da prestação jurisdicional de modo tempestivo e adequado às causas de menor complexidade.

Isto, com o intuito de promover a popularização do acesso à Justiça, por meio de um mecanismo de justiça mais barato e informal, com foco no gerenciamento do desempenho da atividade jurisdicional por meio da resolução consensual de conflitos.

Cândido Rangel Dinamarco advertiu que "não se trata somente de regras procedimentais simplificadoras, mas disso e da implantação de um novo processo, nova configuração das relações entre juiz e partes no processo, novo modo de tutelar direitos" (DINAMARCO, 1996).

O artigo 2º da Lei n.º 9.099/95 é o núcleo central do microsistema e nele verificam-se os critérios orientadores e informadores dos Juizados Especiais, quais sejam: a oralidade, a informalidade, a simplicidade, a economia processual, a celeridade e a autocomposição.

Para a definição do conceito de causas de menor complexidade e que, portanto, estariam abrangidas pela competência dos Juizados Especiais, buscou-se primeiro atender ao critério do valor da causa, estabelecendo um teto com base no valor do salário mínimo e ainda, alguns critérios materiais de determinação de competência.

A Lei n.º 9.099/95 (Art. 3º) estabelece o teto de 40 vezes o valor do salário mínimo e as Leis n.º 10.295/01 (Art. 3º) e 12.153/09 (Art. 2º) estabelecem o teto de 60 vezes o valor do salário mínimo.

Feitas estas brevíssimas linhas apenas para contextualizar o microsistema dos Juizados Especiais, passar-se-á a tratar das pessoas que neles podem promover ação.

ME's e EPP's e a capacidade para propor ações perante os Juizados Especiais

A redação original do artigo 8º, §1º da Lei n.º 9.099/95 estabelecia que somente as pessoas físicas capazes fossem admitidas a propor ação perante o Juizado Especial, excluídos, inclusive, os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

O corte metodológico proposto neste estudo visa analisar apenas aqueles que podem propor ação no microsistema dos Juizados Especiais, ou seja, podem ser autores.

Há que se destacar também que não se pode confundir a legitimidade ativa, que é a pertinência subjetiva da ação e cabe ao titular do interesse afirmado na pretensão com a capacidade de estar em juízo que permite, neste caso, que a parte integre relação processual nos Juizados Especiais.

Como anteriormente delineado, a criação dos Juizados Especiais se deu pela busca da acessibilidade e da popularização do acesso à Justiça, já que se vislumbrava um mecanismo de justiça mais barato e informal, isto, com a finalidade de que os cidadãos de menor potencial financeiro pudessem tutelar seus direitos junto ao Poder Judiciário.

Certamente, "a intenção do legislador era permitir maior acesso à Justiça aos menos afortunados ou hipossuficientes" (FIGUEIRA JÚNIOR, 2005, p. 164) e, desta feita, a limitação de permitir que apenas as pessoas físicas capazes pudessem propor ações naquele microsistema parece atender a este critério.

Então, quaisquer das pessoas jurídicas, inicialmente, não foram incluídas como aptas a promoverem ação nos Juizados Especiais.

Sabemos muito bem que não raras são as hipóteses em que encontramos microempresas tão ou mais hipossuficientes do que muitas pessoas físicas. A lei deixou de atender, no início, à realidade social, econômica e jurídica, pois essas entidades comumente deixavam de ter acesso aos tribunais por motivos financeiros agravados pela morosidade na obtenção da prestação da tutela

jurisdicional, absolutamente desproporcional em relação a sua qualidade e capacitação (FIGUEIRA JÚNIOR, 2005, p. 164).

Ocorre que, com a criação do Simples Nacional - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - em 1996 pela Lei n.º 9.317/96 posteriormente revogada pela Lei Complementar 123/06, criou-se um regime tributário simplificado e diferenciado para as micro e pequenas empresas que foram definidas de acordo com o critério de sua renda bruta, nos termos da legislação pátria.

Já em 1999, com a Lei n.º 9.841, que instituiu o Estatuto da Microempresa de Pequeno Porte, passou-se a permitir o seu ingresso nos Juizados Especiais na condição de autores, ou seja, promoverem ações no microssistema.

Veja-se então que o critério adotado também passou a ser o da hipossuficiência.

Sem embargo, a Lei Complementar n.º 123/06 alterou o artigo 8º, §1º a Lei n.º 9.099/95 passando a prever que as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte definidas na referida Lei Complementar poderiam propor ação perante o microssistema dos Juizados Especiais.

A microempresa é pessoa jurídica de direito privado cuja receita bruta é de até R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) por ano. A empresa de pequeno porte é pessoa jurídica de direito privado que deverá auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Como dito, a ampliação do acesso aos Juizados Especiais para essas pessoas, certamente, teve o condão de privilegiá-las tal como se pensou quanto à instituição de um regime fiscal diferenciado as quais estão submetidas, que, inclusive, encontra guarida na Constituição Federal, artigo 170, IX, incluído pela Emenda n.º 6 de 1995.

Teses para compreensão do problema

Como informado no início o problema desta pesquisa reside na necessidade de se proporcionar um tratamento isonômico às microempresas e empresas de pequeno porte quando representadas por prepostos junto aos Juizados Especiais Cíveis.

Isto porque a Lei n.º 9.099/95 estabelece em seu artigo 9º, §4º que o réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto.

O preposto é o representante da pessoa jurídica que, credenciado e habilitado, por instrumento público ou particular, possui poderes para representar o seu representante legal na prática de atos como, por exemplo, na realização de audiências.

Ao se dar interpretação apenas literal ao dispositivo legal citado, verifica-se que a representação por preposto no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis só será possível para o réu, ou seja, para quem esteja no polo passivo da relação processual e com isto, quando a

microempresa e a empresa de pequeno porte estiverem promovendo ação no microsistema somente poderá ser representada pelo seu sócio e nunca por preposto.

Esta interpretação literal parece ter prevalecido no XXVIII Encontro do FONAJE - Fórum Nacional dos Juizados Especiais - ocorrido em Salvador/BA no mês de novembro de 2010.

Na ocasião foi editado o Enunciado 141 com a seguinte redação: "A microempresa e a empresa de pequeno porte, quando autoras, devem ser representadas, inclusive em audiência, pelo empresário individual ou pelo sócio dirigente".

A inspiração normativa para esta interpretação literal decorre do princípio da pessoalidade que, no âmbito dos Juizados Especiais, é a exigência da presença pessoal da parte autora aos atos processuais. Neste contexto, é possível extrair a pessoalidade da combinação dos artigos 2º e 9º, da Lei n. 9.099/95.

Muito embora não se trate do objeto deste estudo, mas é necessário advertir que não se vislumbra a existência de um princípio da pessoalidade e sim de uma regra, que se reconhece serem duas espécies distintas de normas (ALEXY, 2011, p. 87).

É cediço que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível (ALEXY, 2011, p. 90), como por exemplo o princípio da oralidade, da autocomposição, da simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Já regras são normas que são sempre integralmente satisfeitas ou integralmente não satisfeitas, ou seja, seu destinatário deve fazer exatamente aquilo que se exige (ALEXY, 2011, p. 91).

Daí porque, a exigência de que as partes comparecerão pessoalmente no âmbito dos juizados especiais (Art. 9º) deve ser compreendido como uma regra.

Certo é que o objetivo da pessoalidade seria o de viabilizar a resolução do conflito pela via da conciliação, entretanto, trata-se de uma visão equivocada e minimalista, conforme se verá, até porque, tal exigência deveria abranger ambas as partes.

Muito embora os Enunciados do FONAJE não sejam normas jurídicas de caráter imperativo, servindo apenas de orientações e, portanto, não tendo qualquer força vinculante parece haver um entendimento majoritário identificado em julgados dos Juizados Especiais que seguem tal orientação.

Processo 0801431-90.2015.8.10.0152
DEMANDANTE: FINSOL SOCIEDADE DE CREDITO AO MICROEMPREENDEDOR E A EMPRESA DE PEQUENO PORTE S/A
DEMANDADO: HONORATO E SILVA SOUSA, ROSINEIDE OLIVEIRA DAS NEVES, ZULEIDE MARIA DAS NEVES RIBEIRO
SENTENÇA Vistos etc. Na forma do disposto no art. 9º, § 4º, da Lei nº 9.099/95, a pessoa jurídica pode ser representada por preposto credenciado quando figurar no polo passivo da demanda. No entanto, em litigando a pequena empresa na qualidade de autora, deverá o empresário ou sócio dirigente comparecer pessoalmente, sob pena de extinção do feito, conforme entendimento sedimentado no Enunciado nº 141 do FONAJE, verbis: A microempresa e a empresa de pequeno porte, quando autoras, devem ser representadas, inclusive em audiência, pelo empresário individual ou pelo sócio dirigente. Cabia à parte autora se fazer representar, inclusive em audiência, pelo representante legal instituído no estatuto social. No caso em análise a parte autora, classificada como sociedade civil de interesse público, compareceu em audiência representada pela

preposta Sra. RYANNE BARBOSA LIMA FERREIRA, conforme ata id 1531003. Por essa razão, considerando que a representante da empresa presente na audiência referida não figura na condição de sócio dirigente, ou mesmo de diretor, no documento id 1334738 e 1334742, não restou demonstrado que se enquadra nas hipóteses previstas pelo referido enunciado, devendo o feito ser extinto, sem resolução do mérito, com base no artigo 51, I, da Lei nº 9.099/95. Desta forma, não tendo a parte autora comparecido pessoalmente ou adequadamente representada à audiência, JULGO EXTINTO o processo sem resolução de mérito e determino o seu arquivamento, nos termos do art. 51, inciso I da Lei 9099/95. Condene a parte reclamante ao pagamento das custas processuais. Publique-se, registre-se, intimem-se, cumpra-se e, após o trânsito em julgado, archive-se. Timon/MA, 4 de abril de 2016. ROGÉRIO MONTELES DA COSTA Juiz de Direito.

Veja-se, inclusive, que caso o autor, pessoa jurídica, se faça representar em audiência por preposto, haverá como consequência a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 51, I, da Lei n.º 9.099/95, em razão do entendimento de que, nestes casos, considera-se o autor ausente.

Em contraponto ao entendimento do FONAJE, está o Enunciado n.º 61 do Conselho da Justiça Federal, fruto da II Jornada de Direito Comercial ocorrida em Brasília/DF em fevereiro de 2015.

Enunciado 61 - Em atenção ao princípio do tratamento favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte, é possível a representação de empresário individual, sociedade empresária ou EIRELI, quando enquadrados nos respectivos regimes tributários, por meio de preposto, perante os juizados especiais cíveis, bastando a comprovação atualizada do seu enquadramento.

A utilização de tais orientações neste estudo tem apenas natureza persuasiva, pois, como dito, não se tratam de normas jurídicas com caráter vinculante. Tanto que se posicionam em sentido diametralmente opostos, e isto, em nada compromete a unidade e coerência do ordenamento jurídico que, como se concluirá, deve ter como vetor a Constituição.

Entretanto, é possível identificar esta contradição nos próprios enunciados do FONAJE como, por exemplo, no caso do n.º 20 que diz que "o comparecimento pessoal da parte às audiências é obrigatório. A pessoa jurídica poderá ser representada por preposto".

Veja-se então a ausência de coerência interna dentro da própria orientação daquele microsistema, muito embora, se reconheça que a edição do Enunciado n.º 20 se deu antes da alteração do o artigo 8º, §1º a Lei n.º 9.099/95 pela Lei Complementar n.º 123/06 que passou a prever que as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte poderiam propor ação perante o microsistema dos Juizados Especiais.

Em que pese tal fato, certo é que a regra da pessoalidade não parece ter o mesmo peso na interpretação dada naquele microsistema.

Sabe-se que a pessoalidade, neste contexto, decorre dos atos jurídicos personalíssimos que devem ser praticados pela própria pessoa e, por isso, não admitiriam a representação.

Daí o porquê da Lei n.º 9.099/95 utilizar a expressão “assistência” ao invés de “representação” por advogado nas causas até decisão por meio de sentença proferida no primeiro grau de jurisdição exigindo apenas a representação em grau recursal.

Nota-se com isso, o desejo de que as partes se façam presentes nos atos.

Porém, sabe-se que o no ordenamento jurídico brasileiro, poucos atos não podem ser feitos por representação, como é o caso do exercício do direito de voto, o testamento, o exercício do poder familiar, a adoção, entre outros. O maior fundamento para o caráter personalíssimo destes atos é a segurança jurídica.

Há ainda, aqueles atos que podem ser feitos por representação, como no caso dos negócios jurídicos em geral, o casamento, a postulação em juízo pelo advogado, etc.

Conforme já denunciado, o comparecimento pessoal das partes teria o objetivo de buscar, do melhor modo, a resolução do conflito por meio da autocomposição, mas tal anseio se trata, na verdade, de um reducionismo ilusório.

Ora, se a autocomposição é possível diante de objeto lícito e manifestação bilateral de vontades das partes, o por que de não se admitir a representação tal qual ocorre nos negócios jurídicos em geral? Certamente tal pergunta é meramente retórica.

Curioso ainda é que essa interpretação equivocada não encontra a mesma guarida quando se trata do réu pessoa jurídica, que, diante da interpretação literal (Art. 9º, §4º) pode ser representado por outrem (preposto).

No caso do réu ser pessoa jurídica, o argumento é diametralmente oposto, pois a pessoalidade por meio do sócio ou representante legal da pessoa jurídica representaria o colapso dos Juizados Especiais em razão dos réus serem, em geral, bancos, prestadores de serviços telefônicos e seguros, conforme mapeamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça.³ Veja-se, há um paradoxo.

Imaginem-se os sócios destas pessoas jurídicas tendo de participar de todas as audiências de conciliação nos Juizados Especiais de todo o país.

Logo, esta premissa - da maior possibilidade de resolução consensual pela pessoalidade - é totalmente incomensurável uma vez que não pode ser medida. Não se tem notícia de pesquisa empírica que buscou demonstrar que a resolução de conflitos pela autocomposição é maior quando as partes estão pessoalmente presentes em detrimento de quando estão representadas.

Isto, por si só, já desmonta o argumento daqueles que entendem que o que se buscou com a pessoalidade foi a resolução consensual dos conflitos nos Juizados Especiais.

Por isto, entende-se que a pessoalidade é norma que apenas fala em nome do acesso, por meio da conciliação de conflitos, mas funciona como mecanismo nocivo ao acesso à justiça servindo apenas como mecanismo de diminuição de demanda perante o Poder Judiciário (NUNES, 2013, p. 86).

³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/3dd1ecf89ce5d3d4cdd508462f9af1b6.pdf>. Acesso em 10/11/2018.

Ademais, a atuação do preposto ocorreria, em regra, tão somente em determinado ato processual, qual seja, na realização de audiências. Logo, não se mostra razoável exigir uma regra - pessoalidade - que só tenha efeito prático em um ato processual já que, ao postular em juízo, apresentar requerimentos por meio de advogado, inclusive, as partes estariam comprometidas com a regra.

Como se não bastasse tal argumento, há ainda que se considerar a razão de ser da inclusão das ME's e EPP's, como capazes de promoverem ações nos Juizados Especiais.

Conforme já defendido neste trabalho no tópico anterior, a ampliação do acesso aos Juizados Especiais para essas pessoas teve o condão de privilegiá-las.

De acordo com a previsão do artigo 170, IX da Constituição Federal, incluído pela Emenda n.º 6 de 1995 buscou-se a instituição de um regime fiscal diferenciado de que tais pessoas jurídicas se submeteriam.

Ora, se o ordenamento jurídico pátrio buscou dar enquadramento privilegiado a determinadas pessoas qual a razão jurídica e racional para limitá-las no acesso à Justiça? A resposta nos parece ser negativa, já que a fundamento da pessoalidade se mostra paradoxal conforme já delineado.

Veja-se ainda que, na tentativa de buscar aliar o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresa de pequeno porte com o acesso à Justiça, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, ainda no ano de 2008, editou a Súmula 377, permitindo que qualquer pessoa, mesmo que não seja funcionário, possa representar tais pessoas jurídicas na condição de preposto.

Parece que a restrição imposta às ME's e EPP's acaba por atender também a um aspecto meramente formal o que se coloca paradoxalmente contra aos critérios informadores dos Juizados Especiais.

Desta forma, "o processo, neste contexto, deve se afastar de abstrações teóricas para proteger direitos concretos e efetivos. Deve-se deformalizá-lo, simplificá-lo, porque os custos do procedimento e a complexidade são obstáculos para a efetividade" (PELEJA Jr.; OLIVEIRA, 2015, p. 71).

Logo, não há qualquer razão para o entendimento que prevalece no âmbito dos Juizados Especiais de que as ME's e EPP's quando autoras, não possam ser representadas por prepostos.

A hipótese para tal entendimento pode ser a contenção da litigiosidade, como um filtro, para não permitir o acesso ao microssistema. Isto porque na busca de ser um sistema baseado na celeridade e na busca pela conciliação acaba eliminando a litigiosidade a qualquer custo e em detrimento das garantias fundamentais do processo (GRECO, 2009, p. 30).

Não há, portanto, compatibilidade com o acesso à Justiça qualquer restrição que comprometa a perspectiva democrática do processo.

Proposta de uma leitura constitucional para a questão: princípio da isonomia

Foi denunciado neste trabalho que a interpretação que impede a representação por preposto das ME's e EPP's, com base apenas na dicção literal do artigo 9º, §4º, da Lei n.º 9.099/95, está equivocada.

Além disso, viu-se que a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 51, I, da Lei n.º 9.099/95, apresenta-se como uma consequência substancialmente prejudicial à tutela dos direitos dessas pessoas jurídicas.

Isto porque qualquer interpretação do aludido dispositivo há de ser feita atendendo aos direitos e garantias da Constituição Federal.

O princípio processual da isonomia garante igualdade perante a lei e se coloca como premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz.

Da norma inscrita no artigo 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões (PELLEGRINI, 2004, p. 53).

É imprescindível, pois, que se deva compatibilizar os comandos constitucionais, pois conforme alerta Hermes Zaneti Júnior, não há um direito processual da Constituição e outro da lei (ZANETI Jr., 2014).

O Estado Democrático de Direito é sinônimo de Estado Constitucional, “[...] em que os indivíduos e, em especial, os agentes estatais, estão sujeitos à lei, não como no velho paradigma positivista (sujeição à letra da lei), mas sujeitos à lei coerente com a Constituição da República” (CASARA, 2017, p. 19).

Logo, a interpretação literal do dispositivo da lei do microsistema viola o princípio da isonomia e, por consequente, o próprio acesso à Justiça.

A impossibilidade de o autor se fazer representar por preposto (art. 51, I, da Lei 9.099/95) constitui uma violação da garantia do acesso à Justiça, não só para pessoas enfermas, idosas, deficientes ou com dificuldades especiais, mas para qualquer pessoa que seja como normalmente é o autor, um litigante eventual, que tem de abandonar os seus afazeres para comparecer em Juízo (GRECO, 2009, p. 29).

