



IV CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL

14 e 15
de outubro/2019



Vitória/ES

Na Universidade Federal do
Espírito Santo - UFES

Campus Goiabeiras

Auditório Manoel Vereza - CCJE

PRINCÍPIOS TRANSNACIONAIS DO
PROCESSO CIVIL À LUZ DA
HARMONIZAÇÃO DO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO

Realização



**IV CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL
III ENCONTRO DA REDE IBERO-AMERICANA DE PROCESSO CIVIL
INTERNACIONAL**

**PRINCÍPIOS TRANSNACIONAIS
DO PROCESSO CIVIL À LUZ DA
HARMONIZAÇÃO DO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO**



Programa de Pós-Graduação em Direito Processual

FICHA TÉCNICA

CORPO DOCENTE DO PPGDIR

Adriana Pereira Campos
Augusto Passamani Bufulin
Brunela Vieira de Vincenzi
Carlos Antonio Garriga Acosta
Claudio Penedo Madureira
Fabrício Bertini Pasquot Polido
Flavio Cheim Jorge
Francisco Vieira Lima Neto
Fredie Souza Didier Júnior
Geovany Cardoso Jevaux
Gilberto Fachetti Silvestre

Hermes Zaneti Junior
Julio Cesar Pompeu
Manoel Alves Rabelo
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Abelha Rodrigues
Ricardo Gueiros Bernardes Dias
Rodrigo Reis Mazzei
Sandro Jose da Silva
Tárek Moyses Moussallem
Tiago Figueiredo Gonçalves
Valesca Raizer Borges Moschen

ORGANIZAÇÃO

Coodenação geral

Valesca Raizer Borges Moschen

Cláudio Jannotti da Rocha
Paula Soares Campeão Gubert

Coordenação científica

Adriana Pereira Campos
Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Martha Olivar Jimenez

Coordenação técnica

Adrielle Nascimento Coelho
Fernando Luiz do Nascimento
João Carlos Furlani

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

João Carlos Furlani

REVISÃO TEXTUAL E NORMAS

Os autores

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

IV Congresso de Processo Civil Internacional / III Encontro da Rede Ibero-americana de Processo Civil Internacional (2019, Vitória, ES).

Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional / III Encontro da Rede Ibero-americana de Processo Civil Internacional: Princípios transnacionais do processo civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado

Organizadora: Valesca Raizer Borges Moschen.
Vitória, 2019.

348 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 e João Carlos Furlani	
GT 01: TUTELA DE DIREITOS E NOVAS TÉCNICAS PROCESSUAIS	
O incidente de resolução de demandas repetitivas, os terceiros afetados e o devido processo legal	9
Aline Moreira de Souza e Tatiana Mascarenhas Karninke	
<i>Discovery</i> à brasileira: a produção antecipada de prova como direito autônomo e sem o requisito da urgência, como técnica eficiente à contenção da litigiosidade	20
Anna Luíza Sartorio Bacellar	
Producción de la Prueba anticipada en diferentes legislaciones, recurriendo al derecho comparado. Posibles soluciones en relación al principio del contradictorio en el Código de Proceso Civil del 2015 del Brasil	34
Emerson Noé Guevara Reyes	
Sequestro internacional de criança: análise da Convenção de Haia	44
Leonardo Veiga Franco, Lorena Rodrigues Lacerda e Luiza Tosta Cardoso	
Análise sobre o Instituto da Reconvenção à luz do Código de Processo Civil de 2015	57
Livia Mayer Totola Britto, Lorena Rodrigues Lacerda e Luiza Tosta Cardoso	
O direito autônomo à prova no Código de Processo Civil de 2015	67
Livia Mayer Totola Britto, Lorena Rodrigues Lacerda e Tatiana Mascarenhas Karninke	
Direito de superfície: aspectos gerais do instituto e uma breve análise no âmbito da tutela executiva	82
Renan Sena Silva	
A decisão estrutural e o direito à Saúde: a criação do observatório do Poder Judiciário para monitorar as políticas de combate à dependência química	100
Ricardo Ishimura	

O incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais Sabrina Wervloet e Suélem Sulamita Lima Pimentel	108
GT 02: PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL	
Considerações sobre homologação de sentença estrangeira de divórcio no Brasil Danilo Ribeiro Silva dos Santos, Leonardo Veiga Franco e Luiza Tosta Cardoso	123
Contribuições dos princípios do Processo Civil Transnacional ELI/UNDROIT para o princípio da cooperação no CPC/2015 Frederico Ivens Miná Arruda de Carvalho	136
Jurisdição brasileira na partilha consensual inter vivos Graziela Belmok Charbel e João Victor Pereira Castello	150
<i>Anti-suit Injunction</i> : remédio processual contra ações paralelas na arbitragem comercial internacional? Um estudo comparativo entre o direito brasileiro e o norte-americano Karina Agatti Pacheco	163
GT 03: ACESSO À JUSTIÇA	
Os prejuízos causados pela lei brasileira de inclusão na proteção à defesa dos interesses das pessoas com deficiência Aline Moreira de Souza e Tatiana Mascarenhas Karninke	178
Reconhecimento e acesso à justiça por venezuelanos para a garantia do devido processo no Brasil Beatriz de Barros Souza, Isabella Thalita Andretto Oliveira e Luma Vilela Ramos Fonseca	189
Boa-fé como limite à atuação do magistrado Brunela Vieira de Vincenzi, Luma Vilela Ramos Fonseca e Priscila Ferreira Menezes	201

Acesso à justiça no município de Vila Velha/ES: uma análise dos princípios da celeridade e eficiência ante os processos de meta do CNJ Nathalya dos Santos Kuster Pinheiro	212
Os limites constitucionais e legais aplicáveis ao processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos trabalhistas criado pela Lei nº 13.467/2017 Rayanne Rodrigues Miranda e Brunela Vieira de Vincenzi	227
A audiência de conciliação e o caráter vinculante de sua designação pelo juiz em caso de negócio jurídico processual Tainá da Silva Moreira, Miryã Bregonci da Cunha Braz e Nathielle Zanelato dos Reis	243
Os honorários advocatícios sucumbenciais enquanto potencial obstáculo ao acesso à justiça Vitor Amm Teixeira e Hugo Zanon Soares	257

GT 04: DEMOCRACIA E PROCESSO

O <i>Caso Brown v. Board Education</i> , medidas estruturantes e o ativismo judicial Livia Mayer Totola Britto e Tatiana Mascarenhas Karninke	273
--	-----

GT 05: INTERDISCIPLINARIDADE E HISTÓRIA DA LITIGIOSIDADE

O uso de inventários <i>post mortem</i> e testamentos nas pesquisas históricas sobre famílias escravas: o caso de Itapemirim-ES Laryssa da Silva Machado	284
---	-----

GT 06: MECANISMOS ADEQUADOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

TAC-GOV e os desafios da participação social e institucional: um olhar sobre o Caso Rio Doce Giselly Gomes Moreira e Ingrid Lopes Evaristo Duarte Mendes	297
---	-----

Representação adequada na autocomposição de direitos coletivos: uma análise da aplicação dos métodos adequados de solução de conflitos no caso de Mariana e da participação efetiva dos titulares dos direitos violados	320
Gabriel de Oliveira Coelho Santana e João Vitor Cruz de Castro	
A necessidade de cooperação entre o poder estatal e os juízos arbitrais	338
Lucas de Carvalho Lyra	

Apresentação

Valesca Raizer Borges Moschen

João Carlos Furlani

Não há dúvidas quanto a importância da compreensão do direito internacional privado para a sociedade contemporânea. Sabemos que a pluralidade normativa gera a cooperação internacional entre os estados na garantia de uma prestação jurisdicional efetiva, reconhecendo a extraterritorialidade de atos, lei e sentenças estrangeiras. Outrossim, desafia a primordial tarefa de aportar as inúmeras possibilidades resolutivas para as relações privadas transnacionais. Nesse contexto, a responsabilidade de solucionar os conflitos normativos ou intersistêmicos nas relações jurídicas internacionais, que são aquelas conectadas a dois ou mais ordenamentos jurídicos, recai sobre o direito internacional privado.

O direito internacional privado, em suma, é formado por três escopos, a saber: determinar a lei aplicável; julgar litígios transnacionais por meio de um tribunal competente; e promover a cooperação jurídica internacional para facilitar o reconhecimento e execução de atos judiciais e de sentenças estrangeiras. Além do mais, as normas de direito internacional privado visam garantir o acesso à justiça transnacional, promovendo eficácia extraterritorial aos direitos adquiridos em uma jurisdição. Nesse sentido, 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.

Apesar da nítida contribuição do direito internacional privado, a consolidação dos estudos sobre essa área, no Brasil, exigem esforços individuais e coletivos, como a colaboração acadêmica de pesquisadores empenhados em demonstrar o papel do direito internacional privado numa sociedade complexa e em constante transição como a nossa.

Ao buscar o aprimoramento dos estudos e práticas relacionadas a um efetivo e adequado acesso à justiça a nível transnacional, o Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR/UFES) e o grupo de estudos Labirinto da Codificação do Direito Internacional Privado (LABCODEX) promoveram, nos dias 14 e 15 de outubro de 2019, o IV Congresso de Processo Civil Internacional e o III Encontro da Rede Ibero-americana de Processo Civil Internacional, cujo tema central versou sobre os “Princípios transnacionais do processo civil à luz da harmonização do direito internacional privado”, com especial enfoque nos sistemas jurídicos da América Latina.

O evento contou com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES), da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e da Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Espírito Santo (OAB-ESA). Além disso, recebeu palestrantes nacionais e estrangeiros, em particular, da região latino-americana, o que contribuiu para a promoção de enriquecedores debates.

Inúmeras questões foram levantadas e discutidas durante a realização do evento, que foi organizado em seis Grupos de Trabalho (GT), sendo eles: 1) Tutela de direitos e novas técnicas processuais; 2) Processo Civil Internacional; 3) Acesso à Justiça; 4) Democracia e processo; 5) Interdisciplinaridade e História da litigiosidade; e, por fim, 6) Mecanismos adequados de tratamento de conflitos.

Acreditamos que os trabalhos apresentados IV Congresso de Processo Civil Internacional e no III Encontro da Rede Ibero-americana de Processo Civil Internacional, cujos resultados seguem aqui publicados, servirão de *locus* para a difusão de conhecimento, debate e análise das perspectivas mais atuais do direito internacional privado.

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.

Boa leitura!

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, OS TERCEIROS AFETADOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Aline Moreira de Souza¹
Tatiana Mascarenhas Karninke²

Resumo: O presente artigo analisará a questão dos terceiros afetados pela decisão que fixar a tese jurídica no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), em especial, como compatibilizar tal situação com o devido processo legal.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas; Terceiros afetados; Devido processo legal.

INTRODUÇÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) foi introduzido pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que é o Código de Processo Civil (CPC/2015), que substituiu a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/1973). Encontra-se essencialmente disciplinado nos artigos 976 a 987 do CPC/2015 ou simplesmente, CPC.

O procedimento teve sua inspiração no direito estrangeiro, em especial, no direito alemão, conforme informação contida na própria exposição de motivos elaborada pela Comissão de Reforma do Processo Civil Brasileiro³, intuído do procedimento-modelo ou procedimento-padrão (*Musterverfahren*), que naquele ordenamento jurídico possibilita que o Tribunal Regional (*Oberlandesgericht-OLG*) fixe posicionamento sobre premissas fáticas ou jurídicas de demandas repetitivas, com impacto direto nos processos individuais.

O IRDR é novidade no ordenamento jurídico brasileiro: é um incidente instaurado quando houver a pendência de recurso ou de causa originária no tribunal⁴, destinado a

¹ Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo. Advogada e Professora. Email: aline@vksadvogados.com.br.

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada e Professora. Email: tatiana.karninke@gmail.com.

³ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, 381 pp. Disponível em: <<http://senado.gov.br/senado/novo-cpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

⁴ No transcorrer do processo legislativo de elaboração do CPC, o § 2º do art. 988 do substitutivo da Câmara dos Deputados exigia de forma expressa a pendência de causa no tribunal; mas, por ocasião da versão final no Senado Federal, tal exigência foi excluída do texto normativo, não constando, portanto, atualmente no diploma legal a exigência de pendência de causa do Tribunal. A doutrina majoritária, não obstante a retirada

resolver questões de direito (seja de natureza processual ou material) em demandas múltiplas com existência de decisões antagônicas, em flagrante risco aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

O tribunal competente analisará a questão e fixará uma tese jurídica que será aplicada aos processos pendentes e futuros que contenham a mesma controvérsia. Acaba, por então, vincular todas as partes que participaram do incidente, como também aquelas que não participaram.

E é exatamente aqui que reside a preocupação em compatibilizar a vinculação de partes e não partes geradas a partir da fixação da tese no IRDR com o devido processo legal, garantia sem a qual não há que se falar em democracia. Como dar efetividade ao contraditório sem acabar por inutilizar o incidente? Só com a participação democrática ampla e a divulgação pública, abrindo espaço para que terceiros que possam ser afetados venham a integrar o processo.

À primeira vista, entende-se que a solução conferida pelo direito norte-americano aos processos coletivos seria a ideal (a coisa julgada é *erga omnes*, sendo possível apenas sua extensão aos terceiros se houve representação adequada de seus interesses em juízo). Analisar-se-á como se deve dar a representatividade adequada: não só a qualidade das partes deve ser levada em conta, mas também a qualidade do caso-modelo.

Os terceiros afetados, inclusive, podem questionar a representatividade adequada e ainda, contribuir com a suscitação de teses novas, tudo de forma a contribuir sobremaneira com o debate da questão, que após decisão será aplicada de forma horizontal e vertical, aos processos pendentes e futuros.

A SITUAÇÃO JURÍDICA DO TERCEIRO AFETADO

A sentença além de repercutir sobre as esferas jurídicas das partes, pode também afetar terceiros. Liebman já dizia que as decisões já nascem vocacionadas a produzir todos os efeitos naturais em face de quem quer que possa ser por eles atingido (LIEBMAN, 1945, p. 135). Como exemplos, podem ser ilustrados: (i) quando se reconhece que o autor da demanda é proprietário de determinado bem imóvel, por via de consequência, terceiros que não participaram do processo não gozam do *status* de proprietário e (ii) quando se condena o réu a indenizar o demandante, vindo no futuro a penhorar certo bem seu, terceiros

da exigência expressa, entende que referida condição continua implícita, produto da interpretação sistemática do próprio sistema: deve haver causa pendente no Tribunal para que possa ser admitido o IRDR. Isso significa que já devem ter sido proferidas decisões na primeira instância, o que é corolário lógico. Caso contrário, o IRDR assumiria caráter preventivo, o que desnaturaria o instituto. Embora com caráter persuasivo, colhe-se do Enunciado nº 344, do FPPC: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal". Em outubro de 2019, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de sua 2ª Turma, nos autos do AREsp nº 1.470.017/SP, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, confirmou que é necessária a pendência de causa no tribunal, seja originária ou recursal, para o cabimento do IRDR.

credores quirografários poderão ter seus respectivos créditos frustrados, sofrendo, assim, as consequências de processo no qual não intervieram.

A noção de terceiro não se presta como óbice de possibilidade de afetação desses sujeitos pela decisão judicial, de cuja "construção" não participaram, mas tão somente para definir os limites subjetivos da coisa julgada. A questão é somente de indiscutibilidade da sentença, isto é, de eficácia positiva (obrigatória observância da decisão por outros juízes) e negativa (impossibilidade de nova apreciação do mérito já decidido) da coisa julgada.

Por isso, é muito importante definir quem é terceiro, definição que é tirada por exclusão do conceito de parte. Há duas posições clássicas sobre o conceito de parte no processo civil. Chiovenda define parte como aquele que pede ou em face de quem se pede, compreendido como pedido de mérito (declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo) e não simples requerimento pelo ou em face desse sujeito. Posição diferente é adotada por Liebman, cuja influência no direito processual civil é inegável, para quem parte são os sujeitos do contraditório. Assim, bem colocadas as coisas, a maior parte das modalidades clássicas de intervenção de terceiros revelam hipóteses nas quais se apresentam verdadeiras partes, uma vez que se formulam pedidos ou tem em face de si pedidos formulados.

Tudo isso deixa claro que aqueles que veicularam demanda idêntica à do caso-piloto do incidente de resolução de demandas repetitivas não são partes desse processo afetado para fins de IRDR. Por outro lado, a rigor, também não são verdadeiros terceiros, na medida em que a tese tirada do incidente será para eles indiscutível.

Essa é a questão que põe em xeque a constitucionalidade na prática, do incidente de resolução de demandas repetitivas: *como explicar que não viola o devido processo legal a aplicabilidade da decisão em casos de pessoas que não interferiram efetivamente em sua construção?* Passa-se a enfrentar a problemática.

A NATUREZA JURÍDICA DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: A NECESSIDADE DE NOVA TÉCNICA DE TUTELA COLETIVA INTEGRANDO O ROL DE JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS AO LADO DOS RECURSOS REPETITIVOS

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário nos dias atuais se encontra assoberbado devido a uma grande explosão de litígios, frequentemente repetitivos, fruto da "massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos" (TEMER, 2017, p. 31). Obviamente, esperanças, desilusões e pretensões (MENDES, 2017, p. 3) acabam por desaguar no Poder Judiciário. Tal fato não passou em branco pelo legislador, que tentou implementar ao longo do tempo, formas de defesa judicial da tutela coletiva no Brasil, por meio da introdução de leis extravagantes, sobretudo após a Constituição Federal de 1988, que erigiu o direito coletivo como direito e garantia fundamentais.

Ocorre que a legislação extravagante não foi suficiente para conter o tsunami de processos judiciais, não impedindo a litigiosidade de massa, podendo ser apontadas

algumas razões para isso ter acontecido: não há uma cultura de fortalecimento das entidades associativas (ao contrário, a jurisprudência vem enfraquecendo as entidades), o regime da coisa julgada nas ações coletivas não é o mais efetivo, pois só atinge para beneficiar o indivíduo (por não haver controle da representatividade adequada), o que acarreta na possibilidade deste ajuizar sua ação individual, mesmo no caso de ter sido julgado improcedente o pedido coletivo, a vedação do acesso coletivo à jurisdição para determinadas matérias, pois resta coibida a utilização da Ação Civil Pública para matéria tributária, previdenciária e FGTS e a limitação conferida ao artigo 16 do mesmo diploma normativo, já que apenas os substituídos que estão limitados à competência do órgão que prolatou a decisão podem ser por ela beneficiados.

Por isso, a fim de aplacar tal problemática, a tônica do Código de Processo Civil é claramente a *otimização da prestação jurisdicional*, sem por óbvio se macular o devido processo legal, objetivando-se conferir previsibilidade às decisões do Poder Judiciário, oferecendo maior segurança jurídica ao jurisdicionado. Um dos exemplos é o dever de uniformização da jurisprudência, buscando o legislador eliminar a dispersão jurisprudencial em excesso (jurisprudência lotérica), bastando para tanto, a mera leitura do que dispõe o artigo 926 do CPC, podendo assim os tribunais lançarem mão da edição de enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante.