Com isso, é imprescindível que se compatibilize o disposto na Lei n.º 9.099/95 com a Constituição, mormente quanto ao princípio da isonomia e com isto, autorize que as ME's e as EPP's se façam representar por preposto quando estiverem promovendo ação naquele microsistema, mormente na realização de audiências.

E não seriam maiores esforços hermenêuticos com o fim de assim entender. Bastaria, para isso, propor a técnica “interpretação conforme à constituição” visando a interpretar os artigos 9º, §4º e 51, I, da Lei n.º 9.099/95.

Nesse sentido, o primeiro dispositivo passaria a ser interpretado, conforme à constituição, da seguinte forma: “o réu [e o autor], sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado [...]”.

Já o segundo dispositivo passaria a ser interpretado, com o fim de se coadunar com a Constituição, da seguinte forma: “Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor [ou seu preposto], deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo [...]”.

Esse acréscimo interpretativo adviria da própria essência dos Juizados Especiais – e seus princípios de acesso à justiça, celeridade, simplicidade etc – nos termos do art. 98, I, CF.

Conclusão

Viu-se que há um entendimento majoritário no sentido de que a microempresa e a empresa de pequeno porte, quando autoras, devem ser representadas, inclusive em audiência, pelo empresário individual ou pelo sócio dirigente.

Com a possibilidade das ME's e EPP's poderem propor ação perante os Juizados Especiais Cíveis, esta interpretação literal proporciona um tratamento discriminatório quando estas pessoas estão no polo ativo da relação jurídica processual.

Procurou-se induzir uma provocação para a necessidade de uma interpretação adequada à Constituição, isto porque, o direito fundamental de acesso à Justiça não pode sofrer restrições, mormente em relação às microempresas e empresas de pequeno porte que já possuem, em razão das suas particularidades, um tratamento diferenciado pela legislação brasileira e por tal razão, e, amparado na isonomia merece ser dispensado tratamento igualitário na relação processual.

Todavia, não há, aqui, a pretensão de apresentar respostas definitivas às indagações formuladas em seu corpo, ou construir única via interpretativa capaz de solucionar os problemas de que se ocupa. O que se almeja, em rigor, é que essas breves considerações sobre o tema possam suscitar no futuro questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência, com reflexos positivos para a resolução das contendas suscitadas no campo da aplicação do Direito.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- CASARA, Rubens R. R. Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

- NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Por um acesso à justiça democrático: primeiros apontamentos. *Revista de Processo*, v. 217, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Os juizados especiais e os fantasmas que os assombram. *Caderno de Doutrina da Associação Paulista de Magistrados*, maio de 1996.
- GRECO, Leonardo. Os Juizados Especiais como tutela diferenciada. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. III, 2009. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21672>. Acesso em 10/11/2018.
- PELEJA Jr., Antônio Veloso; OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. O procedimento dos Juizados Especiais na perspectiva principiológica do Novo Código de Processo Civil: contraditório e motivação as decisões como alicerce do devido processo legal. In: REDONDO, Bruno Carcia e outros. *Juizados Especiais Coleção Repercussões do Novo CPC*. v. 7, coordenador geral, Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivm, out./2015.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., amp. , alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

Primazia do julgamento de mérito: breves apontamentos sobre sua influência no juízo de admissibilidade das demandas no Código de Processo Civil de 2015

Sara Barbosa Miranda¹

Walmea Elyze Carvalho Pepe de Moraes²

Resumo: De forma semelhante aos já conhecidos estudos da Instrumentalidade e do Formalismo Valorativo, a Primazia do Julgamento de Mérito, consagrada de forma geral no art. 4º do Código de Processo Civil de 2015, reforça a importância da solução efetiva da crise de direito levada ao Poder Judiciário, tanto por meio da norma fundamental do art. 4º, como por outros dispositivos inseridos no diploma processual, que facilitam a sua aplicação ao caso concreto (por exemplo, arts. 218, § 4º, 321, 488, 932, p. único, entre outros). O presente trabalho parte da ideia deste princípio para analisar os limites do filtro processual para o julgamento do mérito, em primeira instância.

Palavras-chave: Primazia do julgamento de mérito, Juízo de Admissibilidade, Nulidades.

O formalismo e a primazia do julgamento de mérito no código de processo civil de 2015

O presente estudo teve início na matéria de Constitucionalização do Processo, ministrada pelo professor Hermes Zaneti Junior, no segundo semestre de 2018, no curso de Mestrado em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo.

A ideia, consolidada nestes breves apontamentos para o III Congresso de Processo Civil Internacional, é abordar a primazia do mérito³, positivada entre as normas fundamentais do Código de Processo Civil de 2015, como norte para a condução do processo desde a postulação até o julgamento, em especial, no que diz respeito ao juízo de admissibilidade das demandas.

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo.

² Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo.

³ Não é objeto deste estudo a natureza jurídica da *primazia do mérito* em nosso ordenamento, se princípio, postulado ou regra norte do sistema. Busca-se no trabalho tecer alguns apontamentos sobre o juízo de admissibilidade das demandas no Código de Processo Civil de 2015, com enfoque no mérito como fator determinante para alcançar um processo razoável e efetivo, com respeito às garantias constitucionais.

Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Cândido Rangel Dinamarco e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já haviam dado início a importantes trabalhos com foco na noção de que o processo não poderia ser visto como fim em si mesmo, mas como um instrumento para a realização do direito material.

Cândido Rangel Dinamarco, autor de *A Instrumentalidade do Processo*, buscou propor a “desmitificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcandorada efetividade do processo”,⁴ cuidando dos fins que seriam (deveriam ser) obtidos pelo processo (meio). Fica claro em sua obra que o processo precisa ser tido como um instrumento eficaz para viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, evitando o *processualismo exacerbado*.

Por sua vez, o Formalismo-Valorativo, liderado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, analisa a antinomia entre formalismo e justiça, com análise das técnicas processuais e dos poderes e deveres dos sujeitos que participam do processo. Nas palavras de Hermes Zaneti Jr. e Claudio Madureira, “a proposta do Formalismo-Valorativo é analisar o processo a partir de perspectivas constitucionais, e, em consequência disso, entender sua configuração como um direito fundamental e a democracia constitucional como uma democracia de direitos”.⁵

Apesar das diferenças identificadas nos pensamentos de Cândido Rangel Dinamarco e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, os dois juristas construíram seus pensamentos na vigência de um sistema processual rígido, ainda pensado na fase autônoma do processo⁶, para criar novos *métodos de pensamento* e orientar processualistas sobre as preocupações com os resultados do processo. Claudio Madureira pontua que o instrumentalismo e o formalismo valorativo cuidam “de proposições teóricas concebidas no contexto da superação do formalismo característico da fase autonomista do Direito Processual Civil Brasileiro, com o propósito de possibilitar a realização da justiça no processo”⁷, ainda utilizem técnicas distintas para tanto.

Independente das diferenças técnicas e da divergência sobre qual *escola* melhor identifica a atual fase metodológica do processo, não restam dúvidas de que o Código de Processo Civil de 2015 acolheu os ideais por elas expostos, como será abordado neste estudo.

Lia Carolina Batista Cintra, em artigo publicado ainda na vigência do diploma processual anterior, destaca que os processualistas – à época – tinham “a difícil tarefa de

⁴ Prefácio à 1ª edição da obra *A Instrumentalidade do Processo*, em 1986, em DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15.ed. Malheiros: São Paulo, 2013.

⁵ ZANETI Jr., Hermes; MADUREIRA, Claudio. Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 272, p. 85-125. São Paulo: RT, Out. 2017.

⁶ “Com a superação do sincretismo processual, o processo passou a ser estudado como ciência, de forma autônoma, desvinculado do direito material. Foi um período de grandes teorias processuais, em que conceitos foram desenvolvidos e amadurecidos, passando o órgão julgador a ocupar uma posição de superioridade em relação aos jurisdicionados” (MAZZOLA, Marcelo. Formalismo-valorativo e a primazia de mérito: combate à jurisprudência defensiva dos tribunais. *Revista de Processo*. Vol. 281, p. 305-333. São Paulo: RT, Jul. 2018).

⁷ MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo. *Cadernos do PPGDIR-UFRGS*. Vol.X. N. 3, p. 253-283. 2015.

ser instrumentalista tendo à sua disposição, como instrumento de trabalho, um Código de Processo Civil construído sob a perspectiva autonomista”⁸.

O Código de Processo Civil de 2015, elaborado e promulgado em Estado Democrático de Direito, já trabalha com as premissas processuais acima sintetizadas, voltadas para os resultados a serem obtidos pelo acionamento do Poder Judiciário. Por isso, os processualistas – e os jurisdicionados, de modo geral – têm à disposição um diploma que prestigia e traz diretrizes para que o julgamento de mérito seja viabilizado, evitando-se decisões terminativas e extinções prematuras do processo sem a efetiva solução da crise de direito material.

A primazia do mérito, dentro do atual Diploma Processual, tem seu berço no art. 4º, que dispõe sobre o direito das partes de “*obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”.

O Código traz esta premissa em outros dispositivos, como se observa nos arts. 64, §4º⁹, 139, IX¹⁰, 282, §2º¹¹, 488¹², 932, parágrafo único¹³, entre outros, com ganhos significativos relacionados ao aproveitamento de atos processuais e, também, incrementos no campo recursal.

Ao analisar a primazia do mérito enquanto regra interpretativa do novo sistema processual, Dierle Nunes, Clenderson Rodrigues da Cruz e Lucas Dias Costa Drummond ressaltam que:

Daí se enxergar em boa perspectiva a regra interpretativa da primazia do julgamento do mérito com a busca de um máximo aproveitamento processual legítimo, encampada desde o art. 4º do Novo CPC, que perpassa toda a redação da nova legislação, no sentido de se fundar um novo formalismo que abandone a antiquíssima premissa do ritual.

Em outra perspectiva, o abandono e o esvaziamento do formalismo, constitucionalmente compreendido, em prol de uma concepção ainda vinculada ao dogma socializador do protagonismo judicial, que permitiria ao magistrado sozinho flexibilizar as formas (vezes sim, vezes não) no exercício de um ativismo “seletivo”, também merecem ser combatidos, uma vez que toda forma processual guarda fundamento numa garantia constitucional, não sendo algo que se encontre sob a escolha subjetiva e contingencial de qualquer dos sujeitos processuais.¹⁴

⁸ CINTRA, Lia Carolina Batista. Pressupostos processuais e efetividade do Processo Civil: Uma tentativa de sistematização. Revista de Processo. Vol. 214, p. 79-119. São Paulo: RT, Dez. 2012.

⁹ Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação. § 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

¹⁰ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

¹¹ Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

¹² Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

¹³ Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

¹⁴ NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da Cruz; DRUMMOND, Lucas Dias. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: DIDIER Jr, Fredie (Coord.). Normas Fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 101-140.

Em síntese, as normas que trazem em seu conteúdo essa perspectiva de aproveitamento dos atos, para que as partes possam obter uma decisão de mérito ao fim do processo, trazem um novo formalismo. Isso porque não se abandona completamente as regras formais, mas afasta-se sua aplicação, nas hipóteses permitidas pelo código, quando não houver prejuízos às partes, para prestigiar o debate sobre o objeto do processo.

Tecidas estas considerações sobre o formalismo e o norte de prestígio ao julgamento de mérito, será analisada sua aplicação no juízo de admissibilidade da demanda, com colocações sobre os papéis assumidos pela parte e pelo magistrado, bem como sobre os limites à superação das nulidades para a análise do objeto do processo.

Os requisitos à análise de mérito no código de Processo Civil de 2015

Sobre as condições da ação e os pressupostos processuais

No que diz respeito ao juízo de admissibilidade, além da premissa de primazia do mérito, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe a discussão sobre a possível extinção das condições da ação, que, em conjunto com os pressupostos processuais, compõem as questões preliminares que validam ou impedem o juízo de mérito.

Antes mesmo da entrada em vigor do atual diploma processual, Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha e Alexandre Câmara travaram um debate sobre o assunto.

Nesta oportunidade, Fredie Didier Jr. defendeu um novo paradigma teórico, com um único juízo de admissibilidade da demanda, em que as condições da ação estariam incluídas nos pressupostos processuais:

A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes. A mudança não é pequena. Sepulta-se um conceito que, embora prenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isto mesmo, é digno de registro e aplausos.¹⁵

Alexandre Câmara, em sentido diverso, entende que a possibilidade jurídica do pedido passou a integrar o interesse de agir, mas que as condições da ação e os pressupostos processuais não se confundem. Para ele, as condições da ação devem ser tidas como requisitos intrínsecos da demanda, seriam mérito em sentido amplo, enquanto os pressupostos processuais consistiriam mero pronunciamento processual.¹⁶

¹⁵ DIDIER Jr., Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"?: um elogio ao projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 36, n. 197, p. 255-260, jul. 2011.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Será o fim da categoria "condição da ação"?: Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*. Vol. 197, p. 261-269. São Paulo: RT, Jul. 2011.

Na sequência, Leonardo Carneiro de Cunha se posicionou na *discussão* para defender que o novo diploma estaria excluindo, sim, a possibilidade jurídica do pedido da categoria das condições da ação, que passou a ser questão meritória. Com relação à categoria das condições da ação, alinhou-se ao entendimento de Fredie Didier Jr ao entender que, como o código não a menciona de forma expressa, teria deixado de ser categoria autônoma. Assim, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade ordinária devem ser examinadas como questões de mérito, ao passo que o interesse de agir e a legitimidade extraordinária deveriam ser examinados como pressupostos processuais.¹⁷

De outro norte, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Rodrigo Ramina de Lucca, ao se debruçar sobre as teorias Eclética e da Asserção, defende que a análise das condições da ação implicam análise do mérito, por ser impossível sua apreciação de forma desconexa da pretensão formulada pelas partes, apesar de reconhecer sua utilização como técnica para economia processual:

Enrico Tullio Liebman, com sua teoria eclética, preocupou-se em impedir que qualquer demanda fosse apta a dar origem a uma sentença de mérito. Não lhe parecia lógico (e realmente não o é) que uma demanda relativa à condenação de dívida por jogo, por exemplo, impusesse a produção de diversos atos processuais desnecessários entre a demanda e a sentença. Ao tentar “filtrar” essas demandas, Liebman acabou criando hipóteses de manifesta improcedência do pedido, as quais deveriam impor o término prematuro do processo. Por conta desse papel de “filtro”, já se defendeu que as condições da ação, embora se confundam com o mérito, devem ser usadas como técnica processual, garantindo-se a economia do processo.

O problema desta proposta está no fato de que a sentença extintiva implica, sempre, frustração da prestação jurisdicional. Ao extinguir um processo, a mensagem que se passa é que o Estado não exerceu a jurisdição de forma plena. A proliferação desse tipo de sentença é danosa e problemática, pois, ensina Bedaque, “representa o fracasso do meio, que não conseguiu atingir seu fim”.

Para os fins do presente estudo, adota-se a lição de Alexandre Câmara, também seguida por Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Lopes, com a manutenção das condições da ação no Código de Processo Civil de 2015, de tal sorte que o direito de ação, “apesar de abstrato e portanto existir independente de o direito subjetivo material do autor existir ou não, só existirá em casos concretos quando estiverem presentes certas condições, as condições da ação (interesse de agir e legitimidade ad causam”.¹⁸

Sobre os pressupostos processuais, são requisitos de existência, validade e regularidade do processo, como exemplos petição inicial apta, competência, imparcialidade do juiz, capacidade processual e postulatória, entre outros.

¹⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação?: Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. Revista de Processo. Vol. 198, p. 227-235. São Paulo: RT, Ago. 2011.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria Geral no Novo Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

Esta categoria deverá ser analisada em distintas fases do processo, e sua ausência implica na extinção do processo sem resolução de mérito. Nas palavras de José Maria Rosa Tesheiner:

Constituído o processo, pelo pedido do autor formulado ao juiz contra o réu, daí por diante os pressupostos a considerar já não dizem respeito à constituição do processo, mas ao seu desenvolvimento válido e regular. É a teoria das nulidades processuais que entra em linha de consideração. Tudo isso para que se tenha um devido processo legal, apto a revestir de juridicidade eventual subtração da liberdade ou dos bens do réu.¹⁹

As condições da ação e os pressupostos processuais funcionam, portanto, como um filtro de retenção de postulações inviáveis. Para Barbosa Moreira, a análise dos pressupostos e das condições da ação tem por “finalidade precípua barrar o acesso de espécimes processuais gravemente defeituosos à superior região em que se resolve o destino das partes quanto à substância do litígio”.²⁰

É importante, contudo, que a análise destes requisitos seja feita no momento oportuno, para que o *filtro* não perca sua finalidade – caso não corrigido o vício – de evitar atos processuais desnecessários. Sobre o risco, alerta José Roberto dos Santos Bedaque:

Em princípio, portanto, vícios processuais que impeçam o exame do mérito devem ser objeto de exame tão logo seja possível, de preferência de plano. Ultrapassadas as fases processuais adequadas ao exercício dessa atividade, só excepcionalmente uma questão processual deve impedir o julgamento do mérito, pois este é o resultado esperado e em função do qual o processo jurisdicional existe.²¹

E a mesma conclusão é alcançada por Lia Carolina Batista Cintra, que reforça que os pressupostos processuais são técnica, por isso é preciso observar sua finalidade, uma vez que “a terminação do processo por meio do reconhecimento da ausência de algum pressuposto processual não é natural”.²²

O código de Processo Civil de 2015 e o juízo de admissibilidade do julgamento de mérito

A primazia do julgamento de mérito traz uma nova forma de tratamento para vícios que, em um primeiro momento, tornariam inadmissível a análise do mérito. Com o atual regramento, o Poder Judiciário precisará procurar, sempre, resolver as falhas identificadas,

¹⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 28.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sobre os pressupostos processuais*. Temas de Direito Processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 83-93

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 205.

²² CINTRA, Lia Carolina Batista. *Pressupostos processuais e efetividade do Processo Civil: Uma tentativa de sistematização*. Revista de Processo. Vol. 214, p. 79-119. São Paulo: RT, Dez. 2012, p. 106.

a fim de que a sentença terminativa seja proferida apenas quando não houver possibilidade de saneamento.

Nesse contexto, o art. 485²³, IV e VI, do Código de Processo Civil de 2015, determina que o juiz extinga o processo sem resolução de mérito quando ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, e quando verificada a ausência de legitimidade ou de interesse processual.

Porém, a aplicação do art. 485 não será imediata. O diploma processual também estabelece, em seu art. 317, que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício” – dispositivo que não possuía correspondente no diploma de 1973.

Ou seja, a decisão terminativa, pelo filtro da admissibilidade, não é medida que se impõe de forma automática quando constatado defeito em determinado ato do processo. Se o vício for passível de correção, deve o magistrado oportunizar seu ajuste pela parte responsável.