Outra novidade é a substituição da eficácia persuasiva dos precedentes. Precedente, em apertada síntese, é um evento passado que serve de guia para uma conduta futura. A teoria dos precedentes encontra amparo na previsibilidade, que é indispensável para a liberdade, uma vez que é necessário ao jurisdicionado antever as consequências que podem advir de suas condutas. Além disso, tratar de modo igual casos iguais é isonômico. Com efeito, não basta ser igual perante à lei, mas também é necessário preservar a igualdade perante a interpretação da lei, uma vez que a interpretação é constitutiva da norma: o intérprete sempre subscreve sentido ao texto.

Com a escolha desse "sistema", há nítida demonstração da tônica do legislador quanto à preocupação da imprevisibilidade e estabilização das decisões judiciais, já que a inexistência de uniformidade destas acarreta profunda angústia para a sociedade de forma geral e propicia, decerto, o aumento dos conflitos. Assim, os precedentes passam a assumir, dependendo do caso, eficácia vinculante, conforme pode se verificar do disposto no artigo 927 do CPC, implicando, sem sombra de dúvida, em avanço revolucionário no tratamento dado ao instituto.

A consolidação e a uniformização da jurisprudência conferem maior certeza aos julgados quando da apreciação de casos semelhantes, em completo atendimento ao princípio da segurança jurídica. Afinal, há segurança jurídica quando a ordem jurídica é coerente.

Neste contexto, que se pode indicar como desdobramento da questão dos precedentes o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), ao lado do Incidente de Assunção de Competência (IAC) e do julgamento dos Recursos Repetitivos. A consolidação de uma tese jurídica aplicável a uma mesma questão de direito acelera a criação de jurisprudência formando

um precedente. Os reflexos imediatos são a estabilidade das decisões, não ocorrendo mais aquela decisão surpresa que tanto abala a confiança depositada no Poder Judiciário.

Com este novo instituto, as controvérsias com as mesmas fundamentações jurídicas terão uniformidade e previsibilidade, conferindo maior racionalidade ao sistema. Complementando, com a sistemática dos precedentes, será evitada a dispersão da jurisprudência, estabelecendo um patamar de segurança jurídica, bem como de isonomia.

O IRDR permite que identificadas controvérsias dotadas de poder de multiplicar processos fundados sobre uma mesma questão de direito – e unicamente de direito, possa ser “escolhida” uma causa modelo e que seja ela levada a julgamento a um tribunal superior, estabelecendo-se um padrão decisório, que nada mais é do que um precedente a ser aplicado nos demais casos repetitivos.

Embora não haja uniformidade da questão na doutrina, não se pode negar, pois, que o incidente de resolução de demandas repetitivas como instrumento de tutela coletiva de direito é processo coletivo, justamente pela relação jurídica litigiosa ser coletiva (objeto)⁵. Cuida-se de autêntico processo objetivo autônomo de caráter coletivo (DIDIER JR e ZANETI JR, 2016, p. 211), que estabelece uma técnica de julgamento para definição em bloco da tese jurídica discutidas em diversas demandas repetitivas. O Ministro Luiz Fux chegou a designar o IRDR, nos debates iniciais, de “incidente de coletivização”, justamente por açambarcar os conflitos potencialmente coletivos.

Nesse sentido, convém mencionar o pensamento de Cavalcanti que afirma possuir o IRDR uma natureza coletiva. Para o autor, em que pese o incidente estar disciplinado no CPC, que tem como focos textos normativos referentes aos processos individuais, tal instituto tem natureza coletiva, devendo, portanto, ser analisado dentro do contexto da tutela jurisdicional coletiva (CAVALCANTI, 2016, p. 125).

A aproximação do IRDR com o processo coletivo, principalmente, com a resolução das questões de direitos individuais homogêneos, permite indicar tal semelhança, embora com estrutura e procedimentos diversos, pois ainda que existam posicionamentos divergentes na doutrina acerca da natureza do instituto, é inegável que há neste uma dimensão coletiva que decorre da repetição das mesmas questões em diversos casos.

O pressuposto de instauração é a manifestação coletiva do problema, que do mesmo modo há um resultado coletivo, bem como uma mesma função social. Assim, é inegável (até mesmo para quem defende outros posicionamentos) que o IRDR tem natureza coletiva e muito se assemelha a essas ações, com objetivos claros de sempre solucionarem questões com proporções coletivas.

⁵ Segundo o Professor Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Dr., é *processo coletivo* se o objeto litigioso é coletivo e se há tutela de grupo: “o processo coletivo é se a relação jurídica litigiosa (a que é objeto do processo) é coletiva” (DIDIER JR e ZANETI JR, 2018, p. 31), de modo que uma relação jurídica litigiosa é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever de estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo.

Já o *juízo de casos repetitivos* está previsto no art. 928 do CPC, englobando tanto a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas quanto a decisão proferida em sede de recursos especial e extraordinários repetitivos, revelando-se técnica de julgamento que se destina à solução de situações em que haja uma multiplicidade de processos com fundamento em idêntica questão de direito (art. 976, *caput* e art. 1.036, *caput*, ambos do CPC), servindo tanto para a resolução de questões repetitivas de direito material e de direito processual (parágrafo único do art. 928, do CPC).

Assim, há diferença entre os institutos, podendo-se dizer que o *processo coletivo* é gênero, do qual são espécies as *ações coletivas* e o *juízo de casos repetitivos*.

Segundo disposto no artigo 928 do CPC, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas, em recurso especial e recurso extraordinário repetitivo. A vocação do julgamento de cada técnica é produzir um precedente qualificado, que possui eficácia vinculante tanto para os processos pendentes como para os processos futuros.

Seja na teoria dos precedentes como na teoria do processo coletivo, não restam dúvidas de que só poderá ser o IRDR constitucional – no caso concreto – se efetivamente ocorrer a ampla e efetiva participação democrática de todas as partes e de todos aqueles terceiros que podem ser afetados pelo resultado do processo.

Há que ser registrado ainda que a escolha do processo coletivo brasileiro foi pela limitação da coisa julgada àqueles que intervieram no processo (*opt in*), incidindo sobre os demais *secundum eventum litis vel probationes*. No caso do IRDR, não há garantia do direito de autoexclusão (*opt out*).

Na experiência da *class action* norte americanas, a solução é dada pela adequada representação dos interesses desses terceiros em juízo. Assim, reputam alguns doutrinadores que diferentemente pelo fato do incidente de resolução de demandas repetitivas não prever o direito à autoexclusão estaria maculada a constitucionalidade do instituto. Como compatibilizar isso?

Encarado nesses termos, resta imprescindível para a legitimidade constitucional do IRDR no caso concreto a leitura de como deverá ocorrer o devido processo legal em relação aos terceiros afetados.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E OS TERCEIROS AFETADOS

Como gizado, o incidente de resolução de demandas repetitivas é, sem sombra de dúvidas, mecanismo de coletivização da decisão de questão de direito. Mas, como efetivar o contraditório sem inviabilizar o incidente?

Isso porque justamente por ser destinado a solucionar demandas repetitivas, o número de terceiro afetados tende a tornar impossível o julgamento da questão, caso todos eles decidam participar do debate processual.

A mera exclusão desses terceiros do procedimento tende a maculá-lo de evidente inconstitucionalidade, por violação flagrante ao devido processo legal e ao contraditório, uma vez que a decisão ali firmada sobre a questão de direito será aplicável imediatamente aos seus processos.

Nessa toada, a situação que confere legitimidade àquele que exercerá o contraditório em juízo não coincide integralmente com a situação deduzida, uma vez que a legitimação ordinária atinge apenas e tão somente a situação jurídica de que ele é titular. É indubitável que se trata de hipótese de legitimação extraordinária, em relação aos direitos dos terceiros afetados, e de legitimação ordinária em relação ao seu próprio direito.

A solução inicial para o caso parece ser aquela dada no direito norte-americano ao processo coletivo. Lá a coisa julgada se opera *erga omnes*, de modo que só é possível a extensão de sua indiscutibilidade aos terceiros em razão da adequada representação de seus interesses em juízo.

Nesse sentido, a clássica ideia de que a parte deve ter seu dia na corte foi substituída pela noção de que seu interesse é que deve ser representado. Como é evidente, não é uma representação qualquer que satisfaz as exigências do devido processo legal, mas somente uma representação adequada. É preciso que o representante seja capaz de defender os interesses do grupo de forma completa e imparcial, demonstrando vigor na condução do feito.

O representante adequado deve ser um membro da classe, o que no IRDR, pelo menos em tese, sempre ocorrerá, na medida em que será pinçado um processo sobre a questão para nele se instaurar o incidente que detenha condições técnicas, econômicas e jurídicas para levar adiante a defesa dos interesses de toda a classe.

Assim, alguns aspectos devem ser observados na seleção do caso piloto que pautará o julgamento do incidente. Essa escolha é absolutamente importante para o respeito ao devido processo legal.

A discussão travada nos autos escolhidos dentre os demais deve ser ampla, no sentido de que os argumentos relevantes devem ter sido deduzidos. Não parece adequado selecionar caso nos quais argumentos importantes foram deixados de lado ou já estão superados pela preclusão.

Além disso, não basta olhar objetivamente para o processo selecionado, mas também é necessário analisar a qualidade das partes. O representante coletivo deve ser um membro que não tenha interesse manifestamente conflitante com os demais. A esse respeito, é importante considerar a existência de litígios coletivos de difusão irradiada nos quais a lesão debatida também atinge diversas pessoas ou segmentos sociais, as quais não compõem uma comunidade homogênea. Em casos tais, é preciso ter cuidado para não privilegiar determinado interesse de certos membros que não são compartilhados pela integralidade, ou ao menos pela maioria, dos terceiros afetados.

A princípio, satisfeitos esses requisitos, haverá uma representação adequada dos interesses da classe, de modo que se justifica a extensão da imutabilidade da decisão àqueles que postulam demandas idênticas perante o Poder Judiciário.

Ao lado do representante adequado, não há dúvidas de que o MP e a Defensoria devem tomar postura ativa no exercício do contraditório, sempre de modo a proteger os interesses que lhes são constitucionalmente confiados, quais sejam, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, no caso do MP e a proteção dos necessitados, no caso da DF.

Aliás, compartilha-se do entendimento de que mesmo se não fosse o caso de intervenção do Ministério Público por conta de matéria não prevista, caberia a ele zelar pelo devido processo legal no incidente, sendo obrigatória sua interveniência. Aliás, dispõe taxativamente o parágrafo 2º do artigo 976 que não sendo o Ministério Público o suscitante do incidente, deveria ele intervir de forma obrigatória. Nessa linha, Hermes Zaneti Jr.:

[...] a atuação efetiva como fiscal do ordenamento jurídico em todos os incidentes de resolução de demandas repetitivas e recursos especiais e extraordinários repetitivos, diante da relevância social das decisões que afetam processos individuais e coletivos que estejam tramitando (art. 985, I, CPC) e tenham ainda potencial de formar precedentes para os casos futuros (art. 985, II, CPC). O Ministério Público deve garantir o processo justo e velar pelos direitos fundamentais envolvidos, assim como pelo interesse social nesses processos. Por esta razão, o CPC previu a intervenção de forma expressa (art. 976, parágrafo 2º, e art.1.038, III, CPC) (ZANETI JR, 2018, p. 64).

A atuação do Ministério Público no IRDR é a efetiva defesa da ordem jurídica, tal qual emanado do artigo 127, *caput* c/c art. 129, inciso IX, ambos da Constituição Federal. Em todo procedimento capaz de formar precedentes, a atuação do Ministério Público é obrigatória.

Há ainda possibilidade de intervenção de *amicus curiae*: a idoneidade exigida para a sua intervenção no incidente está relacionada a sua expertise sobre o tema debatido. Com efeito, a participação de *amici curiae* pode ser um mecanismo apto a ampliar o contraditório, melhorando qualitativamente a decisão a ser tomada.

CONCLUSÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas, inserido ao lado dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, é nova técnica de tutela coletiva, possuindo aptidão para formar tese jurídica a ser aplicada para os casos passados e para os casos futuros (nesta condição, funciona como precedente).

O tribunal competente analisará a questão e fixará uma tese jurídica que será aplicada aos processos pendentes e futuros que contenham a mesma controvérsia. Assim, a decisão formada no IRDR, vincula todas as partes que participaram do incidente, como também aquelas que não participaram.

Foi quanto a esta problemática que se debruçou o texto: a preocupação em compatibilizar a vinculação de partes e não partes (terceiros afetados) geradas a partir da fixação da tese no IRDR com o devido processo legal, garantia sem a qual não há que se falar em democracia. Como dar efetividade ao contraditório sem acabar por inutilizar o incidente? Só com a participação democrática ampla e a divulgação pública, abrindo espaço para que terceiros que possam ser afetados venham a integrar o processo.

Partilha-se que da solução conferida pelo direito norte-americano aos processos coletivos seria a ideal (a coisa julgada é *erga omnes*, sendo possível apenas sua extensão aos terceiros se houve representação adequada de seus interesses em juízo). Foi analisada como se deve dar a representatividade adequada: não só a qualidade das partes deve ser levada em conta, mas também a qualidade do caso-modelo.

Os terceiros afetados, inclusive, podem questionar a representatividade adequada e ainda, contribuir com a suscitação de teses novas, tudo de forma a contribuir sobremaneira com o debate da questão, que após decisão será aplicada de forma horizontal e vertical, aos processos pendentes e futuros.

A falta de previsão de representatividade adequada do litigante que levará a questão macula de inconstitucionalidade o instituto, razão pela qual a única forma de salvá-lo é exigindo a representatividade adequada do litigante que estará presente no caso-piloto.

Portanto, é importante, que na prática sejam observadas as ponderações colocadas neste estudo, a fim de que possa ser considerada constitucional, no particular quanto ao devido processo legal, a decisão formada por IRDR e a possibilidade de aplicação da mesma a terceiros afetados.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2019.
- _____. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de processo, v. 40, nº 240, fev. 2015, p. 221-242.
- 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.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª. ed. revista, atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, 381 pp. Disponível

em: <<http://senado.gov.br/senado/novo-cpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coordenadores). Comentários ao novo CPC. Rio de Janeiro: Forense, 2015

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. v. 3. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. Curso de direito processual civil: processo coletivo. v. 4. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coordenadores). Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

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. Revista de Processo, v. 256, 2016, p. 209-216.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro). Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2016

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. 3 ed. Re., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil – novo CPC – Lei 13.105/2015, São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

REICHEL, Luís Alberto e JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Coletivização e unidade do direito. Londrina: Toth, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas de repercussão coletiva x técnicas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos

- individuais homogêneos? In: ZANETTI JR., Hermes (coord.). Processo Coletivo (Repercussões do Novo CPC). Salvador: Juspodivm, 2016.
- ROSSI, Júlio César. Incidente de resolução de demandas repetitivas e o novo CPC: das inadequações às inconstitucionalidades. Curitiba: Juruá, 2016.
- Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AREsp nº 1.470.017/SP - (2019/0076015-6). Relator: Ministro Francisco Falcão. DJe: 18/10/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1877428&num_registro=201900760156&data=20191018&formato=PDF> Acesso em: 20 jan. 2019.
- TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadores). Temas Essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. De acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- ZANETTI JR., Hermes. A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da Justiça Brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. Litigiosidade Repetitiva? Avanços, desafios e perspectivas de futuro. Revista da Associação Nacional do Ministério Público, v. 3, n. 3, 2017.
- _____. O Ministério Público e o Novo Processo Civil. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DISCOVERY À BRASILEIRA: A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA COMO DIREITO AUTÔNOMO E SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA, COMO TÉCNICA EFICIENTE À CONTENÇÃO DA LITIGIOSIDADE

Anna Luíza Sartorio Bacellar¹

Resumo: Em decorrência da redemocratização do Estado brasileiro com a Constituição de 1988, surgiu a necessidade de adequação da matéria processual, tanto por razões sociais como jurídicas. Passados 27 anos, foi aprovado um novo Código de Processo Civil – Lei Ordinária 13.105 de 2015, que dentre tantas mudanças e novidades marcantes, trouxe em seção própria, dentro do Capítulo de provas, a medida da produção antecipada de prova, com natureza jurídica de direito autônomo, e sem o requisito da urgência. A inovação jurídica no ordenamento processual é inspirada no modelo norte-americano, que recebe o nome de *Discovery*, a qual representa a fase de pré-constituição da prova, ou seja, uma fase anterior à fase de julgamento, desvinculada da obrigatória declaração de um direito pelo Estado. A novel técnica probatória é considerada pela doutrina uma notável evolução ao direito processual brasileiro e uma técnica eficiente à contenção da litigiosidade que deve ser estimulada e praticada no ambiente jurídico.

Palavras-chave: *Discovery* à brasileira; Provas; Produção Antecipada de Prova; CPC/2015; Contenção à litigiosidade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a discorrer sobre a nova técnica probatória inserida no ordenamento processual brasileiro: a produção antecipada da prova, como direito autônomo e sem o requisito da urgência, que se ousou denominar, na forma conotativa, de *Discovery* à brasileira².

Foi inspirada na *Discovery* americana, a qual importa a fase procedimental de revelação de provas, com dever de cooperação das partes, anterior à fase de julgamento, portanto,

¹ Advogada. Mestranda em Direito pelo Departamento de Pós-Graduação em Direito Processual Civil -PPG-DIR/UFES. annalusartorio@hotmail.com.

² A alcunha foi verbalizada pelo professor Leonardo Carneiro da Cunha durante o curso “TRÊS ANOS DE VIGÊNCIA DO CPC/2015: O QUE MUDOU?”, ministrada aos dias 18 de agosto de 2019, na cidade de Vitória, e os apontamentos e considerações feitos, naquela oportunidade, despertaram especial atenção e motivação para este trabalho.

desvinculada da declaração de um direito pelo Estado. A experiência estrangeira revela grande êxito na resolução de conflitos, e somente casos mais complexos ultrapassam essa fase e alcançam a fase de julgamento.

Há tempos o modelo norte-americano era observado pela doutrina, mas foi desenvolvida e moldada ao sistema processual brasileiro pelo professor Luiz Flávio Yarshell, e finalmente inserida no CPC/15, como técnica legislativa eficiente a contenção da litigiosidade para o enfrentamento à grave crise que acomete o Poder Judiciário: um Judiciário abarrotado de processos, com uma prestação jurisdicional lenta e ineficiente e com excessivo número de novas demandas, dentro de um Estado Democrático de Direito regido por diretrizes constitucionais que garantem, em tese, a prestação de uma tutela jurisdicional célere, efetiva e justa a todos que lhe socorrerem.

O objetivo específico deste estudo é apresentar o desenvolvimento da tese “antecipação da prova sem o requisito da urgência, como direito autônomo à prova”; como e por que a medida probatória foi inserida do vigente caderno processual; o novo conceito de direito à prova; a demonstração da relevância desta inovação jurídica e sua utilidade prática a ser estimulada aos operadores do direito, principalmente a advogados; e, por fim, pensar em mais utilidades a práticas, bem como mais funcionalidade à medida probatória.

Desde já, esclarece que não há qualquer pretensão em se esgotar o tema, uma vez que não há abordagem acerca de atecnias legislativas e entraves jurídicos apontadas pelos doutrinadores e juristas, o que reconhece ser interessante objeto a ser desenvolvido em outra oportunidade.