Ao comentar o supramencionado art. 317, José Roberto dos Santos Bedaque reforça que:

Os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito constituem exigências legais destinadas à proteção de determinados valores inerentes às partes e à jurisdição, visando a possibilitar que o julgamento seja efetivo instrumento de acesso à ordem jurídica ou, em outras palavras, que ele represente método equo e justo de solução de controvérsias. [...] Assim, o novo CPC, preocupado com a efetividade do processo, prevê a possibilidade de correção de qualquer dos vícios capazes de impedir a sentença de mérito, devendo ser a parte intimada a, se possível, regularizar o processo.²⁴

É o que ocorre, de forma mais específica, com os requisitos da petição inicial, quando apresentar “defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, [o juiz] determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado” (art. 321). Intimado e não corrigido o vício, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução de mérito.

Com a finalidade de legitimar o devido processo legal e de evitar arbítrios por parte do magistrado, o *filtro* para a admissibilidade da demanda, por meio das condições da ação e dos pressupostos processuais, faz com que o juízo de mérito apenas seja alcançado nas hipóteses em que preenchidos os requisitos legais.

Contudo, o escopo da jurisdição deve ser a realização do direito material, por isso as sentenças de mérito precisam ser regra, e não exceção, como bem esclarece Rodrigo Ramina de Lucca:

²³ Apesar de o estudo ter feito um corte de análise nas condições da ação e nos pressupostos processuais, de forma geral, “são questões prejudiciais à admissibilidade do julgamento de mérito os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, as nulidades, os pressupostos negativos, as condições da ação, assim como a prescrição e a decadência” (MENDES, Anderson Cortez; CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 266, p. 79-97. São Paulo: RT, Abril 2017).

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 499.

Ao proferir uma sentença terminativa, o juiz simplesmente afirma que não julgará a pretensão posta, mantendo o estado de dúvida e incerteza das partes, bem como a situação litigiosa que, na maioria dos casos, fundamenta a demanda. A sentença terminativa implica gasto de dinheiro, perda de tempo e “frustração de esperanças”. Extinguir o processo sem julgamento do mérito deve ser a exceção; a sentença de mérito a regra”.

O juízo de admissibilidade da demanda no Código de Processo Civil de 2015 não abandonou por completo o formalismo, ainda é preciso seguir determinadas exigências formais, mas a sua não observância não implica de imediato a extinção da ação sem resolução de mérito. Há instrumentos, pautados pela premissa da primazia do julgamento de mérito, que viabilizam a sua correção e o enfrentamento da nulidade.

Papel das partes e do juiz na regularização para alcançar o juízo de mérito

Destacou-se acima que os requisitos à admissibilidade da demanda e, conseqüentemente, ao julgamento do mérito não mais se impõem de imediato.

O Código de Processo Civil de 2015 abandonou a tradicional premissa de que a ausência de pressupostos processuais ou condições da ação seriam falhas insanáveis que impediriam a eliminação da crise de direito material por meio do julgamento do mérito – seja pela procedência ou improcedência da pretensão.

Ao prever, de forma expressa, normas que permitem a sanabilidade de vícios, com o intuito de viabilizar o julgamento de mérito, o atual diploma destina este papel ao juiz e às partes, em linha com o princípio da cooperação, positivado em seu art. 6º²⁵.

Neste sentido, o enunciado nº 373 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) dispõe que “as partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência”.

Sobre o enunciado e sua temática, Ravi Peixoto elucida que:

Desenvolver a primazia da decisão de mérito por meio dos deveres de esclarecimento e transparência, especialmente do ponto de vista do magistrado. Um exemplo de tal situação pode ser vislumbrado nos casos de defeitos sanáveis, tendo como base a exigência do artigo 321, voltada a petição inicial, caso em que o juiz deve indicar, com precisão os vícios da petição inicial a ser emendada. Por meio dos deveres de esclarecimento e transparência, tal dever seria aplicável a todas as demais situações. Ou seja, quando for detectado um vício sanável pelo magistrado, a parte deve ser informada qual é este vício e de que forma ele pode ser sanado.²⁶

²⁵ Art. 6º. “Todos os sujeitos devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

²⁶ PEIXOTO, Ravi (Coord.). Enunciados FPPC organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 37.

A decisão de mérito não poderá ser alcançada sem a atuação do magistrado e das partes na correção dos vícios que implicariam, em uma primeira análise, na prolação de sentença terminativa.

Com isso, vale dizer que caberá ao juiz, ao identificar uma das falhas que resultariam em uma sentença sem resolução de mérito, intimar a parte para que corrija o vício, indicando-o em sua decisão. De outro turno, cumprirá à parte, devidamente intimada, a correção do ato, quando possível. E o exemplo mais elucidativo se dá com a emenda à petição inicial (art. 321).

Sobre esta postura exigida do juiz e das partes, assim se posiciona Alexandre Câmara, ao relacionar a primazia do mérito com a cooperação e o Estado Democrático de Direito:

Certamente a aplicação deste princípio exigirá uma mudança de postura (e de cultura) dos magistrados: é preciso que eles passem a ver-se como integrantes de uma comunidade de trabalho, através da qual, junto com as partes (e seus advogados), construirão a decisão correta para o caso concreto. É preciso, então, que essa comunidade de trabalho seja compreendida em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito [...]. O processo civil do Estado Democrático, que o CPC de 2015 consolida a partir do modelo estabelecido pela Constituição da República de 1988, há de ser um processo participativo, cooperativo, capaz – por isso mesmo – de conduzir a decisões constitucionalmente legítimas, que serão, preferencialmente, decisões de mérito.²⁷

Não há, portanto, correção dos vícios sem a atuação conjunta, cooperativa, com o objetivo de se alcançar a decisão de mérito – novamente, seja ela pela procedência ou improcedência da pretensão autoral.

Limites à superação de vícios e nulidades na admissibilidade da demanda

Conforme já mencionado em itens anteriores, o norteamo de diversas regras do diploma processual pela primazia do mérito não implica abandono do formalismo. Como ensina Arlete Aurelli, “o desapego completo à forma no processo não é recomendado, sob pena de se permitir juízos autoritários. Por isso, deve haver um limite para que se deixe a forma de lado”.²⁸

O Código de Processo Civil de 2015 traz exigências formais e, também, dispõe sobre a forma pela qual a possibilidade de correção e a correção efetiva irão se operar pelo juiz e pelas partes.

Contudo, nem sempre o mérito poderá ser prestigiado e a nulidade superada, algumas formalidades não poderão ser relevadas ou corrigidas pelas partes. As exigências formais,

²⁷ CÂMARA, Alexandre de Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. Revista da EMERJ, p. 42 - 50, 01 set. 2015.

²⁸ AURELLI, Arete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo. Vol. 271, p. 19-47. São Paulo: RT, Set. 2017.

ainda que mais flexíveis hoje em nosso ordenamento, seguem como forma de minimizar a arbitrariedade por parte do Estado-juiz e possíveis artimanhas pelos adversários.

Um exemplo do que se coloca em análise é a ilegitimidade passiva alegada em sede de contestação pelo réu, e a possibilidade de correção desta condição da ação mediante intimação do autor, pelo juiz, ou pelo próprio réu, conforme prescrevem os arts. 338 e 339 do Código de Processo Civil de 2015²⁹, ambos sem correspondência no diploma anterior. A oportunidade de correção do requisito de admissibilidade fundamenta-se, também, na instrumentalidade e na economia processual.

Contudo, não resolvida a falha, por inércia das partes, o juiz não poderá prosseguir com a análise de mérito, devendo proferir sentença terminativa.

Ao analisar os pressupostos em face dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, Luiz Guilherme Marinoni ressalva que:

Não há racionalidade em admitir que o processo prossiga quando apresenta defeitos ou irregularidades capazes de comprometer a análise da pretensão à tutela jurisdicional do direito. Admitir o prosseguimento do processo em tais condições significaria violação dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo. Isso porque tais direitos fundamentais são voltados a uma tutela efetiva e tempestiva, o que é inviável quando existem defeitos ou irregularidades processuais capazes de comprometer a resolução do mérito.³⁰

Em suma, o Código de Processo Civil de 2015 traz uma série de regras que permitem a correção de nulidades para que se alcance a decisão de mérito, tornando o processo efetivo ao proporcionar “às partes o resultado desejado pelo direito material”³¹, contudo, se não resolvidos os defeitos apontados, a resolução de mérito fica inviável e comprometida.

Por fim, merece destaque o esclarecimento de Cândido Rangel Dinamarco, em suas conclusões, na 15ª edição de *A Instrumentalidade do Processo*:

A liberdade do juiz encontra limite nos ditames da lei e dizer que esta precisa ser interpretada teleologicamente para fazer justiça e que o juiz direciona sua interpretação pelos influxos da escala axiológica da sociedade não significa postular por algo que se aproxime da escola do direito livre.³²

A decisão de mérito deve, sim, ser buscada e preferida, pois o processo e suas formalidades não podem ser mais importantes que o direito material e a crise para a qual se

²⁹ Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. vol. 1. 3.ed. São Paulo: RT, 2017, p. 561.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15.ed. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 379.

almeja solução. Contudo, sem a correção do vício, não restará outra alternativa ao julgador além da decisão terminativa, exceto nas hipóteses em que a decisão for favorável à parte que se aproveitaria da decretação de nulidade, conforme determinam os arts. 282, § 2º, e 488, do diploma processual.

Conclusão

A positivação da primazia do julgamento de mérito no Código de Processo Civil de 2015 trouxe ideias da Instrumentalidade e do Formalismo-Valorativo, a fim de conferir meios de superação de nulidades para o alcance de resultados por meio da atividade jurisdicional.

Não houve um completo desapego das formas e esvaziamento das garantias que as justificam, mas o fortalecimento da premissa de que, ao buscar a solução judicial da crise de direito enfrentada, as partes almejam uma decisão de mérito, e não uma decisão terminativa. O atual diploma processual confere mecanismos que possibilitam a correção dos vícios, deixando claro que o direito material em litígio é mais importante que o *processualismo exacerbado*.

As formalidades, neste estudo limitadas aos requisitos para o juízo de admissibilidade da demanda compreendidos pelas condições da ação e pelos pressupostos processuais, existem para evitar arbitrariedade do Estado, não para inviabilizar o julgamento das pretensões levadas a juízo.

Com isso, conclui-se que o magistrado e as partes deverão atuar de forma cooperativa, em especial na correção de vícios, para que seja possível a prolação de uma decisão de mérito justa e efetiva. Entretanto, oportunizada a correção e não realizada, não se visualiza a possibilidade de sua superação, exceto nas ocasiões dos arts. 282, § 2º, e 488, devendo o magistrado proferir sentença terminativa.

Referências

- AURELLI, Arete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo. Vol. 271, p. 19-47. São Paulo: RT, Set. 2017.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. Revista da EMERJ, p. 42 - 50, 01 set. 2015.
- _____. Será o fim da categoria "condição da ação"?: Uma resposta a Fredie Didier Junior. Revista de Processo. Vol. 197, p. 261-269. São Paulo: RT, Jul. 2011.

- CINTRA, Lia Carolina Batista. Pressupostos processuais e efetividade do Processo Civil: Uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*. Vol. 214, p. 79-119. São Paulo: RT, Dez. 2012.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Será o fim da categoria condições da ação?: Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*. Vol. 198, p. 227-235. São Paulo: RT, Ago. 2011.
- _____. A aplicação do princípio da primazia no julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do TRF3*. Ano XXVII. n. 128. jan./mar. 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"?: Um elogio ao projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*. Vol. 197, p. 255-260. São Paulo: RT, Jul. 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 15.ed. Malheiros: São Paulo, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral no Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. *Revista de Processo*. Vol. 188, p. 69-100. São Paulo: RT, Out. 2010.
- MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo. *Cadernos do PPGDIR-UFRGS*. Vol.X. N. 3, p. 253-283. 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. vol. 1. 3.ed. São Paulo: RT, 2017.
- MAZZOLA, Marcelo. Formalismo-valorativo e a primazia de mérito: combate à jurisprudência defensiva dos tribunais. *Revista de Processo*. Vol. 281, p. 305-333. São Paulo: RT, Jul. 2018.
- MENDES, Anderson Cortez; CAPIOTTO, Gabriele Mutti. Saneamento do processo no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 266, p. 79-97. São Paulo: RT, Abril 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sobre os pressupostos processuais*. Temas de Direito Processual. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 83-93.
- NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da Cruz; DRUMMOND, Lucas Dias. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: DIDIER Jr, Fredie (Coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 101-140.
- PEIXOTO, Ravi (Coord.). *Enunciados FPPC organizados por assunto, anotados e comentados*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ZANETI Jr., Hermes; MADUREIRA, Claudio. Formalismo-Valorativo e o Novo Processo Civil. *Revista de Processo*. Vol. 272, p. 85-125. São Paulo: RT, Out. 2017.

O microssistema dos Juizados Especiais Cíveis: uma análise do tempo de tramitação dos processos como obstáculo ao acesso à justiça

Tauã Lima Verdan Rangel¹
Vitor Pimentel Oliveira²

Resumo: O trabalho em questão toma como ponto de partida os esforços empregados no denominado Projeto de Florença, que teve como um de seus principais nomes, o de Mauro Cappelletti, naquilo que diz respeito do conteúdo do direito de acesso à justiça e suas diversas ondas. No caso brasileiro, um maior acesso à justiça foi conquistado a partir da criação dos juizados especiais, voltados para a resolução mais simples das controvérsias levadas a juízo, dispondo de procedimentos próprios e de um maior alcance socioeconômico. Apesar de sua importância na promoção de acesso à justiça, pela soma de distintos fatores, os Juizados Especiais Cíveis passaram a encontrar obstáculos na promoção do efetivo acesso à justiça. O maior tempo de trâmite dos processos é o ponto nevrálgico do presente trabalho, pois, mesmo diante dos procedimentos mais simplificados dos juizados especiais cíveis, é possível constatar o aumento na dificuldade de observar as disposições constitucionais, especialmente no que diz respeito ao princípio da duração razoável do processo. O trabalho empregará o método dedutivo, com destaque para a revisão bibliográfica, mas também usará de dados de pesquisas.

Palavras-chave: Projeto de Florença; Acesso à Justiça; Juizados Especiais Cíveis; Duração do Processo.

¹ Mestre (2013-2015) e Doutor (2015-2018) em Ciências Jurídica e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (2013-2015). Especialista *Lato Sensu* em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Faculdade Metropolitana São Carlos (2017-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Administrativo pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito Ambiental pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Direito de Família pela Faculdade de Venda Nova do Imigrante (2016-2018). Especialista *Lato Sensu* em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com.

² Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Bacharel em Direito.

Considerações iniciais

O tema do acesso à justiça foi desenvolvido, de forma especial, no Projeto de Florença, podendo ser destacado, como principal nome, o de Mauro Cappelletti. O presente trabalho buscará analisar, tomando como norte o trabalho desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth sobre acesso à justiça, a implantação do denominado microsistema dos Juizados Especiais brasileiros, bem como sua relevância em termos de possibilitar o acesso à justiça.

A fixação do contorno de significação de acesso à justiça, particularmente, naquilo que diz respeito às premissas da efetividade e da tempestividade, se estabelece como ponto inicial do caminho a ser percorrido pelo trabalho; passando, em um segundo momento, ao diálogo com o Projeto de Florença e as ondas de acesso à justiça, até a implantação dos Juizados Especiais, instrumento de efetividade de acesso à justiça.

Na última etapa, o pretendido é discorrer sobre alguns dos aspectos que causam ruídos e empecilhos na busca pela promoção do acesso à justiça, os problemas enfrentados pelos Juizados Especiais, no que tange ao tempo de duração do processo e ao congestionamento. Para tanto, alguns dados de relevantes pesquisas do Conselho Nacional de Justiça serão apresentados, a título de ilustrar os entraves existentes.

Acesso à justiça em resignificação

Destarte, é imprescindível anotar que o conceito da expressão “acesso à justiça” passou por modificações importantes, em face das mudanças também ocorridas no processo civil, vislumbrada na superação da noção individualista dos direitos própria do Estado Liberal, de maneira que o acesso à justiça, à proteção judicial, estava fundado, em sua essência, em um direito formal (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9). A superação anteriormente referida passa pela transição da visão mais individualista das sociedades para uma visão mais coletiva, na medida em que, ocorria também, uma profunda transformação no conceito de direitos humanos, sendo tais direitos “[...] necessários para tornar *efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos* [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10-11).

Além da garantia de acesso ao Judiciário, faz-se necessária a presença de uma garantia no sentido de proporcionar um tratamento igualitário, sob pena de não haver a participação em um processo justo, pois, vale destacar, a igualdade é questão comum em toda concepção de Justiça (SILVA, 1999, p. 15). Eis que o desafio posto não reside na ampliação dos direitos, sequer na confecção de declarações de direitos, porém seguir o caminho de busca de meios e recursos na finalidade de “[...] tornar, tanto “efetivos”, quanto “coativos”, os direitos que os cidadãos já têm [...]” (ECONOMIDES, 1999, p. 71).

Ao se levar em conta a efetividade no direito de obtenção da tutela do direito material, também há que se falar em tempestividade, superando a clássica concepção de direito

de ação, apenas da solução do litígio, para atribuir a ideia de direito à tutela jurisdicional efetiva, incluindo o direito à tempestividade no direito de ação (MARINONI, 2009, p. 83). Um contraditório participativo, com amplas oportunidades de oferecimento e alegação de conteúdo probatório também é um requisito positivo que diz respeito ao acesso à justiça, contudo, destaca-se que “[...] a justiça, como um instrumento de garantia da eficácia dos direitos dos cidadãos, somente cumprirá seu papel com decisões rápidas em prazo razoável” (GRECO, 2009, p. 78).

Registre-se que, diante do exposto, é pertinente fazer um alerta quando se trata do tema da duração do processo, pois, como propõe Freddie Didier Jr. (2015, p. 96), a título de reflexão, o processo não deve ser rápido, pois deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso sob análise. Conforme anota José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 5), se uma Justiça lenta implica em uma Justiça má, não é certo que uma Justiça rápida seja sempre uma Justiça boa, tendo em vista que o mais importante é que a prestação jurisdicional seja melhor e, se para isso, se torna necessária a aceleração da Justiça, que tal medida não seja tomada a qualquer preço.

Tais considerações se tornam importantes para clarificar que o presente trabalho não possui o intuito de atribuir à celeridade, pura e simplesmente, a causa dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário. Em verdade, o trabalho destaca, dentre tantos, esse aspecto problemático para desenvolvimento, mas sempre em observância ao devido processo legal.

O projeto de Florença e as ondas de acesso à justiça

O movimento de acesso à justiça, *access-to-justice*, teve seu início nos idos da década de setenta, em diversos países do mundo, sendo, deste período, o Projeto de Florença, que contava com a coordenação de Mauro Cappelletti e Bryan Garth e financiamento da *Ford Foundation* (JUNQUEIRA, 1996, p. 389-390). Quanto a não participação do Brasil no Projeto de Florença, apesar de que países como México, Colômbia, Chile e Uruguai se encontrarem representados, tal situação pode decorrer de duas indagações interessantes: a dificuldade de conseguir o contato de pesquisadores brasileiros com interesse na questão ou, ainda, pela falta de interesse dos pesquisadores, pois o tema passa a fazer parte do cenário acadêmico em circunstâncias de abertura política ocorrida naquela época (JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

Oportuno salientar, segundo Junqueira (1996, p. 390), que o caso brasileiro não teria acompanhado o processo das três ondas trabalhadas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, contudo, isso não inviabiliza uma breve análise pelo que cada uma dessas ondas consistiria, com o escopo de enriquecer a compreensão em torno da temática em desenvolvimento.