PRIMEIRAS NOTAS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA, COMO DIREITO AUTÔNOMO E DESVINCULADO DO REQUISITO DA URGÊNCIA NO CPC/2015

Em apertada exposição, para não fugir do tema que se pretende examinar, faz-se necessário apresentar o cenário jurídico em que se desenvolveu a medida Produção Antecipada de Prova, como direito autônomo e desvinculado do requisito da urgência.

Na incessante busca por um sistema processual civil coeso e harmônico com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro, e ainda com o objetivo de proporcionar satisfatoriamente à sociedade uma prestação jurisdicional efetiva, célere, segura e isonômica, foi elaborado por uma Comissão de Juristas e, por conseguinte, aprovado um Novo Código de Processo Civil – Lei Ordinária 13.105 de 2015, que passou a vigor a partir de 18 de março de 2016.

O atual e vigente código processual trouxe em sua Exposição de Motivos (SENADO, 2015, p. 27) que uma das suas principais linhas de trabalho na sua elaboração foi resolver problemas para alinhar o processo como teoria comprometida com sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos e efetivação dos valores constitucionais. É o que se convencionou chamar de Constitucionalização do Processo.

Antes mesmo de começar a esboçar as primeiras linhas do projeto do CPC/15 os problemas de crescimento da litigiosidade e do congestionamento processual já eram apontados pela doutrina, e assim já assinalava Watabane “todos têm, hoje, plena consciência da grave crise que afeta a nossa Justiça, em termos principalmente de morosidade, efetividade e adequação de suas soluções” (2012, p. 87).

Em trabalho científico específico sobre meios adequados à contenção da litigiosidade e promoção de um acesso adequado à justiça Madureira afirmou que “a técnica empregada pelo Código de Processo Civil de 2015 para enfrentamento do problema relativo às dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário para imprimir duração razoável ao processo foi fomentar a contenção da litigiosidade das partes” (2017, p. 107). Ainda, segundo Madureira (2017, p. 107) “essa opção político-legislativa é coerente com a percepção, no plano da Ciência” como tecnologia adequada no tratamento dos problemas constatados.

Sob essa nova perspectiva, técnicas político legislativas de contornos mais democráticos e menos intervencionistas ao processo para o aprimoramento pela ciência processual foram inseridas ao ordenamento com a finalidade de estimular a autocomposição, convertendo o papel das partes de destinatários passivos da prestação jurisdicional a atores principais na condução e resolução de seus próprios conflitos.

A preocupação se concentra, portanto, na celeridade processual para que se possa atender a garantia da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII) e na urgente e necessária contenção da litigiosidade. Vale acrescentar que para a aplicação dessas técnicas, novos institutos jurídicos foram introduzidos ao ordenamento, alguns inclusive importados do direito estrangeiro, e assim:

[...] criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente e o passado. Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações (SENADO, 2015, p. 39).

E é exatamente a respeito de um desses institutos introduzidos no ordenamento processual e inspirado no direito estrangeiro que doravante se pretende debruçar: A Produção Antecipada De Prova, como direito autônomo e desvinculado do requisito da urgência, colocado em seção própria, dentro do Capítulo de provas, precisamente nos artigos 381, II e III do CPC/2015.

O IDEALIZADOR E O DESENVOLVIMENTO DA TESE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA, COMO DIREITO AUTÔNOMO E DESVINCULADO DO REQUISITO DA URGÊNCIA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL BRASILEIRO

A inovação jurídica foi considerada por Ada Pellegrini como “uma das melhores contribuições para o desenvolvimento da ciência processual. [...] o tema apresentado não

oferece apenas interesse teórico, sendo de grande utilidade prática, por abrir novos caminhos [...] idôneos a conduzir a autocomposição das partes” (YARSHELL, 2009, p. 09).

Este tema foi idealizado e desenvolvido para o direito brasileiro na Tese de Flávio Luiz Yarshell e apresentada no concurso para o cargo de professor titular de direito processual da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - USP.

Para o seu desenvolvimento o autor traçou diversas proximidades e distâncias entre o processo civil e o processo penal dentro da teoria geral do processo ao notar que “mesmo as diferentes perspectivas da ação no âmbito civil e no penal já não são exatamente as mesmas de outrora” (YARSHELL, 2013, p. 327). E “ainda que a teoria da prova civil se distinga, em relevantes aspectos, da penal (a começar de peculiaridades situadas no plano substancial), sempre houve – e continua a haver – um fértil campo comum” (YARSHELL, 2013, p. 326).

Sob essa narrativa de diálogo entre o processo penal e o processo civil, enxergou a prova como um dos pontos de destaque e interseção entre esses ramos do direito, dentro do qual lhe instigou o tema da pré-constituição de provas.

Segundo Yarshell (2013, p. 328) a pré-constituição da prova no processo penal nunca foi novidade porque sempre se concebeu que a colheita de elementos de instrução, em sede de inquérito policial, para que se preste, modernamente, não apenas a formar a convicção do acusador, mas também a justificar e inspirar o acusado a aceitar, ou não, eventual transação penal ou suspensão condicional do processo.

Atento a evolução processual no âmbito penal, não lhe passou despercebido que “[...] não tão recentemente, a previsão de inquérito – a cargo do Ministério Público, no âmbito da ação civil pública - com igual e talvez até mais abrangente escopo (por exemplo, estimular a celebração de ajustamento de conduta), passou a vigorar em matéria civil” (2013, p. 329).

Seguindo essa linha de raciocínio, se ocupou de fixar premissas para a ampliação do direito de investigar e da colheita de provas no âmbito cível, isto é, a iniciativa probatória dentro da teoria geral do processo. Relacionou aquele direito a um direito autônomo à prova como um elemento de pretensão, “à semelhança do que um dia já se concebeu em relação ao direito de ação” (YARSHELL, 2009, p. 237), e que não caberia apenas aos agentes e órgãos públicos, como por exemplo ao Ministério Público, sob o argumento de proteção do interesse público, logo também deveria ser estendida aos acusados, no seu interesse particular.

E para corroborar com seus argumentos, asseverou que se era admitida no processo penal também deveria ser estendida à seara cível e às relações privadas, como já desenvolvido “em insuspeitos sistemas liberais, como é o caso da *discovery* americana, e da *disclosure* inglesa, além da investigação privada prevista no processo penal italiano” (YARSHELL, 2009, p. 215).

Acrescentou que não haveria porque não se estender a investigação às relações privadas sob o argumento de limitações legais ou de ordem constitucional que alcançam os órgãos públicos, porque estas limitações alcançariam a todos, uma vez que, e de qualquer modo, o poder de controle sempre é sindicado pelo Poder Judiciário (YARSHELL, 2009, p. 220).

Nesse apanhado teórico, concluiu que se o Estado permitir a pesquisa de fatos e a busca de prova pelo interessado com a finalidade de constituí-la antecipadamente, excepcionando-se os casos de urgência em que se quer apenas a conservação da prova, procederá, segundo Yarshell (2009, p. 217) “para que as partes possam avaliar suas chances, de sorte a ingressar em juízo com maior segurança e responsabilidade ou, por outra, simplesmente não ingressar (ou não resistir a dada pretensão)”.

Por conseguinte, espelhando-se no modelo norte-americano, percebeu que seria perfeitamente possível admitir no ordenamento jurídico brasileiro uma produção antecipada nesses moldes, isto é, com roupagem de direito autônomo e não cautelar, na qual as partes seriam destinatárias da prestação jurisdicional, e não haveria, obrigatoriamente, a necessidade de propositura de uma ação principal para o convencimento do juiz que resultasse em uma decisão estatal, porque, como já dito, o objetivo de dar as partes o real e verdadeiro contorno daquela situação jurídica já estaria concluído, entregando a elas a oportunidade de avaliarem a resolução da situação jurídica posta como entenderem ser mais conveniente.

Nessa esteira, “rompe-se a tradicional e limitada ligação que se faz entre prova e julgamento estatal, para se valorizar o relevante nexos que existe entre a obtenção de prova e a avaliação das partes quanto às suas chances em juízo” (YARSHELL, 2009, p. 211).

Propôs, outrossim, a alteração terminológica para o que tradicionalmente se entendia por direito à prova, para que passe a se chamar “direito de prova”, e o tema apresentado na tese de Flávio Luiz Yarshell de “direito à prova”, como o simples direito à obtenção de prova, como direito autônomo, inclusive com natureza de direito subjetivo material da parte, como elemento de pretensão, e até mesmo como um direito adquirido, “como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí” (2009, p. 234).

O Autor da tese conquistou, à unanimidade, o cargo de professor e, ainda, a emplacou no Novo Código de Processo Civil, inserta em seção própria, dentro do Capítulo XII (Das Provas), na Seção II, especificamente entre os artigos 381 a 383.

Ao tempo do Projeto de Lei, pareceu-lhe relevante destacar duas observações: a primeira “que o direito à prova não pode e não deve ser visto como atividade meramente administrativa, ao contrário do entendimento adotado por muitos, inclusive por parte da jurisprudência de tribunais superiores” porque é exercício de atividade tipicamente jurisdicional consubstanciada no exercício do direito de ação; a segunda quanto à exigência de justificativa do requerente frente à necessidade da antecipação da prova, sobre o qual assinala que “embora isso seja correto, o que mais se afigura relevante aí é o ônus de o requerente delimitar, com a precisão possível, os fatos sobre os quais há de recair a prova. Isso pode contribuir para que as medidas de instrução não enveredem para o abuso” (YARSHELL, 2011).

Ultrapassadas essas considerações, Yarshell confirma a materialização da tese, e mesmo que não seja a importação pura e simples da *Discovery* americana em seus exatos termos, afirma que já “será conveniente aproveitar a experiência do modelo de *common law* no ordenamento jurídico processual brasileiro” (2011).