As denominadas ondas de acesso à justiça são posições básicas decorrentes do interesse do acesso à justiça de forma efetiva, em que, na primeira onda, tem-se como solução para a questão do acesso, a assistência judiciária; na segunda onda, a representação jurídica para os interesses difusos; e, na terceira onda, englobando os posicionamentos anteriores, o enfoque

de acesso à justiça, denominado dessa forma porque tenta lidar com os obstáculos de forma mais articulada (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

No que diz respeito à assistência judiciária, foco na primeira onda de acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 32) chamam a atenção para a importância do auxílio prestado pelo advogado, figura essencial na maioria das sociedades modernas e, nessa esteira, são vitais métodos cujo escopo seja levar a assistência judiciária para aqueles que não possuem condições de custeá-la. No sistema *Judicare*, a assistência judiciária é tida como um direito, destinando-se aos indivíduos que estejam em conformidade com os moldes legais, em que advogados particulares são remunerados pelo Estado (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35). Por outro turno, há, também, o modelo de advogados remunerados pelos cofres públicos, em que pequenos escritórios situados nas comunidades mais pobres estariam ao alcance dessa parcela da população, com o fim de facilitar o contato e diminuir os obstáculos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 40).

Na relação entre acesso à justiça e o custo do processo, cumpre salientar que o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, proporciona a reivindicação de outros direitos e, por essa razão, a Justiça deve ser a todos acessível, não apenas aos que reúnam condições de arcar com os seus custos, o que implicaria no reconhecimento de uma falsa garantia, ou garantia restrita aos que possam custeá-la (MARINONI, 2002, p. 38).

A segunda onda de acesso à justiça tinha seu foco voltado para “[...] o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diverso daqueles dos pobres [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49). A dualidade estampada na concepção tradicional do processo civil, em que duas partes, na busca de uma solução para a controvérsia entre elas e de seus direitos individuais, acabava por limitar o espaço para a proteção dos mencionados direitos difusos, de maneira que a estrutura existente de regras e normas sobre a legitimidade, procedimentos e atuação dos juízes não estavam voltadas para a facilitação para os particulares que intentassem demandas por interesses difusos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

Uma nova inserção, com base no comentário a partir do trabalho de Eliane Botelho Junqueira, serve para uma importante elucidação sobre o caso brasileiro:

[...] Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos de produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas, também participe da discussão sobre direitos coletivos e sobre informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde (JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

Tomando as considerações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 50), uma série de revisões e transformações em conceitos pré-existentes, como a representação dos titulares do direito difuso, tendo em vista a impossibilidade de comparecimento de todos em juízo, ou mesmo das questões atinentes à coisa julgada, se tornariam necessárias. A

remodelação das noções tradicionais, desenvolvidas para atender a sistemas e Estados distintos dos existentes hodiernamente, naquilo que diz respeito à legitimidade e coisa julgada surge como exigência quando se trata de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (MARINONI, 2002, p. 59).

A primeira e a segunda onda são reformas cuja importância é reconhecida, contudo, apresentam limitações, a sua premissa básica é a busca pela efetiva representação de interesses que antes careciam de representação ou era ela insuficiente, sendo, a partir dessa noção, que ocorreria uma ampliação do alcance, um novo enfoque de acesso à justiça, assim, uma terceira onda (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67). Oportuno destacar:

[...] Essa "terceira onda" de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos "o enfoque do acesso à Justiça" por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

O enfoque de acesso à justiça encontrado na terceira onda abre o leque de oportunidades de exploração no sentido de ampliar a variedade de reformas e, nesse contexto, tais reformas estariam ligadas a mudanças estruturais de tribunais ou mesmo a criação de novos tribunais, além de modificações nos procedimentos e o emprego de formas alternativas de solução de litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71).

O Juizado Especial como instrumento de efetivação do acesso à justiça

Nesse ponto, interessante lembrar a questão em torno da vaga conceituação de efetividade, além de que, ao tentar alcançar tal finalidade, fica perceptível a possibilidade de perseguir um objetivo utópico, por isso, é importante saber quais obstáculos à efetivação podem e devem ser alvo na busca pelo efetivo acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 15). A respeito do direito à prestação jurisdicional efetiva, Luiz Guilherme Marinoni faz as seguintes considerações:

[...] O direito à prestação jurisdicional efetiva não pode ser visto como um direito a uma prestação fática. Mas também não pode ser visto apenas como i) o direito à técnica processual adequada, ii) o direito de participar através do procedimento adequado ou iii) o direito à resposta do juiz. Na verdade, o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba esses três direitos, pois exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p, ex., ações coletivas) e, por fim, a própria resposta jurisdicional (MARINONI, 2004, s.p.).

Proporcionar o acesso à justiça por todos é um dever do Estado e, considerando que os possuidores de dificuldade de enfrentar as formalidades relacionadas ao procedimento comum são, justamente, aqueles que merecem técnicas processuais diferenciadas, o procedimento dos Juizados Especiais foi criado, tomando como base essa ideia (MARINONI, 2004, s.p.). Os juizados especiais são frutos de uma evolução de experiências brasileiras, iniciada com os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, dos juizes do Rio Grande do Sul, em um primeiro momento não possuíam previsão legal, contudo, diante da positiva resposta, receberam regulamentação via lei própria (SALOMÃO, 1999, p. 89). Posteriormente, foram estabelecidos os Juizados de Pequenas Causas, em que a fixação da competência tomava como critério o valor patrimonial da questão, pela Lei Número 7.244 de 1984³ e, tal experiência, acabou se mostrando bem sucedida, levando o cidadão a descobrir, com ajuda da mídia, que a Justiça se tornara mais acessível (SALOMÃO, 1999, p. 89). Sobre os Juizados de Pequenas Causas, anota Ada Pellegrini Grinover:

[...] a generosa idéia [sic] de acesso à justiça, que moveu o legislador brasileiro na instituição dos Juizados de Pequenas Causas, não só não é incompatível, como é balizada pela observância do “devido processo legal”. E isso porque o acesso à justiça não se confunde nem se esgota na possibilidade de todos levarem suas pretensões aos tribunais, mas significa a oportunidade de efetiva e concreta proteção judiciária, mediante o justo processo, entendido como conjunto de garantias que permita efetivamente às partes a sustentação de suas razões, a produção de suas provas, a possibilidade de influir sobre a formação do convencimento do juiz (GRINOVER, 1988, p. 203-204).

Os Juizados Cíveis e Criminais constituem determinação da Constituição Federal de 1988, contudo, foram necessários sete anos para a regulamentação (SALOMÃO, 1999, p. 90-91). O procedimento dos juizados especiais foi elaborado pelo legislador e sua configuração procura tornar mais efetivo o acesso à justiça, em consonância com as disposições da Constituição Federal, mais precisamente os incisos XXXV⁴ e LXXIV⁵, ambos do artigo 5º, tratando, respectivamente, do direito de acesso à justiça por todos e o direito à assistência judiciária gratuita (MARINONI, 2002, p. 42).

A Lei dos Juizados Especiais, Lei Nº 9.099 de 1995, cuida da regulamentação dos Juizados Cíveis e Criminais, sendo, em ambos, o processo orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além de que, sempre que possível, buscar a conciliação ou a transação, nos termos de seu artigo 2º (BRASIL, 1995). Os

³ A lei regulava o Juizado Especial de Pequenas Causas, sua criação e funcionamento, encontrando-se atualmente revogada pela Lei Número 9.099 de 1995 (BRASIL, 1984).

⁴ Redação: “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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

⁵ Redação: “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: [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988).

Juizados Especiais Cíveis, especificamente, contam com sua competência disciplinada no artigo 3º, a seguir transcrito:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo (BRASIL, 1995).

A importância da criação dos Juizados Especiais é indicativa de uma mudança presenciada no Judiciário, pois ampliou o acesso à justiça e a própria concepção de justiça (SADEK, 2004, p. 95). A instituição dos Juizados Especiais foi pautada em novos valores, no sentido de modernizar a prestação jurisdicional, atendendo aos primados da celeridade e eficiência, promovendo, de forma simplificada e com menos custos, o acesso à justiça, de maneira que tal modernização acompanhe as transformações da sociedade (LAZZARI, 2016, p. 33).

Empecilhos, ruídos e obstáculos na promoção de acesso à justiça via microsistema dos Juizados Especiais

Uma justiça célere e efetiva é um dos anseios de toda a sociedade, de forma a se tornar uma exigência por parte dos jurisdicionados, ao passo que, o Poder Judiciário, por outra via, assiste ao crescimento da demanda (LAZZARI, 2014, p. 128). O crescimento no número de ações judiciais traz consigo uma demonstração de conscientização da população, do conhecimento de seus direitos, bem como é possível observar um ponto positivo relacionado à democratização do acesso à justiça, contudo, também acaba lançando um luzeiro sobre a baixa qualidade da prestação dos serviços públicos (LAZZARI, 2014, p. 128).

O aumento exponencial de ações motivado pela ampliação do acesso à justiça, bem como, importante frisar, “[...] diante da falta de condições do Poder Judiciário de responder por esse crescimento da demanda na forma e no tempo esperados pela população”, acabam por expor a crise existente (LAZZARI, 2014, p. 128).

A morosidade é um dos empecilhos identificáveis ao acesso à justiça nos Juizados Especiais, por isso, é de relevância ímpar apontar alguns dados apresentados nos relatórios mais recentes sobre o tempo médio de tramitação dos processos. Para tanto, as duas últimas pesquisas “Justiça em Números”, elaboradas e divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça serão apresentadas, de forma a estabelecer uma conexão entre os apontamentos teóricos realizados e os dados coletados na Justiça brasileira.

A primeira a ser analisada é a pesquisa publicada em dois mil e dezessete (2017), tendo como ano-base dois mil e dezesseis (2016). Levando em consideração as limitações metodológicas apontadas no relatório, a análise das estatísticas deve ser feita com as cautelas

necessárias e, para fins do trabalho aqui desenvolvido, dois dados serão destacados: o tempo médio até a prolação da última sentença na fase de conhecimento e na fase de execução, em relação aos Juizados Especiais estaduais e das Turmas Recursais estaduais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 130). A apresentação dos referidos dados possui o caráter de ilustrar o tema do tempo de tramitação do processo, logo, o tratamento dado pelo presente trabalho não possui a intenção de esgotar o tema e, considerando também as circunstâncias e formas de elaboração do relatório, é recomendada a análise diretamente da fonte, o Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de evitar interpretações equivocadas.

Nos Juizados Especiais estaduais, o tempo médio de duração do processo de conhecimento foi de dez (10) meses, enquanto o de execução foi de um ano (01) e dois (02) meses; ao passo que, nas Turmas Recursais estaduais, o tempo médio foi de sete (07) meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 131-132).

Já na segunda pesquisa Justiça em Números, publicada em dois mil e dezoito (2018) e tendo como referência o ano-base de dois mil e dezessete (2017), o tempo de médio de duração do processo de conhecimento foi de dez (10) meses, enquanto o de execução foi de um (01) ano e três (03) meses; ao passo que, nas Turmas Recursais estaduais, o tempo médio foi de seis (06) meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 143-144).

Registre-se, um dos maiores desafios enfrentados está na tentativa de fornecer uma tutela efetiva e tempestiva ao jurisdicionado, especialmente diante de duas situações, a de falta de aparelhamento do Estado para a prestação efetiva e em razão da necessidade de tempestividade sofre modificações em sintonia com as mudanças na sociedade e dos direitos (MARINONI, 2002, p. 44).

O aumento exponencial das relações de consumo na atual configuração de sociedade provocou expressivo aumento no contingente de litígios e, com o advento dos Juizados de Pequenas Causas, passou a fazer parte no percurso jurisdicional mais simplificado, percebendo o cidadão que, em razão da gratuidade, informalidade e celeridade dessa via de resolução, havia possibilidade de aproveitamento de tal sistema (HERMANN, 2010, p. 44).

Outro relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (2012), sobre os cem (100) maiores litigantes, merece ser comentado, pois ilustra os mais acionados judicialmente. Novamente, vale o alerta: sempre é necessário, ao realizar uma análise de pesquisas, verificar as condições em que foi realizada, métodos empregados e outros aspectos relevantes, sob pena de interpretação equivocada. Para tanto, é recomendada a leitura da pesquisa diretamente da fonte, o Conselho Nacional de Justiça.

Feita essa observação, com base nos dez primeiros colocados na listagem dos cem (100) maiores litigantes nos Juizados Especiais estaduais (contendo o percentual de processos em relação ao total de processos ingressados no ano de dois mil e onze – 2011 – no período entre primeiro de janeiro e trinta e um de outubro), há uma financeira, bancos e prestadores de serviço de telefonia (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 24), contudo, o relatório não apresenta os tipos de demandas.

Por outro lado, no relatório Justiça em Números, de dois mil e dezessete (2017), ano-base de dois mil e dezesseis (2016), há dados referentes aos assuntos mais demandados nos Juizados Especiais, sendo, na Justiça estadual, o primeiro lugar, 15,15%, referente a direito do consumidor, responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 170). Na análise da pesquisa Justiça em Números de dois mil e dezoito (2018), ano-base de dois mil e dezessete (2017), os assuntos mais demandados nos Juizados Especiais estaduais foram referentes a direito do consumidor, responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral, que ficou no patamar de 15,15% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 184).

Um terceiro relatório também merece ser destacado. Publicado em dois mil e treze (2013), o Diagnóstico sobre os Juizados Especiais Cíveis, desenvolvido conjuntamente pelo Conselho Nacional de Justiça e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, dentro das metodologias aplicadas pela pesquisa⁶, colheu os dados de três unidades da federação, Amapá, Ceará e Rio de Janeiro para elaboração do relatório.

Com base no tipo de conflito conforme registrado no processo, a pesquisa aponta que a maioria das causas versa sobre relação de consumo – Amapá com 78,57%; Ceará com 51,38%; e Rio de Janeiro com 92,89% – ao passo que, quando verificada a especificação do tipo de conflito consumerista conforme registrado no processo, destaca-se que no Ceará e Rio de Janeiro, o maior percentual de tipos de causa é sobre sistema financeiro, 33,93% e 32,29%, respectivamente, enquanto no Amapá, o tipo varejo aparece em primeiro com 53,50%, e o tipo sistema financeiro aparece em terceiro, com 15,73% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 20).

Analisando os dados no sentido de verificar os requeridos nos processos em questão, no Rio de Janeiro, 94,47% dos processos selecionados para pesquisa tinham como requerido pessoa jurídica, enquanto no Ceará, 47,71%, e, no Amapá, a maioria dos requeridos são pessoas físicas, 63,46% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 22).

É necessário lembrar o objetivo principal dos Juizados Especiais, qual seja:

[...] o objetivo central desses juizados não é resolver a crise do Judiciário, mas democratizar o acesso, propiciar um espaço para o desenvolvimento de uma nova mentalidade e para o tratamento processual mais adequado de causas de menor complexidade, tornando a instituição um serviço público capaz de chegar a soluções de controvérsias (julgamento e execução), de forma barata e rápida (SADEK, 2004, p. 95).

⁶ A pesquisa em questão está voltada para a Justiça estadual, o que tornou imprescindível que tanto o recorte amostral quanto desenho de pesquisa adotados possibilitassem a realização de comparações entre as unidades da federação, além disso, “[...] em virtude da complexidade logística de uma pesquisa desse tipo, optou-se por reduzir o escopo de estudo a três unidades da federação: Amapá, Ceará e Rio de Janeiro” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013, p. 7).

O microssistema dos Juizados Especiais foi criado justamente para atender a essa finalidade maior, em que, o acesso direto e gratuito, além da informalidade, simplicidade e celeridade; valorizando, ainda, a busca de soluções amigáveis, a conciliação, são colocados em patamar diferenciado (SADEK, 2004, p. 95).

Interessante, por fim, trazer as considerações feitas por Lazzari (2014, p. 130), quando analisa a questão da morosidade nos Juizados Especiais federais, mas que pode ser transportando para o presente estudo, pois o que se observou foi a lentidão na solução dos litígios, tendo em vista a relação entre o volume de causas e a capacidade de processamento e, a superação dessa situação, passa pelas demandas existentes e a busca por medidas eficazes em relação às causas dos litígios. Ao enfrentar as barreiras ao acesso à justiça, é importante que seja considerada a existência de uma conexão, um inter-relacionamento entre esses obstáculos, de forma que não podem ser eliminados de maneira particular, um por um (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29).

Considerações finais

As transformações ocorridas no seio da sociedade e a sua reformulação, aliadas ao desenvolvimento das concepções em torno dos direitos inerentes ao acesso à justiça resultaram na projeção de reflexos no Poder Judiciário, no que tange, especificamente ao até aqui trabalhado, no crescimento do número de demandas, de forma a evidenciar diversos problemas, notoriamente conhecidos, como a falta de estrutura para fornecer a prestação jurisdicional mais adequada, para ficar em um exemplo dentre tantos.

No dado momento histórico, em que a informação está ao alcance de uma quantidade de indivíduos inédita, a população tem se conscientizado e buscado a tutela de seus direitos, o que em outro momento, acontecia em menor proporção. Contudo, referida situação também acabou por revelar as diversas deficiências que o Poder Judiciário possui, dificultado a prestação ao jurisdicionado, colocando em cheque os modelos existentes.

As considerações, portanto, seguem a tônica de buscar saídas para os diferentes problemas enfrentados, sem comprometer as principais garantias constitucionais, por meio de um diagnóstico mais denso, tanto de forma horizontal e vertical, com o aprimoramento da coleta e tratamento dos dados fornecidos pelos tribunais, no sentido de identificar as causas e combatê-las efetivamente.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2018.