Após a publicação do CPC/15, Yarshell reconhece (2016, p. 1150):

O CPC de 2015 inova ao desvincular a antecipação da prova do requisito do perigo [...] embora ainda distante dos modelos de *common law* [...] o novo texto passou a conceber a medida como meio para que os interessados possam melhor avaliar suas chances e riscos numa disputa judicial.

Importante lembrar que não é escopo desta pesquisa analisar ponto a ponto as atecnias legislativas e entraves jurídicos encontrados pelos doutrinadores e especialistas na modalidade de produção antecipada de prova analisada neste artigo, pois - um estudo com este objeto renderia um trabalho tão e somente a esta finalidade.

A real intenção é outra: serve a presente análise para apresentar o quão grande é a sua funcionalidade dando mais razões à sua utilização para que operadores do direito sejam estimulados a lançarem mão desta nova medida como meio de produção de prova, razão pela qual, por ora, é suficiente a afirmação do autor ao considerar que sua tese foi inserida, e portanto, está emplacada no CPC/15.

A DISCOVERY À BRASILEIRA E SUA UTILIDADE PRÁTICA

Em busca do aprimoramento do processo volta-se a falar na necessidade de eficiência e de celeridade, ainda não alcançadas no procedimento brasileiro, fazendo a doutrina volver os olhos à experiência estrangeira e se valerem da importação de institutos jurídicos. Tudo isso graças à "globalização da ciência processual" (DINAMARCO, 2000, p. 131), como canal de comunicação pela qual uma regra de direito de um país pode ser guindada a outro, e assim, transpor fronteiras.

Há muito tempo a doutrina se manifesta sobre necessários avanços às normas jurídicas relativas à produção das provas, oportunidade em que o modelo norte-americano era estudado e citado por renomados juristas, como assentou Greco (2009, p. 04) "para que a celeridade não constitua um obstáculo, certamente o processo deverá ser aperfeiçoado, através de técnicas mais apropriadas de antecipação da atividade probatória, como a *disclosure* e a *discovery* do direito anglo-americano".

De fato, nunca se colocou em dúvida a necessidade de evolução das normas jurídicas inerentes às provas porque, apesar de ser essencial ao resultado do processo, é realidade apontada por Marinoni e Arenhart (2005, p. 248) que "a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupe quase a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema nos diversos códigos processuais que se aplicam no direito brasileiro".

A respeito do instrumento preliminar de produção de prova característico do ordenamento processual anglo-saxônico, leciona Barbisa Moreira (2007, p. 78):

É o mecanismo tradicionalmente conhecido por *discovery*, mediante o qual cada uma das partes pode munir-se de provas a que o ordinário não teria acesso, principalmente documentos do adversário. Tal possibilidade abre perspectiva de êxito, por exemplo, a quem litigue contra grandes empresas e necessite inteirar-se de suas atividades; por outro lado, favorece a solução consensual do

litígio, na medida em que permite os litigantes avaliar com realismo a solidez de sua posição.

Em estudo específico sobre o mecanismo de antecipação de prova no modelo norte americano, Eduardo Cambi discorre sobre a *Discovery Stage*, o qual se mostra imprescindível melhor conhecer:

O processo civil norte-americano divide-se em duas fases: o momento anterior ao julgamento (*pretrial*) e a fase de julgamento (*trial*), que pode ocorrer pelo júri. A fase *pretrial* contempla o *Discovery*, que é a revelação de provas e dados que possam colaborar com a elucidação do caso. Esse momento processual não abrange a participação e a ingerência direta do magistrado. São os advogados que realizam a maior parte dos procedimentos de produção de provas, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos. Isso não significa que o magistrado não participa dessa fase, mas que suas intervenções são excepcionais, justificadas por falhas no andamento processual ou quando uma parte requer a participação do magistrado por sentir-se prejudicada. Os juízes devem apenas coibir eventuais abusos das partes e advogados, não interferindo diretamente na colheita das provas (CAMBI, 2015, p. 05).

Não se pode olvidar em mencionar uma crucial diferença entre o processo civil americano e o processo civil brasileiro: a faculdade de se utilizar do procedimento de produção antecipada de prova.

Enquanto no modelo americano as provas são obrigatoriamente constituídas em fase antecedente, ou seja, na *pretrial*, e somente após essa fase de constituição, se não houver transação e houver provas consideradas robustas, as partes poderão instruir e dar seguimento à demanda que, então, passará à fase de julgamento, isto é, ao *trial*, no qual haverá valoração das provas pelo juiz e, conseqüentemente, à declaração do direito pelo Estado.

Já no processo civil brasileiro a produção de prova como direito autônomo e não cautelar pode ocorrer em dois momentos a requerimento das partes: na medida da *Discovery* à brasileira, que é de uso facultativo, e também na fase instrutória dentro do processo de conhecimento, momento em que pode se dar início a investigação e produção de prova, dentro de um procedimento que, desde o início, está sob análise valorativa do magistrado, o que não é acontece no processo civil norte-americano.

Por conseguinte, observou Yarshell (2009, p. 78), que “a experiência dos países que conhecem tais mecanismos de produção preliminar da prova parece comprovar que o número de casos que finalmente chegam ao *trial* – do qual resultará o julgamento imperativo – é reduzido”. Além disso, constata ser inegável atribuir a essa redução de número de casos que chegam à julgamento a “avaliação de chances feitas pelos interessados a partir dos elementos de prova que, de alguma forma pré-constituídos, se apresentam àqueles” (2009, p. 78).

E Cambi (2015, p. 03) confirma:

Nos EUA, a maioria dos casos é resolvida em acordos celebrados ainda no momento anterior à fase de julgamento, incentivados pelo próprio sistema judicial, que concede aos celebrantes uma solução mais rápida e sem os riscos

da imprevisibilidade do julgador. As partes devem encerrar o litígio na fase pré-julgamento sempre que possível, restando aos juízes os casos mais complexos ou de difícil elucidação.

O êxito deste interessante instrumento que tem como escopo “evitar a instauração do processo cujo objeto seja a declaração do direito e, portanto, de evitar uma decisão estatal acerca da relação material controvertida” (YARSHELL, 2009, p. 72), despertou em doutrinadores brasileiros um estudo mais preciso, de modo a desenvolver um modelo próprio adaptado ao procedimento brasileiro que, mesmo não sendo a importação pura e simples da *Discovery* americana, teria sua essência porque é a pré-constituição da prova, desvinculada da declaração do direito, portanto vindo a servir como instrumento útil à contenção da litigiosidade, possibilitando às partes a avaliação dos reais contornos da situação jurídica posta.

Por conseguinte, a produção antecipada de prova como direito autônomo sem o requisito da urgência é medida que foi inserida no novo Código de Processo Civil como uma evolução esperada pela doutrina quanto à normatização jurídica relativa à prova, que vem a atender os anseios a que o novo ordenamento se propõe, na mira da contenção da litigiosidade por meio de mecanismos que promovam solução alternativa de conflitos e no alcance de uma menor intervenção estatal e racionalização do processo para a construção da justiça entre as partes.

Talamini (2016, p. 02) em artigo específico sobre o tema produção antecipada de prova, nesse sentido ressalta:

Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante. Como se vê, esses objetivos guardam relação instrumental com uma possível disputa litigiosa, em que aquela prova poderia vir a ser usada. Mas essa disputa litigiosa não é apenas futura, e sim também eventual. Pode vir a não existir. Mais do que isso, o resultado da ação probatória pode ser decisivo para que ela não ocorra. Evidencia-se assim que a prova, ainda que não perdendo seu caráter de instrumentalidade, não se destina apenas à demonstração de fatos dentro de um específico processo. Tem um papel que vai muito além disso, ao fornecer previamente balizas para as partes, como acima destacado.

Enfim, o Estado percebeu que é ilusão difundir na sociedade “que todo aquele que tiver um direito lesado ou ameaçado vai receber do Estado a mais ampla e eficaz tutela jurisdicional, que lhe assegurará o pleno gozo desse direito” (GRECO, 2009, p. 01).

Sem adentrar em linhas sociológicas - para não se perder a hipótese de trabalho inicialmente traçada, pois seria necessário falar em *habitus* no campo jurídico como uma “espécie de senso prático do que se deve fazer em dada situação” (BOURDIEU, 1996, p. 42) – é

importante destacar que o Brasil é um Estado de cultura litigante, onde a cada ano há enorme quantitativo de novos casos ajuizados no Poder Judiciário.

Nas três últimas pesquisas publicadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, nas obras *Justiça em números 2017*, *Justiça em números 2018* e *Justiça em números 2019*, os quais se utilizaram como ano-base, respectivamente 2016, 2017 e 2018, isto é, após início da vigência do novo CPC - foram registrados na esferas estadual, federal e trabalhista no ano de 2016, 27.871.359 novos casos (2017, p. 38), no ano de 2017, 28.394.608 novos casos (2018, p. 32) e no ano de 2019, 27.243.993 novos casos (2019, p. 36).

Os números são elevadíssimos, mas já é possível perceber o acerto na inserção das novas técnicas legislativas para o aprimoramento do ordenamento processual brasileiro.

Segundo Cambi (2015, p. 05):

O Poder Judiciário, na maior parte dos países ocidentais, é o grande solucionador de conflitos humanos da atualidade. Todavia, os órgãos judiciais realizam essa tarefa de forma nem sempre adequada ao conjunto dos problemas sociais. Uma das constatações mais comuns a respeito do Poder Judiciário Brasileiro, por exemplo, é a lentidão do trâmite processual e de como essa morosidade gera a inefetividade da justiça, o que causa prejuízos ao exercício da cidadania e interfere diretamente no cotidiano das pessoas.