- _____. Lei Nº 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. DOU de 08.11.1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 06 jun. 2018.
- _____. Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DOU de 27.9.1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 maiores litigantes. CNJ, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2018.
- _____. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2018.
- _____. Justiça em números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 07 out 2018.
- _____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Relatório de Pesquisa. Diagnóstico sobre juizados especiais cíveis. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20288>. Acesso em: 07 out. 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Freddie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 17 ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.
- ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce [et al] (Orgs.). Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6742>>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- GRECO, Leonardo. Justiça civil, acesso à justiça e garantias. In: Estação Científica (Edição Especial de Direito), Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out.-nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4303/artigo-04.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 25, n. 97, p. 191-218, jan.-mar. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181826>>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- HERMANN, Ricardo Torres. O tratamento das demandas de massa nos juizados especiais cíveis. 166 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) –Fundação Getúlio Vargas Direito Rio, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7797>>. Acesso em: 09 jun. 2018.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. In: Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, dez. 1996. Disponível em: <<http://>>

- bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- LAZZARI, João Batista. Os juizados especiais como instrumento de acesso à justiça e de obtenção de um processo justo. *Revista CEJ*, Brasília, a. 20, n. 70, p. 29-37, set.-dez. 2016. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/2164/2071>>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- _____. Juizados Especiais Federais: uma análise crítico-propositiva para maior efetividade no acesso à justiça e para obtenção de um processo justo. 304 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí-SC, 2014. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/55/Tese%20Jo%C3%A3o%20Batista%20Lazzari.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Estação Científica (Edição Especial de Direito)*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out.-nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4304/artigo-5-revisado.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2018.
- _____. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, p. 37-64, dez. 2002. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1770/1467>>. Acesso em: 06 jun. 2018.
- _____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 07 jun. 2018.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- SALOMÃO, Luis Felipe. Sistema nacional de juizados especiais. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 85-94, 1999. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/73179>>. Acesso em: 06 jun. 2018.
- SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, abr. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

A prova do feriado local para fins de demonstração da tempestividade dos recursos cíveis segundo a jurisprudência do STJ: uma análise do entendimento firmado por sua Corte Especial no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 957.821/MS

Tiago Figueiredo Gonçalves¹

Emmanuel Domingues²

André Silva Martinelli³

Resumo: Este artigo objetiva analisar a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça à regra inserta no § 6º do artigo 1.003 do CPC/2015, que exige, para fins de comprovação da tempestividade do recurso, que o feriado local seja comprovado no ato de sua interposição. De acordo com o entendimento firmado pela Corte Especial daquele sodalício no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 957.821/MS, o não cumprimento da exigência feita na referida regra consiste em vício processual insanável e, portanto, insuscetível de correção por meio da cláusula geral de sanabilidade prevista no § único, do art. 932, do código processual em vigor. Ocorre que tal entendimento se revela contrário ao princípio da primazia da solução de mérito, também aplicável em grau recursal, e às regras processuais que autorizam a correção de vícios meramente formais, como é o caso da prova feriado local.

Palavras-chave: Processo; Recurso; Admissibilidade; Feriado local; Primazia da solução de mérito.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1999), mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Atualmente é Diretor da ESA/ES, Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil do Centro Universitário do Espírito Santo, Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, Professor da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES (graduação e mestrado), Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Espírito Santo. tfgoncalves2@gmail.com.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2007). Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Potiguar - UnP (2008) e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2014). Mestrando no Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo. Assessor de Nível Superior para Assuntos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. mano029@gmail.com.

³ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV (2008). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória- FDV (2014). Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Introdução

Uma das maiores preocupações do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) está na estruturação de um modelo de processo que vise alcançar, sempre que possível, a solução de mérito das demandas levadas a juízo, tendo em vista que este deve ser o principal escopo da relação jurídica processual, mediante a pacificação de interesses em conflito.

Não é por outra razão que dentro das normas fundamentais do processo civil expressamente previstas naquele *códex* (Capítulo I, do Livro I, da Parte Geral) foi inserida em seu artigo 4º diretriz principiológica segundo a qual “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Tal diretriz se espraia para todas as fases do processo, inclusive para a recursal, consoante se pode deduzir das regras do art. 932, § único e 938, § 1º do CPC/15, que exigem que o relator, antes de considerar inadmissível um recurso em razão da existência de vício sanável ou da falta de documentação exigível, conceda ao recorrente a oportunidade para corrigi-los.

Ocorre que, como se verá ao longo desse estudo, ao interpretar a regra do art. 1.003, § 6º, do CPC/15, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Corte Especial, parece ter desconsiderado este princípio e firmado o entendimento no sentido de que a prova do feriado local, no ato da interposição do recurso, para fins de demonstração da tempestividade do recurso, consiste em vício insanável e, portanto, insuscetível de correção, caso não seja feito naquele momento processual.

Trata-se de entendimento firmado nos autos do agravo interno no agravo em recurso especial n.º 957.821/MS, julgado em 20/11/2017 e publicado no Diário da Justiça eletrônico em 19/12/2017, cuja relatoria incumbiu à Ministra Nancy Andrighi por ter proferido o primeiro voto vencedor.

Considerando que com a adoção de um sistema de precedentes pelo CPC/2015 a observância deste julgado passa a ser cogente para todos os juízes e tribunais pátrios (art. 927, inciso V), o estudo da posição do STJ sobre o tema se revela de suma importância, visto que terá significativos reflexos juízo de admissibilidade dos recursos cíveis.

O caso paradigma

O julgado em comento cuida, em suma, de agravo interno interposto contra decisão monocrática proferida pelo então Presidente do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), Min. Francisco Falcão, o qual não conheceu de agravo em recurso especial interposto pelo BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S.A. em razão de sua intempestividade.

Tal decisão foi fundamentada com base no descumprimento, por parte do agravante, do disposto na regra do § 6º, do art. 1.003, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), segundo o qual “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato da interposição do recurso”.

Nas razões do agravo interno, contudo, o banco agravante argumentou que aquele *decisum* se encontrava dissonante do entendimento pacificado pelo STJ, segundo o qual “é possível a comprovação da tempestividade, em virtude de feriado local ou suspensão de prazo processual no Tribunal de origem, quando da interposição do agravo regimental” (fl. 297).

Desse modo, e mediante a comprovação, em agravo interno, da inexistência de expediente forense no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul nos dias 26 e 27 de maio de 2016 em razão do feriado de Corpus Christi, pugnou pelo reconhecimento da tempestividade do agravo em recurso especial.

O relator do recurso, Ministro Raul Araújo, proferiu seu voto no sentido de dar-lhe provimento por entender que a regra do art. 1.003, § 6º, do CPC/2015 não teve o condão de alterar o entendimento jurisprudencial daquela Corte, tendo em vista que ela deve ser interpretada em conformidade com o princípio da primazia da solução do mérito e com a regra geral constante do parágrafo único do art. 932 daquele *códex*, que determina que o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, deve conceder prazo de 05 (cinco) dias ao recorrente para que este supra o vício apontado ou complemente a documentação exigível.

No seu sentir, a ausência de prova de feriado local consiste em vício formal de menor gravidade, plenamente sanável, mormente porque a tempestividade recursal, na verdade, independe da certidão comprobatória de ausência de expediente, que apenas servirá para comprová-la.

Na sequência, a Ministra Nancy Andrighi inaugurou divergência e negou provimento ao recurso, calcando seu voto na literalidade da regra do art. 1.003, § 6º, do CPC/2015, a qual, de acordo com o seu entendimento, não admite a posterior comprovação de feriado local, inexistindo no diploma processual hodierno qualquer regra que autorize a prova daquele fato em momento posterior, tal como ocorre, por exemplo, com o recolhimento do preparo (art. 1.007, § 4º).

Argumentou, ainda, a inaplicabilidade da regra do parágrafo único, do art. 932 do CPC/2015, uma vez que a intempestividade consiste em vício recursal grave e, portanto, insanável.

Ao final do julgamento, o voto do relator foi acompanhado apenas pelo Ministro João Otávio de Noronha, ao passo que o voto divergente proferido pela Ministra Nancy Andrighi foi acompanhado por todos os outros integrantes da Corte Especial do STJ, sagrando-se, portanto, vencedor e impondo, conseqüentemente, o improvimento do recurso.

A guinada de entendimento sobre o tema no âmbito do STJ após o CPC/15

Inicialmente, é importante consignar que o colendo STJ deliberou afetar a questão sob exame à análise de sua Corte Especial, por se tratar de matéria comum a todos os seus órgãos julgadores e que, com o advento da regra do art. 1.003, § 6º, do CPC/2015, passou a ser tratada de maneira disforme no âmbito daquele sodalício, o qual, até então, admitia, assim como o STF, a possibilidade de comprovação de feriado local em momento posterior

à interposição do recurso (*vide* AgRg no AREsp 638.822/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016; AgRg no AREsp 720.413/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016; AgRg no AREsp 137.141/SE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2012, DJe 15/10/2012).

Ocorre que após a introdução da regra do § 6º, do art. 1.003, do CPC/2015, que exige que o feriado local seja comprovado no ato de interposição do recurso, começaram a surgir no âmbito daquela Corte alguns julgados com entendimento no sentido de que aquele novo dispositivo pôs fim ao entendimento então consolidado, não admitindo a flexibilização da prova de ausência de expediente forense para momento posterior (*vide* AgInt no AREsp 1030133/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 19/06/2017; AgInt no AREsp 1057572/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017), não obstante a existência de outros sustentando a inexistência de alteração do entendimento até então consolidado (*vide* AgRg no AREsp 680.695/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 25/08/2017; AgInt nos EDcl no AREsp 963.910/AL, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 18/05/2017).

Este último posicionamento sobre o tema, entretanto, sucumbiu ao julgado sob exame, que entendeu por dar uma interpretação restritiva e não sistemática à regra do art. 1.003, § 6º, do CPC/15, desconsiderando sua base principiológica, que coloca o princípio da primazia da solução de mérito em patamar elevadíssimo, elencando-o expressamente dentre as normas fundamentais do processo civil (art. 4º).

Análise crítica da nova orientação do STJ

A Corte Especial do c. STJ, ao firmar esse entendimento, desprezou a cláusula geral de sanabilidade recursal prevista na regra do art. 932, § único, do CPC/2015, segundo a qual o relator não pode considerar um recurso inadmissível sem antes conferir ao recorrente o prazo de 05 (cinco) dias para sanar o vício apresentado.

Outrossim, ignorou a regra constante do art. 938, § 1º, do mesmo código, que dispõe que nos casos em que o relator constatar a existência de vício sanável, ainda que de ofício, deverá determinar a realização ou a renovação daquele ato processual.

Estas regras visam claramente prestigiar o princípio da primazia da solução de mérito e, ao mesmo tempo, combater a denominada “jurisprudência defensiva”, tão perniciosa aos princípios do amplo acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, dentre outros.

Atento à sua importância, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou os enunciados nºs. 82 e 197 os quais dispõem, respectivamente, que “é dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais” e que

“aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 932 aos vícios sanáveis de todos os recursos, inclusive dos recursos excepcionais”.

É verdade que nem todos os vícios recursais são passíveis de ser sanados, como é o caso daqueles ligados ao direito de recorrer, tais como cabimento, legitimidade e interesse, o que afasta a aplicação da regra do art. 932, § único, do CPC/2015 nessas hipóteses (CHEIM JORGE; SIQUEIRA, 2016, p. 632).

Ocorre que, em se tratando de vícios sanáveis, referentes à forma de recorrer - dentre os quais se incluem a comprovação da tempestividade, regularidade formal e preparo -, a aplicação da cláusula geral de sanabilidade revela-se não apenas possível, mas cogente.

Segundo Alexandre Freitas Câmara:

[...] a decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo (CÂMARA, 2015, p. 45).

Outrossim, mister consignar que diante da existência de diversas correntes doutrinárias sobre a classificação de requisitos de admissibilidade recursal, a melhor solução consiste naquela segundo a qual “quando se tratar de defeito que possa ser corrigido, deverá ser concedido prazo para que o recorrente possa saná-lo, independentemente de se tratar de defeito relacionado a requisito de admissibilidade intrínseco ou extrínseco” (MOUTELLA, 2018, p. 243).

Com fulcro nessa premissa, a ausência de comprovação de feriado local, ao contrário da tempestividade, revela-se como vício formal plenamente sanável, e que enseja a aplicação da cláusula geral de sanabilidade recursal do art. 932, parágrafo único, do CPC/2015.

Como bem consignou o relator do julgado em comento, Min. Raul Araújo, não há que se confundir “tempestividade do recurso com a prova de sua tempestividade”. Aquela revela-se impossível de corrigir pelo simples transcurso do tempo; esta, por sua vez, se mostra perfeitamente corrigível pois consiste em requisito meramente formal que apenas se presta a atestar não ocorrência do fenômeno da preclusão temporal.

Assim, de acordo com o princípio da primazia do julgamento de mérito, a melhor orientação – não adotada pela Corte Especial do STJ no julgado sob exame – consiste naquela segundo a qual antes da inadmissão do recurso, deve o relator intimar o recorrente para trazer prova do feriado local, sobretudo porque, como bem orientam Flávio Cheim Jorge e Thiago Ferreira Siqueira, “não se trata de corrigir o vício da intempestividade [...], mas, tão somente, de demonstrar que, na verdade, o recurso era tempestivo” (2016, p. 636).

Na verdade, observa-se que o voto vencedor proferido pela eminente Ministra Nancy Andrighi não fez esta necessária distinção, afastando a aplicação da regra do art. 932, parágrafo único do CPC/2015 ao caso em análise sob o argumento de que o vício de intempestividade é insanável.

Embora, de fato, a regra do art. 1003, § 6º, do CPC/2015 exija peremptoriamente a comprovação de feriado local no ato da interposição do recurso, é certo que sua redação não autoriza a apressada conclusão de que tal prova possa ser feita posteriormente. Segundo Roque (2018), “o que a regra determina é tão somente que o recorrente tem o ônus de demonstrar o feriado local e que a sua não comprovação no ato de interposição do recurso configura vício processual”.

Assim, e levando-se em consideração que o Código de Processo Civil de 2015, calcado no princípio da primazia da solução de mérito - plenamente aplicável na seara recursal⁴ - está permeado de regras que autorizam a correção de vícios processuais⁵, nada obsta a aplicação da regra de seu art. 932, § único, para autorizar que o recorrente sane o vício de ausência de certidão de feriado local após a interposição do recurso.

Outra não foi a conclusão da I Jornada de Direito Processual Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal, ocorrida entre os dias 24 e 25 de agosto de 2015, a qual aprovou o enunciado n.º 66, que assim prescreve: “Admite-se a correção da falta de comprovação do feriado local ou da suspensão do expediente forense, posteriormente à interposição do recurso, com fundamento no art. 932, parágrafo único, do CPC”.

Ademais, em se tratando de recurso especial e extraordinário, a regra do art. 1.029, § 3º autoriza que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça até mesmo ignorem eventual vício formal de recurso, desde que tempestivo, tal como ocorre com a ausência de certidão comprobatória de feriado local nos casos em que este puder ser averiguado por outros meios ou consista em fato público e notório, hipótese em que poderá ser dispensada a intimação do recorrente para suprir tal vício.

Desse modo, pode-se inferir que a conclusão do julgado em comento possui um nítido viés de “jurisprudência defensiva”, a qual visa unicamente tentar diminuir o número de recursos nos tribunais mediante a criação de entendimentos jurisprudenciais que supervalorizam o formalismo, dificultando, assim, o conhecimento recursal.

De acordo com Pedro Miranda de Oliveira, a “jurisprudência defensiva”, na verdade, revela-se como ofensiva, pois ofende diversos princípios como os da legalidade, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da boa-fé e da cooperação. Nessa medida, o autor afirma que “a jurisprudência ofensiva escancara uma lógica perversa: a primazia do *checklist* sobre a matéria de fundo, ou seja, a prevalência da forma em detrimento do mérito” (OLIVEIRA, 2017, p. 83).

⁴ Essa foi a conclusão do enunciado n.º 372 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual prescreve que “o art. 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo ao órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção”.

⁵ Tal como a regra do artigo 317, que dispõe que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o órgão jurisdicional deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”, a inserida no art. 321, segundo a qual “antes de indeferir a petição inicial, o juiz deve mandar que a parte autora a emende ou a complete”, dentre outras (nesse mesmo sentido, enveredam-se as regras dos artigos 64, 76, 139, inciso IX, 240, 488, 968, §§ 5º e 6º).

Condutas como esta, unicamente voltadas para a diminuição do número de recursos nos tribunais, não mais se coadunam com os rumos traçados pela nova ordem processual eleita pelo CPC/2015, que apregoa “o abandono do *formalismo-excessivo* e a imperiosidade de se aproveitar os atos processuais em sua plenitude, priorizando a resolução de *meritum causae*” (FARIA, 2016, p. 574).

Nessa toada, é fácil constatar que o combate à denominada “jurisprudência defensiva” foi objeto de grande preocupação do CPC/2015, consoante se deduz das regras do art. 1.024, § 5º, que dispensou a necessidade de ratificação recursal após o julgamento de embargos de declaração destituídos de efeitos infringentes, do art. 1007, § 7º, segundo a qual o equívoco no preenchimento da guia de custas não ensejará o reconhecimento automático da deserção, sendo necessário que antes, o relator intime o recorrente para sanar o vício no prazo de 05 (cinco) dias, e daquela constate do art. 218, § 4º, pela qual “será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

Portanto, pode-se concluir que a melhor interpretação para a regra do art. 1.003, § 6º, do CPC/2015 consiste naquela defendida pelo relator do julgado sob análise, Min. Raul Araújo em seu voto vencido, qual seja, a de que na hipótese de não comprovação do feriado local no ato da interposição do recurso, deve ser o recorrente intimado para sanar tal vício, nos termos da regra do art. 932, § único, do CPC/2015. “E isso porque será mera comprovação de que o recurso foi interposto tempestivamente, isto é, apenas o registro de algo que já aconteceu no processo” (CHEIM JORGE, 2017, p. 173).

Cumprido registrar que alguns doutrinadores, tais como Flávio Cheim Jorge (2017, p. 173) e Vinícius Silva Lemos (2018, p. 152) entendem que para a aplicação da regra acima referenciada (art. 932, § único, CPC/2015) é necessário que o recorrente ao menos alegue a ocorrência de feriado local em sua petição recursal. Tal interpretação, todavia, parece mitigar o sentido da cláusula geral de sanabilidade recursal, impondo restrição à sua aplicabilidade, o que não se coaduna com o princípio da primazia da solução de mérito.

De fato, é oportuno reconhecer o incontável número de feriados locais existentes país a fora, o que impede o pleno conhecimento de todos pelos advogados, a quem compete o encargo do controle dos prazos processuais, sendo certo que impedir a correção de um vício essencialmente formal como este em virtude de sua não alegação nas razões do recurso consiste em medida que prejudicará muito mais as partes do que os seus patronos, impedindo, assim, a efetiva entrega da prestação jurisdicional, a qual só pode ser considerada plena quando se imiscuir no mérito do recurso.

Registre-se, por oportuno, que nem mesmo em casos que é fato público e notório – e, portanto, que independe de prova (art. 374, I, CPC/15) – a ocorrência de feriado local, tal como ocorre com as segundas-feiras de carnaval e o dia de Corpus Christi – nas quais, como é consabido, não há expediente forense em nenhum tribunal do país –, o STJ tem admitido a flexibilização da regra em comento (*vide* AgRg no AREsp 1.258.772/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018; AgRg no AREsp

1333530/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 24/10/2018).

A não admissão recursal em casos como estes, na verdade, produz um efeito reverso ao desejado pelos defensores da “jurisprudência defensiva”, na medida em que incita no recorrente o inconformismo de não ter o mérito de seu recurso analisado em razão de vício estritamente formal.

Nesse quadro, naturalmente a parte prejudicada se utilizará de todos os recursos para tentar sanar o tratamento terrivelmente desigual que se lhe estará atribuído. Assim, o processo que poderia ser encerrado com um acórdão que aplicasse a jurisprudência dominante prolonga-se por muito mais tempo, com a discussão em torno da questão processual que levou ao não conhecimento do recurso. E isso quando, depois do trânsito em julgado, a questão não é reaberta por meio de ação rescisória (MACHADO SEGUNDO, 2016, p. 516).

Conclusão

Diante das considerações acima tecidas, conclui-se que o entendimento mais acertado está no voto vencido do relator originário do acórdão objeto deste estudo, Ministro Raul Araújo, porquanto consagra a aplicação, nas hipóteses de não comprovação de feriado local no ato de interposição do recurso, da cláusula geral de sanabilidade disposta no art. 932, § único, do CPC/2015.

Ao comentar sobre a regra mencionada alhures, Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 1359) orienta que:

Este parágrafo acaba por limitar um dos males que assolam a justiça brasileira de hoje, qual seja, a jurisprudência defensiva, e passa a exigir uma justiça centrada na ótica dos jurisdicionados, privilegiando os julgamentos de mérito. Neste sentido, a falta de documentação, por si só, não deve gerar o não conhecimento do recurso, mesmo quando a documentação seja considerada obrigatória para o julgamento.

Com fulcro nessa premissa, o autor conclui que a decisão de inadmissão do recurso sem prévia oportunidade ao recorrente para sanar os vícios formais encontrados - dentre os quais se inclui, obviamente, aquele constante da regra do art. 1.003, § 6º, do CPC/2015 - e sem fundamentação adequada deve ser considerada nula (ZANETI JUNIOR, 2016, p. 1540).

De acordo com a célebre frase de Eros Roberto Grau, ex-ministro do STF, em voto de vista proferido nos autos da ADPF n.º 101, “não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas” (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00011).

Nessa medida, uma interpretação isolada do referido artigo 1.003, § 6º, desconsiderando que toda a sistemática processual vigente - que visa claramente dar mais importância à solução do mérito do recurso do que ao seu não conhecimento por vício meramente formal, plenamente corrigível sem quaisquer dificuldades -, se revela, no mínimo, descuidada, não cautelosa, para não dizer inocente.

Portanto, pode-se deduzir que ao adotar o entendimento firmado pela Ministra Nancy Andrighi no primeiro voto vencedor, a Corte de vértice do STJ perdeu a oportunidade de interpretar a regra de comprovação de feriado local de acordo com as regras que autorizam a sanativa de vícios formais em recursos e com os princípios fundamentais do processo civil, sobretudo os princípios da primazia da solução de mérito e da cooperação, conferindo-lhe interpretação que flerta sobejamente com a indesejada "jurisprudência defensiva", a qual não encontra qualquer respaldo na Constituição Federal e na ordem processual em vigor.

Referências

- CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, p. 42-50, set./out. 2015.
- CHEIM JORGE, Flávio. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.
- CHEIM JORGE, Flávio; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos: notas sobre o art. 932, parágrafo único, do CPC/15. In: MACÊDO, Lucas Buril de et al. (Org.). *Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- FARIA, Márcio Carvalho. O novo Código de Processo Civil vs. A jurisprudência defensiva. In: MACÊDO, Lucas Buril de et al. (Org.). *Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LE MOS, Vinícius Silva. *Recursos e processos nos tribunais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Os recursos no novo CPC e a "jurisprudência defensiva". In: MACÊDO, Lucas Buril de et al. (Org.). *Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MOUTELLA, Mariana Rodrigues. Sanabilidade de vícios dos recursos. In: NÓBREGA, Guilherme Pupe da et al. (Coord.). *Código de Processo Civil no STF e STJ*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- ROQUE, André Vasconcelos. Posso comprovar feriado local após interpor o recurso? Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/posso-comprovar-o-feriado-local-apos-interpor-o-recurso-18092017>>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. Comentários de Hermes Zaneti Jr. ao art. 932. In: CABRAL, Antonio Passo; CRAMER, Ronaldo (Org.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal

Walméa Elyze Carvalho¹

Sara Barbosa Miranda²

Resumo: O presente estudo pretende analisar a aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito – consagrado no art. 4º do Código de Processo Civil – em grau recursal, a partir de três vertentes: 1) ataque à jurisprudência defensiva; 2) saneabilidade dos vícios; e 3) fungibilidade recursal. Serão destacados os vários dispositivos legais, ao longo da lei processual, que conferem aplicabilidade ao mencionado princípio, tornando-o eficaz, em homenagem ao processo civil constitucional.

Palavras-chave: Primazia; Mérito; Recurso; Recursal; Saneabilidade.

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 é inaugurado por um capítulo denominado “Das normas fundamentais do processo civil”, composto por doze artigos. O art. 4º faz alusão a dois princípios fundamentais do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (que tem guarida constitucional no art. 5º, LXXVIII) e o da primazia da resolução do mérito. Esse reconhece o direito das partes de obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Embora a premissa não seja nova, o legislador optou pela previsão expressa do princípio, a fim de evidenciar que o acesso à justiça não se limita à mera garantia de acesso ao Judiciário, englobando também o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo, é dizer, solução da crise jurídica levada ao conhecimento do Poder Judiciário.

Assim, não basta que o cidadão tenha acesso ao Estado-juiz, a função jurisdicional deve ser prestada com qualidade e efetividade, em homenagem ao postulado da máxima coincidência, que determina que *o processo deve dar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito de receber*.

O novo modelo processual civil brasileiro guarda correspondência com os direitos e garantias processuais presentes na Constituição da República. Reforça-se a ideia de que todo o processo é constitucional, sobressaindo a preocupação em dar concretude aos direitos fundamentais.

¹ Mestranda da Universidade Federal do Espírito Santo.

² Mestranda da Universidade Federal do Espírito Santo.

Vendo a questão sob essa lente, Hermes Zaneti Junior afirma, em sua obra “Constitucionalização do Processo”³:

Todo processo é público. Todo processo é constitucional, se todos os ramos do direito servem-se, na velha expressão de Pellegrini-Rossi, da seiva do direito constitucional, como os galhos e ramos de uma árvore, não há como afirmar a existência de um processo que não seja constitucional. Todos os direitos são frutos de uma herança genética, que no Estado Democrático Constitucional os conforma e justifica.

Não se pode admitir que ocorra, portanto, qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática e o processo civil legislado infraconstitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios. Não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito é um processo constitucional (ZANETI JUNIOR, 2014, p. 162).

É o reconhecimento do que Konrad Hesse denomina *força normativa da constituição*, que evidencia a Carta Magna como principal veículo normativo do sistema jurídico, dela se extraíndo as linhas mestras para criação e interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Isso é, aliás, afirmado no art. 1º do CPC, que diz: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Logo após, atendendo a essas premissas do constitucionalismo democrático, destaca-se a previsão do art. 4º do CPC, berço do princípio da primazia de resolução do mérito, que enfatiza ser direito das partes obter “a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

O princípio revela a preocupação do legislador em garantir que o processo sirva à sua finalidade, qual seja, prestação da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, mediante o processo justo.

O comando legal é para que o julgador evite a prolação de sentenças terminativas, priorizando-se as sentenças meritórias. Para tanto, o juiz deverá, sempre que possível, superar os vícios processuais, ignorando-os ou permitindo seus saneamentos, a fim de que se possa, efetivamente, examinar o mérito da causa e resolver o conflito de interesse levado ao Judiciário.

Em grau recursal, o que o princípio visa garantir é que os recursos interpostos pelas partes tenham seus méritos apreciados, afastando-se o excesso de formalismo na fase de admissibilidade recursal.

Nesse sentido, os ensinamentos de Fredie Didier⁴:

³ ZANETI Junior, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 162.

⁴ DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1, p. 168-169.

O CPC consagra o princípio da *primazia da decisão de mérito*. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada – seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental (DIDIER, 2018, p. 168-169).

Oportuno mencionar que o princípio em comento está alinhado com as premissas do formalismo-valorativo e com o princípio da instrumentalidade das formas, afastando o formalismo excessivo referido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁵. É a prevalência do direito material em detrimento do direito processual.

Concentrando-se no objeto do presente estudo, que é o princípio da primazia de julgamento do mérito em grau recursal, nas próximas linhas, serão destacadas as principais regras processuais, contidas no vigente Código, que concretizam o referido princípio, analisando-se o tema à luz de três principais vertentes: 1) ataque à jurisprudência defensiva; 2) saneabilidade dos vícios; e 3) fungibilidade recursal.

Ataque à jurisprudência defensiva

Primeiramente, é preciso destacar o que se entende por jurisprudência defensiva. Trata-se de um excesso de formalismo na admissão recursal.

Com o evidente fim de diminuir o número de recursos a serem julgados, os Tribunais passaram a criar óbices para ultrapassar a fase de admissão ou recebimento dos recursos, movimento denominado pela doutrina de *jurisprudência defensiva*.

Como se sabe, interposto o recurso, há um duplo exame: primeiro o julgador analisa a presença dos requisitos de admissibilidade recursal e, estando presentes, fala-se que o recurso é admitido, recebido ou conhecido; na sequência, passa-se ao segundo exame, consistente na apreciação das razões recursais, para acolhê-las, se fundadas, ou rejeitá-las, caso contrário.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 – orientado pela primazia do formalismo –, os Tribunais interpretavam os requisitos de admissibilidade recursal com excessivo rigor, criando verdadeiros obstáculos de acesso às Cortes Superiores. Era possível se falar em primazia da inadmissibilidade, primazia do *check list*⁶ sobre a matéria de fundo.

No entanto, essa não é a opção do ordenamento jurídico atual. Aliás, o sistema do CPC/2015 é oposto, privilegia o exame do mérito recursal. Como já afirmado, o direito material ganha relevo em detrimento do formalismo processual.

⁵ ALVARO, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo, v. 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.

⁶ Expressão utilizada por de OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado. Revista dos Tribunais, v. 950, dez. 2014.

Assim, ao longo da nova legislação processual, o legislador fez questão de pontuar e derrubar todas as hipóteses de jurisprudência defensiva, a fim de que se chegue ao exame do mérito recursal.

Nesse contexto, destaca-se a regra inserta no art. 1.024, §5º, do CPC⁷, que afasta a necessidade de ratificação do recurso interposto, caso os embargos de declaração opostos pela outra parte não sejam recebidos ou não alterem a conclusão da decisão recorrida. Esse dispositivo é responsável pelo cancelamento do Enunciado nº 418, da Súmula do STJ, que dizia: "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

Por sua vez, a regra do art. 218, § 4º, do CPC⁸, afastou aquilo que a jurisprudência defensiva denominava de *recurso prematuro*, passando a considerar tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo. Na vigência do pretérito Código, a jurisprudência considerava intempestivo o recurso interposto antes do início do prazo recursal (recurso prematuro) ou após escoado tal prazo.

Neste particular, vale lembrar que a lei processual considera como início do prazo a intimação (art. 230). Todavia, desde a publicação a decisão está disponível. Assim, é possível que a parte interponha o recurso antes de ser intimada, já que tem acesso ao conteúdo da decisão já publicada nos autos. No sistema anterior, havia inadmissão do recurso, por intempestividade (prematura).

Ora, como se sabe, a intimação é para dar ciência, não para iniciar a contagem do prazo recursal. Esse é um efeito da intimação. Se o efeito é atingido mesmo sem a prática do ato, o processo deve prosseguir. Ou seja, se já houve ciência, a intimação é desnecessária.

Percebendo o absurdo da intempestividade do recurso prematuro, os Tribunais Superiores criaram a *intempestividade sanável*, permitindo que o recurso interposto antes do prazo fosse reiterado após a efetivação da intimação da parte. Em que pese o avanço, foi pequeno, já que o obstáculo não foi retirado por completo, pois ainda era exigida a reiteração do recurso. Somente com a edição do CPC/2015, especificamente, o mencionado art. 218, §4º, é que passou a ser considerado tempestivo o ato praticado antes do início do prazo.

Ainda no campo da tempestividade, o art. 1.003, §4º, do CPC⁹ estabelece que, em casos de recursos remetidos pelo correio, considerar-se-á como data da interposição a data da postagem. Tal dispositivo veio para revogar o Enunciado nº 216, da Súmula do STJ, que estabelecia: "A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio".

⁷ Art. 1024, § 5º, CPC - Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

⁸ Art. 218, § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

⁹ Art. 1.003, § 4º Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem.

Mais uma vez, o legislador agiu com acerto, pois o recorrente não precisa mais se preocupar com a eficiência do serviço público de postagem para saber se o recurso chegará, ou não, dentro do prazo previsto em lei. Além disso, ao considerar como data da interposição a data da postagem, o recorrente desfrutará de todo o prazo legal para elaborar seu recurso, o que não era possível quando considerada a data do protocolo na secretaria, já que, para garantir a chegada tempestiva, dias antes o recurso deveria estar pronto para ser postado.

Outro dispositivo com nítido caráter inovador de combate à jurisprudência defensiva é o art. 1.007, §7º, do CPC¹⁰, que permite que, em caso de preenchimento equivocado da guia de custas, o vício seja sanado, evitando-se a inadmissão por deserção. Neste ponto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores era no sentido de que, ainda que fosse recolhido o valor relativo à interposição do recurso, caso a guia de custas fosse preenchida com algum equívoco, o recurso não seria conhecido¹¹.

Como se percebe, o legislador pretendeu, de forma expressa, afastar aquela jurisprudência que dificultava o conhecimento dos recursos. Trata-se de verdadeira mudança de paradigma.

Não obstante, os Tribunais Superiores ainda não desapegaram do velho hábito e, sempre que possível, ressuscitam aquela ultrapassada jurisprudência defensiva, para inadmitir os recursos. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que a interposição tenha ocorrido na vigência do CPC/1973, hipótese em que, ao invés de homenagear o princípio da primazia da resolução do mérito, o recurso não é recebido, invocando-se entendimentos e súmulas obsoletos¹².

¹⁰ Art. 1.007, § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

¹¹ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREPARO. DUAS GUIAS DE RECOLHIMENTO COM O MESMO CÓDIGO DE RECEITA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO PORTE DE REMESSA E RETORNO. DESERÇÃO. A Corte Especial, no julgamento do REsp nº 924.942, SP, da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, reafirmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que «não basta o pagamento da importância devida na origem, sendo imprescindível o preenchimento correto das pertinentes guias, bem como o recolhimento no Banco do Brasil, sob pena de deserção do recurso» (DJe de 18.03.2010). Espécie em que o recorrente juntou duas guias preenchidas com o mesmo código de recolhimento (referente ao pagamento das custas), de modo que o recurso especial é deserto, porque não comprovado o pagamento do porte de remessa e retorno dos autos. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 165.686/BA, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014)

¹² AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREPARO. GUIA DE RECOLHIMENTO. NÚMERO DE REFERÊNCIA. ERRO NA INDICAÇÃO. DESERÇÃO. MARCO TEMPORAL. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Incumbe ao agravante comprovar o correto recolhimento do preparo no momento da interposição do recurso. 3. O preenchimento incorreto do número de referência do processo implica deserção do recurso de apelação. 4. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao art. 1.046 do CPC/2015 é no sentido de que, tendo sido publicada a sentença na vigência do CPC/1973, as regras do Código de Processo Civil de 2015 não são aplicáveis ao caso concreto. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1198151/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2018, DJe 26/10/2018). AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECLAMO POR CONSIDERÁ-LO INTEMPESTIVO. INSURGÊNCIA DOS AGRAVADOS. [...] 2. A orientação desta Corte, para os recursos interpostos quando da vigência do referido diploma processual civil, é no sentido de que a tempestividade é aferida pelo protocolo da petição na Secretaria do Tribunal

Saneabilidade dos vícios

Uma outra vertente de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal está materializada na regra inserta no art. 932, parágrafo único, do CPC, que permite ao recorrente sanar vícios que poderiam levar à inadmissão do seu recurso.

Estabelece o mencionado dispositivo legal: “Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

Com efeito, atendendo ao novo modelo cooperativo de processo, antes de inadmitir o recurso, o relator deve intimar o recorrente para se manifestar sobre o requisito recursal supostamente ausente e, sendo caso de vício sanável, deve oportunizar o saneamento. Trata-se de um direito do recorrente e, de outra banda, um dever do relator.

Vale lembrar que, nos termos do art. 10 do CPC, está vedada a prolação de decisão surpresa, sendo dever do julgador oportunizar a manifestação da parte sobre a matéria objeto da decisão. Em grau recursal, ao vislumbrar possível causa de inadmissão do recurso, o relator não poderá, desde já, proferir decisão não recebendo o recurso, sendo seu dever, em homenagem ao princípio do contraditório, intimar o recorrente para se manifestar sobre a matéria específica, a fim de que possa influir na decisão que será prolatada.

Entrementes, a regra do parágrafo único do art. 932, parágrafo único, vai além. O recorrente terá não só a oportunidade de se manifestar, como também poderá sanar o vício apontado pelo relator como óbice ao recebimento do recurso.

Por exemplo, deparando-se com um recurso não assinado pelo advogado, o relator deve oportunizar sanar o vício, assinando a peça. Igualmente, interposto um recurso por advogado sem procuração nos autos, a juntada posterior saneia o vício – revogação da Súmula 115 do STJ, que estabelecia: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”.

Outro dispositivo legal que dá concretude ao princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal é a regra disposta no art. 938, §1º, que estabelece: “Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator

de origem e não pela data da postagem na agência dos Correios. Súmula 216 do STJ. 2.1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Ag 1.417.361/RS, firmou orientação no sentido de que, para aferir a tempestividade do recurso interposto por meio de protocolo postal, deve ser considerado o teor da resolução do Tribunal de origem, a fim de perquirir se a referida normativa permitia ou não a utilização do sistema para petições de recurso especial. 3. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao editar a Resolução 747/2013, alterou a Resolução 642/2010, para vedar a possibilidade de interposição de recurso especial por meio do protocolo postal. No caso, o apelo extremo foi interposto já na vigência da Resolução 747/2013, motivo pelo qual sua tempestividade deve ser aferida de acordo com a data de protocolo na secretaria da Corte estadual. 4. Outrossim, consoante jurisprudência do STJ, diante da ilegitimidade do carimbo de protocolo é dever da parte providenciar certidão da Secretaria do Tribunal respectivo, a fim de possibilitar a aferição da tempestividade do recurso, ônus este do qual não se desincumbiram os agravantes. Precedentes. 5. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp 1623416/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018).

determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes”.

Em complemento, o legislador incluiu regra específica para o caso de recurso de agravo de instrumento. Dispõe o art. 1.017, §3º: “Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único”.

Oportuno mencionar que a regra do art. 1.017, §3º, é desnecessária frente a regra do citado art. 932, parágrafo único, que já prevê a possibilidade de complementação de documentação. Contudo, o legislador, conhecedor da jurisprudência defensiva, preferiu ser cauteloso e repetir o preceito, evitando o não conhecimento do recurso.

Os três enunciados prescritivos mencionados são evidentes manifestações do princípio da primazia de mérito em grau recursal.