E complementa Cambi (2015, p. 08):

Devido ao número excessivo e crescente de processos que chegam ao Poder Judiciário brasileiro, é necessário pensar em formas mais efetivas de aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Nesse contexto, a *Discovery* deve ser concebida como técnica processual de solução de conflitos capaz de resolver litígios sem onerar demasiadamente o Poder Judiciário. A compreensão de que todas as causas devem ser resolvidas pelo Poder Judiciário (exegese do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal) é responsável pelo abarrotamento de processos e pela ineficácia da prestação jurisdicional no Brasil. A mudança dessa cultura do litígio depende, pois, do aperfeiçoamento das técnicas processuais.

Mudar uma cultura litigante certamente não é tarefa fácil, mas os primeiros passos já começaram a ser dados quando implementadas as técnicas que promovem e efetivam a prestação jurisdicional com a finalidade de construção de soluções jurídicas mais justas a serem resolvidas entre as próprias partes.

Nesse sentido também se posicionou Madureira (2017, p. 108):

Estou convencido de que uma melhor compreensão das partes sobre os reais contornos do objeto litigioso, no que se refere a caracterização dos fatos constituídos na lide [...] conduz, potencialmente, a um desfecho mais célere para a contenda, que pode nem vir a ser judicializada.

Entretanto, é importante revelar que a utilização da inovadora técnica aqui estudada, e que chamamos de *Discovery* à brasileira, ainda não tem sido muito praticada. E não foi preciso ir longe para obter essa confirmação.

Em 02.08.2019, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo – TJES, através do Núcleo de Processamento de Estatística, respondeu ao Requerimento Administrativo protocolado sob o nº 2019.00.898.596, em que foi solicitado o levantamento de dados sobre a quantidade de Ação de Produção Antecipada de Prova, como direito autônomo, ajuizadas a partir da vigência do novo CPC, isto é, a partir de 18 de março de 2016, trouxe o seguinte resultado:

Em consulta as bases de dados do Poder Judiciário Capixaba foram encontrados 328 processos ajuizados com a Classe (Tabela Processual Unificada CNJ) 193 – Produção Antecipada da Prova desde a data de 18 de março de 2016 (início da vigência do novo CPC – Lei Ordinária 13.105 de 2015).

Diante dos dados obtidos, constata-se que em quase 3 anos e meio de vigência do Novo CPC, apenas 328 Ações de Produção Antecipada de provas foram ajuizadas no Poder Judiciário capixaba. Para ser mais precisa quanto à ínfima quantidade de ações dessa classe que foram propostas, basta comparar com os dados apresentados pelo CNJ em relação aos novos casos ajuizados na Justiça Estadual do Estado do Espírito Santo: no ano-base 2017 foram registrados 320.743 novos casos (2018, p. 27) e no ano-base 2018 foram 303.719 novos casos (2019, p. 30).

Nota-se, também, que neste Estado mudanças na redução da litigiosidade estão ocorrendo, mesmo que lentamente, mas é preciso que os operadores do direito, principalmente advogados, se atentem para a relevância desses sofisticados mecanismos e, ao mesmo tempo, sejam estimulados e convencidos a lançar mão, especialmente, da medida probatória aqui estudada pois tamanha é sua utilidade prática em alcançar, com êxito, soluções alternativas de conflitos, e ainda atingir o seu escopo principal, a contenção da litigiosidade.

Honestamente, já no final deste estudo acabou-se por pensar em: como dar mais funcionalidade à *Discovery* à brasileira? A resposta estará de forma sucinta no tópico seguinte, mas já registrado que será objeto explorado em outro estudo.

OUTRAS UTILIDADES PRÁTICAS À PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA, COMO APERFEIÇOAMENTO DESSA TÉCNICA PROCESSUAL

Inserida no ordenamento processual brasileiro pelo CPC/15, no artigo 381, incisos II e III, a inovação jurídica do autêntico direito à prova, é considerada pela doutrina como técnica legislativa eficiente na contenção da litigiosidade.

Entretanto, percebeu-se que inserir no ordenamento uma técnica de tamanho valor e não estimular sua utilidade, acabará por torná-la letra morta no caderno processual e no âmbito jurídico, vindo a ser imprescindível pensar em mais porquês para se lançar mão da *Discovery* à brasileira.

O primeiro está associado a mais um dos objetivos a que o CPC/15 se propõe: perceber que a inovação jurídica é técnica eficiente também a imprimir celeridade e duração razoável ao processo, pois iniciar um procedimento com objetivo exclusivo de produção de prova, em

que não há contestação, tampouco recurso, é fácil perceber a considerável redução do tempo morto do processo, que ocupa grande parte procedimento no rito ordinário.

Ao analisar o tempo morto do processo e a *Discovery* à brasileira, despertou-se para a implementação de varas especializadas e exclusivas para a modalidade de produção de prova, com a finalidade de dar mais funcionalidade e mais utilidade prática ao procedimento, uma vez que a produção de prova estaria sistematizada em ambiente organizado, com servidores especializados e por profissionais cadastrados dedicados unicamente ao procedimento de produzir provas.

Pode até parecer utópico, mas se o critério for eficiência, organizar a produção de prova em varas especializadas seria um estímulo por meio de política pública a alcançar o objetivo de contenção da litigiosidade, e assim permitir que “os interessados possam melhor avaliar suas chances e riscos em disputa judicial” (YARSHELL, 2016, p. 1150), sendo viável, inclusive, já realizar o encaminhamento do resultado da produção da prova às varas especializadas em mediação.

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA COMO DIREITO AUTÔNOMO E SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA E A TUTELA DE EVIDÊNCIA

Como mais uma razão em se lançar mão da *Discovery* à brasileira, é necessário responder a seguinte questão: É possível utilizar a prova obtida no procedimento de produção antecipada de prova, com ou sem urgência no procedimento de tutela de evidência?

Passa-se então a análise de compatibilidade dos referidos institutos jurídicos. Em um plano, a *Discovery* à brasileira - e até mesmo nas hipóteses de perigo de demora - garante a possibilidade de participação das partes, em respeito ao princípio do contraditório, conduzido em um provimento jurisdicional que confere a certeza e a segurança da chancela jurídica do Estado.

Em outro, a tutela fundada na evidência pura, que pode também ser concedida antecipadamente, requer prova pré-constituída hábil a demonstrar a evidência que instruirá o procedimento.

Em breve análise, afirma-se que é perfeitamente possível compatibilizar os institutos porque eles se comunicam, e não colocam em xeque a coerência do sistema, pois a prova obtida na fase da *Discovery* à brasileira é prova obtida em procedimento jurisdicional, revestida com a segurança e a certeza de que a chancela do Estado lhe garante, e que servirá como documento hábil a demonstrar a evidência que instruirá o procedimento seguinte, qual seja, o provimento da Tutela de Evidência, sem que se possa falar em inversão da ordem procedimental.

A análise é instigante e por ora se mostra até insuficiente, despertando que sejam tecidos maiores e melhores comentários em estudo específico, e que por ora, vale parafrasear Batista Cintra (2016, p. 80) ambos são institutos que complementam o sistema processual no

sentido de permitir uma melhor distribuição do tempo do processo, então ulteriores estudos mais aprofundados a respeito, bem como sua aplicação prática, certamente promoverão seu amadurecimento para que sirva aos propósitos para os quais foram concebidos.

CONCLUSÃO

Não coube a este estudo tratar dos defeitos do que se convencionou chamar de *Discovery* à brasileira, nos exatos termos em que foi instituída no Código de Processo Civil de 2015, porque o escopo do presente artigo foi ressaltar a real finalidade para o qual o instituto foi idealizado e quão grande representa sua contribuição na evolução da ciência processual.

A atenção foi voltada para o raciocínio do estudioso que passeou por diferentes áreas recolhendo elementos próprios de cada uma, sistematizando e desenvolvendo teses com a finalidade de aprimoramento do processo. Ao trilhar a esteira do seu pensamento notou-se que não foi fácil falar da prova como um direito em si, como um direito autônomo, e nos contornos em que foram propostos: alcançar o esclarecimento e convencimento das partes, mirando o interesse privado, com a finalidade de estímulo de solução das controvérsias por formas de autocomposição, mesmo sem negar uma futura projeção de convencimento do juiz, e ainda servir de técnica eficiente à contenção da litigiosidade.

Observou-se, outrossim, que ao inserir a nova medida probatória no ordenamento processual, o legislador conseguiu andar na contramão da expansão da estatalidade, alinhando-se ao atual e novo momento jurídico que vive o Brasil: a busca de um Estado mais democrático e menos intervencionista, em que os indivíduos deixam de ser meramente destinatários passivos da prestação jurisdicional, e passam a figurar o papel de protagonista do processo decisório. É o próprio Estado dando sinais de mudança, e percebendo que não está a serviço de si próprio, mas sim a serviço da sociedade.

E em última análise foi constatado que apenas inserir um autêntico direito à prova no vigente caderno processual não prova sua solidez, tampouco sua eficácia, se sua utilidade prática não for devidamente estimulada e incentivada, tanto pelo Estado, quanto pelos operadores do direito, e principalmente por advogados. E enquanto estes não despertarem para o quão sofisticado é o novo sistema de produção de provas que está disposto no CPC/2015 e passarem a lançar mão desta inovação jurídica que possui grande potencial de solucionar alternativamente os conflitos, e portanto, conter a litigiosidade, como já comprovado pela experiência estrangeira, a *Discovery* à brasileira não terá provado a que veio.