Hipóteses de não incidência da regra prevista no art. 932, parágrafo único, do CPC

Interpretando-se o enunciado prescritivo previsto no art. 932, parágrafo único, é possível identificar quatro hipóteses em que a regra não incide.

A primeira delas é quando o vício for insanável. Por óbvio, somente vícios sanáveis poderão ser corrigidos e/ou renovados. Um exemplo de vício insanável é a intempestividade recursal. Escoado o prazo recursal, a decisão terá transitado em julgado. Consequentemente, permitir o saneamento caracterizaria violação da coisa julgada.

Oportuno mencionar que pode ocorrer de o recorrente ser intimado para se manifestar sobre suposto vício insanável e, em sua manifestação, afirmar que o vício é sanável. Nesse caso, a melhor maneira de fazer isso, é responder à intimação já corrigindo o vício, caso em que o recurso deverá ser conhecido.

Questão interessante surge quando o relator vislumbra a possível intempestividade recursal, intima o recorrente para se manifestar, e esse alega a existência de feriado local. Nessa hipótese, ao comprovar a existência do feriado, a parte está comprovando que o prazo recursal, na verdade, não se esgotou. Trata-se de vício evidentemente sanável. Não obstante, as Cortes Superiores estão entendendo que o momento adequado para a comprovação do feriado local é o ato de interposição, conforme disposto no §6º do art. 1.003 da lei processual¹³.

¹³ AGRAVO INTERNO. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. [...] IV - A Corte Especial, no julgamento do AREsp n. 957.821/MS, em 20/11/2017, chegou à conclusão de que, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, não é possível a comprovação da tempestividade após a interposição do recurso. V - Não se desconhece, por certo, do feriado nacional de 2/11/2017, que não precisa ser comprovado. Porém, o dia 1/11/2017 e o dia 3/11/2017 não se trata de feriados nacionais, mas sim, feriados locais, os quais deveriam ter sido comprovados no momento da interposição do recurso que pretendia que fosse conhecido, o que não ocorreu no caso concreto. VI - Ressalte-se que, para fins de verificação da tempestividade do recurso dirigido ao STJ, é indiferente que tenha havido ou não expediente forense nesta Corte, pois o agravo e o recurso especial interpostos são endereçados ao presidente do tribunal a quo, regendo-se o respectivo prazo, em matéria de recesso forense e feriados, pela legislação

Tal entendimento vai de encontro ao vigente modelo de processo civil, em especial, contraria o princípio da primazia do julgamento do mérito e, ainda pior, representa um retrocesso da jurisprudência, já que antes do CPC/2015 a Corte Especial do STJ havia sedimentado o entendimento de que era possível a comprovação do feriado local mesmo após a interposição do recurso¹⁴.

Uma segunda hipótese em que se vislumbra inaplicabilidade do art. 932, parágrafo único, é em caso de vício que tenha uma forma adequada para ser sanado. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o relator verifica ausência de recolhimento do preparo, cujo saneamento deve obedecer regramento próprio, previsto no art. 1.007, §4º, do CPC¹⁵, que determina o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

A terceira hipótese que se afasta a incidência do art. 932, parágrafo único, está prevista no Enunciado Administrativo nº 6 do STJ, que estabelece: "Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal".

Com efeito, caso se considere que a natureza do vício não seja *estritamente formal*, não poderá ocorrer o saneamento. O questionamento que se coloca é: o que é um vício estritamente formal?

Como se sabe, os recursos têm forma e conteúdo, sendo certo que esse conteúdo também tem de obedecer a uma forma. Nessa perspectiva, a jurisprudência está entendendo que, se o vício for da forma do conteúdo, a parte não terá a oportunidade de saná-lo. É o caso, por exemplo, de ausência de impugnação específica das razões da decisão impugnada ou de ausência de comparação analítica entre acórdão recorrido e acórdão paradigma.

A última hipótese em que se afasta a aplicação do art. 932, parágrafo único, é no caso do art.1.029, §3º que dispõe que: "O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção,

local (AgRg no Ag n. 1.156.557, MG, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, Dje de 22.09.2010). VII - Não procede, também, a alegação de que é desnecessária a comprovação do feriado local por ser período absolutamente conhecido, tratando-se, portanto, de fato notório. Veja-se que a ocorrência de feriado local, recesso, paralisação ou interrupção do expediente forense deve ser demonstrada por documento idôneo, no ato da interposição do recurso que pretende seja conhecido por esta Corte, providência que não foi cumprida no caso. VIII - Agravo interno improvido. (AgInt nos EDcl no AREsp 1242552/BA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 26/10/2018)

¹⁴ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. 1. A comprovação da tempestividade do recurso especial, em decorrência de feriado local ou de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem que implique prorrogação do termo final para sua interposição, pode ocorrer posteriormente, em sede de agravo regimental. Precedentes do STF e do STJ. 2. Agravo regimental provido, para afastar a intempestividade do recurso especial. (AgRg no AREsp 137.141/SE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2012, DJe 15/10/2012).

¹⁵ Art. 1.007, § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

desde que não o repute grave". Aqui, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas, o vício é desconsiderado, tornado desnecessário o saneamento.

Fungibilidade recursal

A terceira vertente de aplicação princípio da primazia da resolução do mérito em grau recursal é a fungibilidade recursal, assim definido por Flávio Cheim Jorge¹⁶:

O princípio da fungibilidade dos recursos está ligado ao cabimento recursal, devendo ser percebido como uma forma de abrandamento do mencionado requisito, na medida em que se admite a interposição de um recurso pelo outro, que seria correto contra aquela decisão.

O princípio da fungibilidade recursal consagra, portanto, a possibilidade da parte interpor um recurso que não seja o adequado para aquela decisão de que se recorre (CHEIM, 2015, p. 316).

Assim, a fungibilidade é o aproveitamento do recurso interposto erroneamente, na hipótese de existir dúvida objetiva sobre a modalidade de recurso adequada.

O Código de Processo Civil de 2015 viabilizou normativamente hipóteses de fungibilidade recursal nos artigos 1.024, §3º¹⁷, 1.032¹⁸ e 1.033¹⁹.

A primeira hipótese trata do recebimento dos embargos de declaração como se agravo interno fosse, caso em que o recorrente é intimado para complementar as razões recursais, ajustando-as às exigências próprias do recurso de agravo interno.

As outras duas retratam a fungibilidade entre os recursos excepcionais, que é a grande novidade do CPC/15.

Sob a égide do CPC anterior, por vezes, acontecia de o recurso especial não ser admitido pelo STJ por entender que a contrariedade era à Constituição da República e, neste mesmo caso, o STF não admitia o recurso extraordinário, entendendo que a ofensa à CF era reflexa. Assim, ficava um limbo.

¹⁶ JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁷ Art. 1024, § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, §1º.

¹⁸ Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

¹⁹ Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

A partir das regras dos art. 1032 e 1033, esse problema não existe mais, pois foi prevista a fungibilidade entre os referidos recursos, que permite o aproveitamento do recurso interposto, que é remetido ao Tribunal correto, não sendo declarado diretamente inadmissível.

Assim, se relator do STJ entende que a matéria supostamente violada é constitucional, remete o processo ao STF para que o recurso seja apreciado como se recurso extraordinário fosse. Igualmente, se relator do STF entende que a matéria supostamente violada é infraconstitucional, remete o processo ao STJ para que o recurso seja apreciado como se recurso especial fosse. A decisão final é sempre do STF, que se não aceitar a remessa, envia o processo novamente ao STJ para julgamento do recurso.

Importante ressaltar que esses dois artigos foram pensados em conjunto com a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário sendo feita apenas pelo STJ e STF, como previa, inicialmente, o CPC/2015. Todavia, com o retorno do formato bifásico, deve ser reconhecido prejuízo para a fungibilidade entre os recursos. A uma, pois macula o posicionamento posterior. A duas, porque caso o recurso seja inadmitido no TJ, será necessário interpor agravo para o recurso subir. A três, porque eventual provimento do agravo pode ter como fundamento o mesmo fundamento outrora utilizado pelo órgão *a quo* para inadmitir, o que seria bem estranho.

Convém mencionar que não é possível o princípio da fungibilidade recursal em todas as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário e especial. O que se vislumbra é o cabimento da fungibilidade entre as alíneas "a" do art. 102, III e 105, III, que são hipóteses subjetivas. Nas demais, tratando-se de hipóteses objetivas, não se aplicará a fungibilidade, pois se entende que o erro é grosseiro.

Feita a fungibilidade de recurso especial para recurso extraordinário, será importante complementar a fundamentação para incluir a alegação de repercussão geral.

Conclusão

Como se pode perceber, a introdução à dogmática do constitucionalismo democrático impactou o novo modelo processual civil, sobressaindo a preocupação em dar concretude às normas fundamentais constitucionalmente previstas.

Nesse contexto, destaca-se a previsão do art. 4º do CPC/2015, que faz alusão a dois princípios fundamentais do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (que tem guarida constitucional no art. 5º, LXXVIII) e o da primazia da resolução do mérito. Esse reconhece o direito das partes de obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Com efeito, o acesso à justiça não pode ser visto como mera garantia de acesso ao Judiciário, mas, mais do que isto, deve ser compreendido como o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo, é dizer, acesso à solução da crise jurídica levada ao conhecimento do Poder Judiciário, por meio da resolução do mérito da causa.

Em grau recursal, o princípio da primazia da resolução do mérito reconhece ser direito das partes o exame do mérito recursal e, nessa perspectiva, visa afastar o excesso de formalismo na fase de admissibilidade dos recursos.

É a prevalência do direito material em detrimento do direito processual, premissas do formalismo-valorativo e do princípio da instrumentalidade das formas.

Referências

- ALVARO, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, v. 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, p. 42 - 50, 01 set. 2015.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A aplicação do princípio da primazia no julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do TRF3*, Ano XXVII, n. 128, jan./mar. 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral no Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- LEMONS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos recursais. *Revista de Processo*, vol. 258/2016, p. 235-259, ago/2016.
- MAZZOLA, Marcelo. Formalismo-valorativo e a primazia de mérito: combate à jurisprudência defensiva dos tribunais. *Revista de Processo*, v. 281/2018, p. 305-333, jul. 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume único*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da Cruz; DRUMMOND, Lucas Dias. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: DIDIER Jr, Fredie (Coord.). *Normas Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 101-140.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado. *Revista dos Tribunais*, v. 950/2014, p. 107-132, dez. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e Sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZANETI Junior, Hermes. A Constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

***Forum necessitatis*: uma proposta de efetivação do acesso à justiça**

Yandria Gaudio Carneiro¹

Resumo: O objetivo desta pesquisa que é investigar se o uso do princípio do *forum necessitatis* no Brasil, mesmo sem qualquer previsão no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser justificado para evitar a denegação da justiça; e se a constitucionalização do processo, especificamente aplicando-se o princípio do acesso à justiça, bem como o Código de Processo Civil de 2015, seriam aberturas para o uso do *forum necessitatis* no Brasil. Para tanto, adentraremos na sua *genesis*, evolução histórica, peculiaridades e aplicação em ordenamentos alienígenas.

Palavras-chave: *Forum necessitatis*; Acesso à Justiça; Processo Civil Internacional; Direitos Fundamentais; Denegação da Justiça.

Introdução

Diante do atual contexto mundial globalizado, caracterizado pela crescente mobilidade de pessoas, capitais e serviços, torna-se imperiosa a necessidade de concretude e de expansão dos direitos fundamentais, com especial enfoque no acesso à justiça e à justa² e efetiva prestação jurisdicional³.

A luta pela efetividade da prestação jurisdicional pressupõe desafios na própria evolução da sociedade democrática global, no sentido de serem assegurados direitos fundamentais, sobretudo, o direito à cidadania processual.

Há de se dizer que as regras relacionadas à jurisdição, execução e ao reconhecimento de sentenças estrangeiras ainda são temas objeto de discussões no âmbito da solidariedade e da cooperação entre os Estados nacionais e, conseqüentemente, do próprio movimento de democratização transnacional à luz da construção normativa do direito internacional privado.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direito Existenciais e Patrimoniais. Advogada do Escritório Caetano e Carneiro Advogados Associados. Assessora Jurídica na Câmara Municipal de Vila Velha/ES. E-mail: yandriagc@gmail.com.

² Para Werner Goldschmidt, "la justicia exige que, a fin de resolver un caso con elementos extranjeros, indaguemos su tratamiento en la sociedad extranjera [...] debemos, pues, por razones de justicia bucear en la realidad social extranjera para extraer de ella la solución". GOOLDSCHMIDT, Werner, Derecho Internacional Privado, 9. ed. Buenos Aires: Depalma, 2002, p. XXVII.

³ Friedrich Juenger defendia que o direito internacional privado só alcançaria os seus objetivos, mediante a promoção da cooperação e da harmonia das decisões judiciais, na busca de soluções mais justas ao caso transnacional. JUENGER, Friedrich K. Derecho Internacional Privado y Justicia Material, Mexico: Editorial Porrúa, 2006, p. LXII.

Dentre as dificuldades encontradas para a promoção do acesso à justiça a nível global está a possibilidade de extensão da jurisdição nacional com o intuito de sanar um conflito negativo de jurisdição. Tal negativa é apta a ocasionar a impossibilidade de promoção da prestação jurisdicional e a consequente denegação do acesso à justiça, e/ou promover a efetiva prestação, à luz das circunstâncias do caso concreto e da promoção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, diante da necessidade por flexibilização das regras de jurisdição internacional, por efetivação dos direitos fundamentais e pela busca pelo acesso à justiça, emerge o instrumento jurídico do *fórum necessitatis*.

Tal princípio preconiza que os tribunais, frente à ausência de foro competente, devem aceitar a jurisdição para impedir a recusa à justiça. Portanto, consiste em estender a jurisdição nacional quando, de outro modo, não haveria acesso à justiça. Na ausência ou impossibilidade de acesso à jurisdição o *fórum necessitatis* é, pois, uma proteção para os demandantes na busca pelo foro mais adequado (REDFIELD, 2014, p. 908).

Ante as questões apresentadas, a partir de uma linha de investigação “jurídico diagnóstica”, entendida como “abordagem preliminar de um problema jurídico que ressalta suas características, percepções e descrições” (DIAS; GUSTIN, 2013, p. 27), o presente artigo tem como objetivo sistematizar o desenvolvimento dado ao instituto do *fórum necessitatis* no âmbito normativo nacional e convencional.

Propõe-se uma reflexão sobre os últimos avanços do tema. Primeiramente, abordaremos o acesso à justiça na sua dimensão global como proteção dos direitos fundamentais. Em seguida, será analisada a jurisdição e a teoria tridimensional e, por último, o percurso histórico do *fórum necessitatis*, travando-se um debate à luz da nova ordem global a qual determina uma preocupação com o acesso à justiça na sociedade global democrática. Por fim, propõe-se o debate de se e como esse instituto é observado no atual sistema processual brasileiro, alterado pelo código de processo civil de 2015.

O acesso à justiça e a proteção dos direitos fundamentais

O acesso à justiça é um princípio fundamental, reconhecido em diversos tratados internacionais. A Declaração Americana dos Direitos do Homem de 1948 prevê, no artigo 18, que “toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos”. A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou o direito de acesso às cortes nacionais um dos mais importantes princípios da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não podendo haver limitações ao seu exercício, conforme artigo 6^o.

Ratificando o compromisso dos Estados com esses princípios, o Brasil firmou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, bem como estabeleceu no art. 5^o, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 a proibição de que a lei exclua da apreciação do

⁴ CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14 fev de 2018.

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Idêntico compromisso foi assumido pelo Brasil no âmbito interamericano, ao firmar o Pacto de San José da Costa Rica de 1969.

Contudo, com o processo de globalização, alguns casos peculiares de desrespeito ao princípio do acesso à justiça surgiram, mesmo sendo um direito fundamental salvaguardado na Carta Maior do nosso ordenamento.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, de um modo geral, não detém competência internacional, *a priori*, para julgar determinadas demandas, como casos específicos de divórcio, oferta de alimentos ou outorga uxória, propostas contra o cônjuge que tenha permanecido no país de origem, tendo seu trâmite impedido ou dificultado no Brasil, restando aos demandantes aguardar que o judiciário de seus Estados de origem a estabilize.

Portanto, é possível a flexibilização jurisdicional em prol da promoção dos direitos fundamentais no novo sistema processual brasileiro, permitindo a aplicação do princípio do *forum necessitatis*, quando houver denegação do acesso à justiça. Entenderemos melhor com o estudo da jurisdição.

Jurisdição e a teoria tridimensional

A dificuldade de acesso à justiça pode ocorrer tendo em vista a diferença de critérios de jurisdição aplicada por cada país. Fernandez Arroyo esclarece que o termo jurisdição sempre foi manejado com a conotação de potestade pública, cujos fundamentos essenciais são fixados pelo constituinte e o alcance concreto é determinado pelo legislador⁵.

É bem verdade que a jurisdição descreve os limites externos do alcance de uma instituição, aplicando-se às atividades dos três ramos do governo, pois além de jurisdição para julgar, também há jurisdição para legislar e para impor, que limitam, respectivamente, os espaços nos quais um país pode legislar e aplicar suas próprias leis e decisões⁶.

Em outro sentido, a jurisdição descreve a alocação de competências adjudicativas vis-à-vis a competência competitiva dos tribunais de outros estados. Por haver diferenças terminológicas do conceito de jurisdição entre os países, adota-se a sua conceituação funcional, compreendida como conjunto de leis e princípios que determinam as circunstâncias sob as quais um tribunal tem o direito de decidir e proferir um julgamento substantivo com relação às conexões internacionais e/ou interestaduais envolvidas⁷.

Ralph Michaels sustenta a teoria tridimensional da jurisdição, segundo a qual existem três níveis de regulação jurisdicional. O primeiro nível, encontrado principalmente em leis

⁵ Nessa ordem de idéias afirma que: "el término queda en todo o caso vinculado a la actuación de órganos sujetos al poder público, ya sea en su normal ámbito estatal o en el ámbito internacional o supranacional en el que las autoridades de dos o más Estados hayan dispuesto la actuación de un tribunal de justicia. Y, si esto es así, parecería como menos apropiado utilizar la palabra jurisdicción para referirse a una resolución de controversias que se produce en virtud de un acuerdo de voluntades entre particulares". ARROYO, Fernandez. Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Argentina: Zavalía, 2003, p. 203.

⁶ MICHAELS, RALPH. Forthcoming in elgar Encyclopedia of Private International Law, p. 2.

⁷ MICHAELS, RALPH. Forthcoming in elgar Encyclopedia of Private International Law, p. 2.

superiores, como leis internacionais ou constitucionais, estabelece limites externos de jurisdição. Esta Lei superior apenas restringe a jurisdição, mas não constitui sua base. Tais restrições podem advir do direito internacional público de duas maneiras. Primeiro, o direito internacional público limita o exercício do poder soberano em face dos interesses soberanos de outros estados. De outro lado, os direitos humanos estabelecem limitações ao exercício da jurisdição.

No que tange ao direito internacional público, este também opera sobre a jurisdição na forma de tratados do direito internacional privado, sobretudo se tais tratados estabelecerem restrições, e não codificações reais de regras de jurisdição. Esses tratados são regularmente associados a regras sobre o reconhecimento e a execução de sentenças.

A Constituição, tomada como um dos principais instrumentos de regulamentação da jurisdição, no primeiro nível, estabelece apenas os limites externos da jurisdição, mas não estabelece suas bases.

No segundo nível, são traçadas as regras de jurisdição, por meio da codificação das leis infraconstitucionais.

Já o terceiro nível diz respeito à discricção judicial para o caso individual, seja na aplicação das regras do segundo nível, seja em doutrinas discricionárias especiais. A questão que então se coloca é se a jurisdição que existe deve ser exercida⁸.

A base discricionária mais importante para o declínio da jurisdição é a doutrina do *fórum non conveniens*. Desenvolvido pela primeira vez na Lei escocesa, essa doutrina define que um juiz recusará a exercer jurisdição quando o fórum for inadequado e um fórum alternativo disponível em outro sistema legal é claramente mais adequado. Contudo, na Bélgica, não se permitiu sua aplicação, pelo fato de a existência e o exercício da jurisdição estarem intimamente relacionados, rejeitando-se a discricionariade.

Ralph Michaels sustenta que, embora as regras de jurisdição exibam uma infinidade de critérios, esses critérios podem ser agrupados em três categorias diferentes, quais sejam: consentimento, proximidade e bases extraordinárias.

O consentimento é a escolha do foro e submissão à jurisdição. A proximidade faz com que a jurisdição se baseie na conexão existente entre o tribunal e a transação das partes. Quanto às bases extraordinárias, referem-se às jurisdições exorbitantes, de necessidade e universal.

A jurisdição exorbitante possui algumas bases domésticas consideradas injustificadas e, por isso, exorbitante, pois outros estados não aceitam o exercício da jurisdição nessas bases, esperando abolição.

A jurisdição da necessidade, que é o *forum necessitatis*, reconhece uma base local de jurisdição que, embora baseada em uma conexão tangencial, torna-se fundamental para fornecer aos demandantes o acesso ao tribunal.

⁸ MICHAELS, RALPH. Forthcoming in elgar Encyclopedia of Private International Law, p. 3.

O instituto do *forum necessitatis*: surgimento e concretização

Dimensão europeia do 'forum necessitatis'

O princípio do *forum necessitatis* permite outorgar jurisdição internacional a juízes que, a princípio, carecem de tal potestade para conhecer e decidir, em determinado caso concreto. Também proporciona às partes igualdade de armas na defesa de sua ação, evitando-se uma denegação internacional de justiça, bem como permite o acesso aos tribunais inicialmente incompetentes⁹.

A partir da Corte Europeia de Direitos do Homem, o emprego do *forum necessitatis* por países europeus tornou-se crescente. Ainda na decisão mencionada anteriormente, proferida pelos Países Baixos, a aplicação desse instituto se fundamentou no artigo 9, alínea b, do Código dos Procedimentos Civis neerlandeses, segundo o qual os tribunais neerlandeses podem exercer a sua jurisdição na hipótese de ser "impossível levar os procedimentos fora dos Países Baixos", ou se "existir uma conexão com os Países Baixos e ou ser inaceitável esperar que o demandante traga seu caso em um fórum estrangeiro" ¹⁰.

Portanto, foi na prática judicial europeia que se verificou o início da aplicação do *forum necessitatis* e a consequente delimitação dos seus requisitos. No caso holandês, os requisitos se revelam bastante abrangentes, incluindo como impossibilidade fatural circunstâncias além do controle do país nativo, tais como inundações e guerra. Já na impossibilidade jurídica, incluem negação de acesso ao tribunal devido à raça e religião¹¹, hipóteses relevantes face ao movimento migratório global atual.

Não obstante a impossibilidade do uso do *forum necessitatis* quando a única contingência que impede o requerente de trazer o caso em outro lugar é uma afirmação de que os custos de demandar em outro fórum seria proibitivamente elevado, confirmada pelos tribunais neerlandeses ao recusarem invocar o *forum necessitatis* nessa hipótese (REDFIELD, 2014), o princípio da razoabilidade deve ser observado ao se definir a aplicação ou não de tal instituto.

Na Suíça, a Lei Federal de Direito Internacional Privado da Suíça, de 1987, previu que suas cortes poderiam conhecer de tais litígios, nas hipóteses em que a jurisdição estrangeira originariamente competente "não fosse possível" ou não pudesse ser "razoavelmente exigida".

No mesmo caminho, o Código de Direito Internacional belga de 2004 prevê a competência internacional de modo excepcional, sempre que houver vínculos com a Bélgica e o não exercício de jurisdição por esta implique a denegação de acesso à Justiça.

⁹ GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães e. Competência Internacional no Código de Processo Civil e Princípios, à luz da jurisprudência do STF e STJ. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES. 2010, p. 48.

¹⁰ Vide Revue Critique de Droit International Privé, n° 3, 1988, t. 77, p. 555.

¹¹ SILVA JUNIOR, Eraldo. O exercício da jurisdição pelo Estado Brasileiro de acordo com o projeto do Novo Código Processo Civil. Revista eletrônica. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5bc33927ca8779dc>>. Acesso em: 14 fev de 2018.

Como precursoras da construção normativa do instituto do *forum necessitatis* estão a Lei de Direito Internacional Privado romena, de 1992, que já havia previsto igual possibilidade, assim como o austríaco (ROSSOLILLO, 2010) e português (RAMOS, 1998), este último a partir de uma reforma de 1997.

Em Portugal, o artigo. 65, 1, d, do Código de Processo Civil, desde 1961, já positivava o *forum necessitatis* (RAMOS, 1998). Com a reforma em 2013 do Código de Processo Civil português, o instituto passou a ser regulamentado pelo artigo 62 e 65,d, estabelecendo que os tribunais portugueses são internacionalmente competentes quando o direito invocado não possa ser efetivado senão por meio de ação proposta em território português, ou se verifique para o autor dificuldade apreciável na propositura da ação no estrangeiro, desde que se apresente um elemento ponderoso de conexão pessoal ou real (CPC 2015).

Da mesma forma, na França, a aplicação do *forum necessitatis* também apresenta como requisito a negação de justiça. Entre os seus requisitos apontam-se: o autor deve provar que é impossível que ele traga o caso em um tribunal estrangeiro e deve haver algum vínculo com os tribunais franceses (REDFIELD, 2014).

No âmbito da harmonização processual civil da União Europeia, o Regulamento (CE) 4/2009 do Conselho previu, em seu artigo 7º, que havendo “conflito negativo de jurisdições”, ou se “se revelar impossível conduzir um processo num Estado terceiro com o qual o litígio esteja estreitamente relacionado”, pode-se propor sua ação em qualquer Estado membro da Comunidade, desde que o litígio apresente “uma conexão suficiente com o Estado membro do tribunal demandado” (CAMARGO, 2015). Vale destacar o dispositivo do Regulamento da União Europeia:

Art. 7º. *Forum necessitatis*. Quando nenhum tribunal de um Estado-Membro for competente por força dos artigos 3º, 4º, 5º e 6º, os tribunais de um Estado-Membro podem, em casos excepcionais, conhecer do litígio se não puder ser razoavelmente instaurado ou conduzido, ou se revelar impossível conduzir um processo num Estado terceiro com o qual o litígio esteja estreitamente relacionado. O litígio deve apresentar uma conexão suficiente com o Estado-Membro do tribunal demandado.

Como se vê, o reconhecimento e aplicação do princípio do *forum necessitatis* é uma realidade no âmbito europeu.

O instituto do 'forum necessitatis' para além das fronteiras europeias

A 3ª Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP III), realizada em La Paz em 1984, aprovou a “Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras”, cujo artigo 2º prevê que os Estados signatários adotariam o princípio do *forum necessitatis*, visando a evitar a

denegação de justiça em seu território¹². Embora o Brasil tenha assinado a convenção em 24.05.1984, até o momento não houve a sua ratificação.

Nos Estados Unidos da América, cujas regras de jurisdição internacional são fragmentadas e de larga margem de discricionariedade na sua determinação¹³, o *forum necessitatis* é reconhecido como garantidor do exercício de jurisdição, mesmo quando, *a priori*, inconveniente a jurisdição. Entretanto, a sua aplicação dependerá do caso concreto, de suas circunstâncias fáticas e jurídicas.

O uso do *forum necessitatis* no Canadá se espalhou da Colúmbia Britânica para o Quebec. A Colúmbia Britânica, por exemplo, permite a jurisdição onde, apesar da falta de jurisdição territorial, "(a) não há tribunais fora da Colúmbia Britânica, em que o demandante pode iniciar o processo, ou (b) o início do processo em um tribunal fora da Colúmbia Britânica não pode ser razoavelmente exigido." O que é interessante sobre esta provisão é que não contém exigência expressa de que a parte demandante possua uma conexão suficiente com a Colúmbia Britânica (REDFIELD, 2014).

Nos países de sistema do *common law* há de se mencionar, como visto, o crescimento da aplicação do princípios do *fórum necessitatis*. No âmbito dos países do *civil law*, em particular da América Latina, sua utilização se manifesta com caráter extraordinário e subsidiário, bem como há pouca margem de discricionariedade para julgador, à luz da legislação processual civil.

Diante do exposto, como desafio na concretização dos direitos fundamentais no Brasil está a maior flexibilidade de determinação da competência internacional frente à possibilidade de denegação da justiça no caso concreto.

Proposta de aplicação do *forum necessitatis* no Brasil: Constitucionalização do processo e Novo Código de Processo Civil

O debate que se trava, neste ponto, coloca em pauta a hipótese de ser factível ou não a flexibilização jurisdicional em prol da promoção dos direitos fundamentais no novo sistema processual brasileiro. No Brasil, a Constitucionalização do processo é um dos fundamentos da justificativa de se aplicar o *forum necessitatis*.

A Constitucionalização do processo, a Constituição passa a ter importância ímpar nas demandas, refletindo seus fundamentos e princípios. Para Häberle, "Constituição significa ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A constituição não é

¹² Artículo 2: Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente.

¹³ Para uma abordagem ampla do sistema americano de determinação da competência internacional vid. CAMARGO, Solano, *Forum Shopping :um modo ilícito de escolha de jurisdição: Dissertação de mestrado*. Universidade de São Paulo, USP, 2015. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-21122015.../forum_shopping.pdf>.

apenas Constituição 'do Estado', porquanto possui um conceito mais amplo que compreende as estruturas fundamentais da sociedade. A Constituição num Estado Democrático não estrutura apenas o Estado em sentido estrito, mas também o espaço público e o privado, constituindo, assim a sociedade"¹⁴.

Assim, antes de ser ordenado pelo texto normativo, o processo civil deve subordinar-se aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República Federativa do Brasil preconizados no artigo 1º da Carta Magna, confirmando os princípios democráticos resguardando os direitos fundamentais de todos os cidadãos e pessoas, permitindo a existência de uma sociedade livre e organizada.

Cabe ao julgador pautar pela observação dos princípios constitucionais e processuais, de modo a satisfazer as diretrizes processuais e constitucionais de modo a oferecer a todas as partes envolvidas no liame processual um julgamento célere, efetivo, adequado e justo.

Para Barbosa Moreira, princípios são "ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se"¹⁵.

Assim, abre-se a porta para aplicação do *forum necessitatis* por meio da aplicação do princípio do acesso à justiça.

Outro fundamento que justifica a aplicação do princípio do *forum necessitatis* foi o advento do Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 2015, traz importantes alterações no campo das regras de jurisdição internacional, seguindo as linhas da Carta Maior de 1988 (GUERRA; MOSCHEN). Em primeiro lugar, em seu artigo 13, o referido Código, traz a manifestação da superioridade dos dispositivos previstos em tratados ou convenções internacionais. Vejamos: "Artigo 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".

Observa-se que as normas de direito internacional devem prevalecer sobre normas internas, ainda que de natureza processual, impondo ao operador de direito o estudo e conhecimento desses tratados, convenções e acordos (DINAMARCO, 2009).

Outra alteração que ocorreu foi a regra do artigo 25 do CPC/2015, segundo a qual não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação. Trata do reconhecimento da cláusula de eleição de foro estrangeiro como hipótese de derrogação de foro nacional.

Ainda no âmbito da autonomia da vontade, o inciso II do artigo 22 do CPC 2015 dispõe que compete à justiça brasileira julgar ações decorrentes de relações de consumo, desde que o consumidor tenha domicílio ou residência no Brasil. O inciso III do artigo 22 do CPC 2015

¹⁴ JUNIOR, Nelson Nery. Código de processo civil comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. In Temas de Direito Processual Civil, 5ª série. RJ: Forense, 1994, p. 248.

prevê, ainda, que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeteram à jurisdição nacional.

Portanto, esse dispositivo dispõe que qualquer pessoa, até mesmo de fora do país, poderia escolher a jurisdição nacional para processar e julgar uma demanda que não tenha relação com o Brasil, nem qualquer ponto de conexão com o julgamento da controvérsia por uma autoridade brasileira (OAB/RS, p. 21).

Nessa hipótese, a jurisdição concorrente implica consequências. Há quem afirme que o Brasil poderia se tornar um novo foro internacional de resolução de conflitos. Mas, basta interpretar essa disposição soa luz dos princípios do fórum da conveniência e da efetividade para justificar a exclusão da controvérsia da apreciação pelo juiz brasileiro, quando a causa não tiver um mínimo de contato com a jurisdição brasileira (OAB/RS, p. 21).

Sociologicamente, tais previsões ampliam as possibilidades de eleição de jurisdição – *fórum shopping*- que indiretamente amplifica o acesso à jurisdição, e pode dar abertura para a aplicação do princípio do *forum necessitatis*.

Alguns tribunais já têm defendido a necessidade de reconhecer as autoridades brasileiras como competentes, a fim de se evitar denegação de justiça às partes, conforme fundamenta Barbosa Moreira, em voto proferido em Apelação Cível no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, especificamente em uma ação de divórcio:

Ex abundantia, ainda há consideração de ordem prática a tornar particularmente aconselhável, na espécie, o reconhecimento da competência da nossa Justiça. É que, a não ser assim, poderão surgir, para o Autor, ora Apelante, dificuldades de vulto na obtenção da prestação jurisdicional. Ocioso recordar que a melhor doutrina, brasileira e estrangeira, para impedir a formação de um nó indesejável, que significaria denegação de justiça, preconiza, em emergências desse tipo, que a Justiça do país onde se propôs a ação admita a sua própria competência, desde que razoavelmente fundada (cf. Haroldo Valadão, *Direito Internacional Privado*, vol. III, Rio de Janeiro, 1978, p. 132). Razão a mais para que se reforme a sentença reconhecendo-se como competente a Justiça brasileira (MOREIRA, 1987, p. 199).

O princípio do *forum necessitatis* está relacionado com a necessidade de se garantir uma tutela jurisdicional, evitando-se uma denegação internacional de justiça, a permitir o acesso aos tribunais inicialmente incompetentes (GUERRA, 2010, p. 48).

Por este motivo, invoca-se o princípio do *forum necessitatis*, pois permite outorgar jurisdição internacional a juízes que, a princípio, carecem de tal potestade para conhecer e decidir em determinado caso concreto como para proporcionar as partes igualdade de armas na defesa de sua ação, o que defenderemos nesse projeto.

Este princípio tem como propósito indicar um critério positivo de fixação de competência internacional em caráter excepcional, levando em conta algumas hipóteses principais: conflito negativo de competência ou um tribunal não venha a se mostrar como o mais adequado para a solução do litígio pendente, por impor ao réu uma carga excessiva para que possa exercer sua defesa, por ser casos de guerra, calamidade pública ou perseguições políticas (CAMARGO, 2014, p. 478).

A aplicação desse princípio permite evitar as consequências da falta de prestação jurisdicional, ocorrência combatida inclusive na Declaração dos Direitos do Homem, que é o princípio do acesso à justiça, elevado à condição de direito fundamental na Constituição da República e possui um conteúdo amplo, conglobante de outras garantias constitucionais. Sua base está expressa no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República que ordena que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Está relacionado com a necessidade de se assegurar que todos tenham acesso ao Judiciário e que essa tutela seja efetiva.

Portanto, das inovações trazidas pelo CPC de 2015, vieram para solucionar questões controvertidas e que traziam muita discussão sobre a autoridade judiciária competente, valorizando o direito de acesso à justiça dos brasileiros.

De outro ângulo, o inciso III do art. 22 do NCPC, ainda gera bastante discussão sobre seus benefícios, pois, por um lado pode existir elevado risco de somente aumentar o trabalho do Poder Judiciário Brasileiro com questões internacionais, que não possuem qualquer ponto de conexão com o Brasil.

Contudo, abrirá as portas para a efetivação do princípio do acesso à justiça em casos como conflito negativo de competência, por meio da aplicação do princípio do *forum necessitatis*.

Referências

- CAMARGO, Solano de. Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição? 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP. 2015.
- CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14 fev de 2018.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca e GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Item 20. v. I.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Argentina: Zavalía, 2003, p. 203.
- GOOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado, 9.ed., Buenos Aires: Depalma: 2002, p. XXVII.
- GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães e. Competência Internacional no Código de Processo Civil e Princípios, à luz da jurisprudência do STF e STJ. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES. 2010.
- HABERLE, Peter, Estado Constitucional Cooperativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JUENGER, Friedrich K. Derecho Internacional Privado y Justicia Material, Mexico: Editorial Porrúa, 2006.

MICHAELS, RALPH. Forthcoming in elgar Encyclopedia of Private Internacional Law.

MOREIRA, J. C. Barbosa. Direito Aplicado (Acórdãos e Votos). Rio de Janeiro: Forense, 1987.

OAB/RS. Novo código de processo civil anotado / OAB. – Porto Alegre: OAB RS, 2015. Disponível em: <https://nayrontoledo.files.wordpress.com/2016/01/novo_cpc_anotado_2015.pdf>. Acesso em 01 de março de 2018.

RAMOS, Rui Manuel Moura. A Recente Reforma do Direito Processual Civil Internacional em Portugal. In: O Direito Internacional no Terceiro Milênio. São Paulo: Ltr, 1998.

REDFIELD, Stephanie. Searching for justice: The use of forum necessitatis. Georgetown Journal of Internacional Law. Colorado, USA, página 893, Vol. 45, 2014. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/academics/law-journals/gjil/recent/upload/zsx00314000893.PDF>. Acesso em: 14 fev de 2018.

Revue Critique de Droit International Privé, n. 3, 1988, t. 77, p. 555.

ROSSOLILLO, Giulia. Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione Europea. Cuadernos de Derecho Transnacional, Madrid, v. n. 1, mar. 2010.

SILVA JUNIOR, Eraldo. O exercício da jurisdição pelo Estado Brasileiro de acordo com o projeto do Novo Código Processo Civil. Revista eletrônica. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5bc33927ca8779dc>>. Acesso em: 14 fev de 2018.