Após toda essa exposição, ainda restou a seguinte dúvida: há, na realidade, falta de interesse na sua utilização do direito autônomo à prova, em razão da cultura jurídica brasileira litigante, ou seria o caso de falta de atualização jurídica dos profissionais do direito? Uma interessante questão posta para reflexão e que poderá subsidiar um novo trabalho.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BATISTA CINTRA, Lia Carolina. "Tutela antecipada fundada na evidência no novo Código de Processo Civil". In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Coord.: Grupo de pesquisa sobre Cultura José Roberto dos Santos Bedaque et al. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 41-83.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. São Paulo: Papyrus, 1996.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- BRASIL. Tribunal De Justiça Do Estado Do Espírito Santo. Despacho 20/2019. Demanda da Cidadã Protocolo Ref. 2019.00.898.596. Anna Luíza Sartorio Bacellar e Núcleo de Processamento de Estatística. Analista Judiciário: Magno dos Santos Neto. Vitória, 02 ago. 2019.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- CAMBI, E.; PITTA, R. G. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*. v. 245, julho de 2015, Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF> Acesso em: 15 jan. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: Ano – base 2016*. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: Ano – base 2017*. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee-7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019: Ano – base 2018*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 15 jan. 2019.
- DIDIER, Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA Rafael. *Curso De Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podium, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil III*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO, Leonardo. Limitações Probatórias no Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v.4, n.4, 28p, 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21605/15632>> Acesso em: 15 jan. 2019.

- MADUREIRA, Claudio. Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SENADO FEDERAL. Código de Processo Civil e Normas Correlatas. Brasília. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- SENADO FEDERAL. Quadro comparativo do Código de Processo Civil: Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010. Brasília. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/mudancas-cpc-integral.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.
- TALAMINI, Eduardo. Produção Antecipada De Prova No Código De Processo Civil De 2015. Revista de Processo. v.260, p. 75-101, outubro 2016. Disponível em: <https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/4374558/mod_folder/content/0/TALAMINI%2C%20Eduardo.%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20no%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil%20de%202015.pdf?forcedownload=1> Acesso em: 15 jan. 2019.
- WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos". In: Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Org.: Rafael Alves de Almeida et al. Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 87-94.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. A produção antecipada de prova no Projeto de Código de Processo Civil. Jornal Carta Forense. São Paulo, 02 de fevereiro, 2010. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-producao-antecipada-de-prova-no-projeto-de-codigo-de-processo-civil-i/6330>>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- _____. E se em 2011 o Projeto de novo CPC se converter em lei?. 2011. Jornal Carta Forense. São Paulo, 04 de janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/e-se-em-2011-o-projeto-de-novo-cpc-se-converter-em-lei/6448>>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- _____. "Investigação e autonomia do direito à prova: um avanço necessário para a teoria geral do processo". In: 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. Org.: Camilo Zufelato et al. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 326-333.
- _____. "Da produção antecipada da prova: art. 381 ao art. 383". In: Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier et al São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1149-1168.

PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN DIFERENTES LEGISLACIONES, RECURRIENDO AL DERECHO COMPARADO. POSIBLES SOLUCIONES EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO EN EL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL DEL 2015 DEL BRASIL

Emerson Noé Guevara Reyes¹

Resumo: O seguinte artigo é desenvolvido com a noção de oferecer possíveis soluções para algumas situações conflitantes que o Instituto de Ação de produção Autônoma de provas tipificada no Código do Processo Civil Brasileiro 2015 traz consigo, como aspectos inovadores nas suas regras jurídicas processuais, relativas ao contraditório, tudo com base no direito comparativo.

Palabras-claves: Prueba, Producción de Prueba anticipada. Cautelar . Principio del Contradictorio.

INTRODUCCIÓN

“El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas” (BENTAM, 1971, p. 10). El instituto procesal de la Prueba Anticipada, sin duda ha sido una herramienta que tiene una funcionalidad pragmática acarreadora de una función cautelar como escenario principal, sin embargo, en el ámbito del Código de Proceso civil del 2015 brasileño², dicho instituto encuentra su principal fundamento en el derecho de acción tipificado por la constitución federal brasileña en su artículo cinco inciso XXXV (YARSHELL, 2015, p. 2017). además viene enfatizando en una serie de innovaciones dignas de admirar y por tanto de estudiar profundamente en la praxis forense, dichas innovaciones consisten principalmente no solo en considerar la prueba anticipada como un instituto para producir una prueba de forma cautelar si no, también otorgar posibilidades al actor de iniciar o no un proceso futuro así como fomentar y provocar posibilidades que al producir dicha prueba anticipada pueda llegarse a un acuerdo por medio de una autocomposición, por lo que es evidente el dote de

¹ Abogado egresado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH), Estudiante bolsista-Becario por la OEA, maestrando del programa de derecho procesal civil desarrollado por la Universidad Federal de Espírito santo (UFES) Estado Espírito Santo República Federal del Brasil. E-mail: maidennoe@hotmail.com , Teléfono (504) 89744494 Dirección postal 29060/290.

² En Adelante CPC/2015.

vanguardia que dicho instituto consagra frente a el derecho iberoamericano que en la mayor parte de sus textos jurídicos no consagran estas hipótesis como se verá más adelante.

Sin embargo además de las evidentes innovaciones del texto jurídico aludido, es innegable que al ser una figura recientemente nueva ya que su vigencia es alrededor de 4 años de práctica, trae consigo caracteres polémicos, que no encuentran un punto central en las discusiones en la doctrina brasileña en cuanto a su tipificación, el primer punto es el artículo 382 numeral 4 orientado al contradictorio.

Por lo que en este trabajo desarrollaré, como está siendo desarrollado este instituto en el CPC/2015, estableceré la discusión doctrinal e ilustrare como está siendo desarrollado este instituto en los dos principales Países de *Common Law*, así como en algunos países de origen *Civil Law*. Para así tener una visión más amplia bajo el derecho comparado y de ser posible obtener posibles soluciones a estas situaciones.

PRUEBA ANTICIPADA EN EL CPC/2015

La figura de la prueba anticipada realmente no fue insertada en el derecho brasileño por primera vez en el CPC/2015, su tipificación fue por primera vez en el Código de Proceso Civil/1973³, sin embargo era tipificado con otra naturaleza.

En el CPC/73, la producción de la prueba anticipada era admitida con un carácter cautelar, es decir, solamente en la hipótesis que existiere urgencia para esa producción de la prueba anticipada, además de limitar que tipo de medios probatorios podían ser objeto de esta figura, en contrasentido nace la Producción Autónoma de prueba anticipada del CPC/2015, entendiendo a este instituto como una acción probatoria autónoma de cualquier otro procedimiento principal.

Por esto es dotada de características particulares, siendo estas principalmente tres hipótesis abiertas solamente necesitando una o cualquier de ellas para su admisión, 1. Manteniendo la urgencia como presupuesto de admisión, pero limitándola en sus otras dos hipótesis que son verdaderamente la innovación del CPC/2015. 2. Brindar la herramienta para fomentar y crear el auto composición de las partes a través de esa producción de la prueba anticipada autónomamente a un proceso judicial principal. 3. Otorga herramientas para crear el conocimiento del actor si es pertinente o favorable instar una acción de un proceso principal o no, para saber sus chances de ganar el litigio.

En este orden de ideas, la Producción de la Prueba anticipada del CPC/2015 supera la idea que el destinatario de la prueba solamente es el juez, sino que también las partes (WAMBIER; TALAMINI, 2018. p. 376.) Como actores principales del proceso, en esta misma dinámica podemos percatarnos que la Producción de prueba anticipada delimita su competencia

³ En adelante CPC/73.

al tribunal, en cuanto a su jurisdicción en relación de la ubicación del objeto de la prueba anticipada o en el domicilio del o de los interesados. Artículo 381 numeral 2.

Asimismo el CPC/2015 trae consigo en su artículo 382 Numeral 4, lo concerniente a la contestación del demandado o en este caso específicamente del interesado, y más detenidamente el acápite que se refiere al principio del contradictorio que tipifica lo siguiente” art 382 § 4°. “En este procedimiento, no se admitirá defensa o recurso, salvo contra la decisión que rechace totalmente la producción de la prueba discutida por el requirente originario”⁴. Este uno de los máximos artículos que han generado discusión en la doctrina brasileña en cuanto a temas de interpretación, y por tanto de aplicabilidad. Lo cual y como epicentro del presente trabajo desarrollare con mayor detenimiento en los siguientes acápites.

Principio del Contradictorio

El principio del contradictorio, mismo tipificado como norma fundamental no solamente en la Constitución Federal del Brasil /1988 art 5 inciso LV, sino que también lo tipifica con esa misma naturaleza el CPC/2015 como norma fundamental en sus artículos 7,9 10. Por esta razón el Contradictorio como pilar fundamental del debido proceso y este como pilar fundamental del respeto a las garantías individuales y colectivas dentro de un estado de derecho- democrático, debe de respetarse dentro de todo proceso principalmente judicial el principio del contradictorio que se fundamenta en, la participación, comunicación, conocimiento y tener la posibilidad de influir en la convicción del juez o tribunal para la decisión (DIDIER JR. 2016. p. 52).

Además de ello, el principio del contradictorio no solamente debe de observarse y respetarse dentro de la jurisdicción estatal si no que irradia a todos los escapes dentro de una sociedad bajo la noción del estado de derecho como exigencia principal del principio del contradictorio (GRINOVER. 2007. p. 157).

En este sentido plasmamos la relevancia del debido respeto al principio del contradictorio sustancial para el verdadero respeto del debido proceso, dentro y fuera de un proceso judicial no solamente como principio si no como garantía fundamental (OLIVEIRA, 2019, p. 281-306). Por ello radica su entendimiento en base a todo el desarrollo del proceso se da o se debería de dar con la observancia incluso con relación al juez sobre la óptica del respeto del contradictorio (MITIDIERO, 2011, p. 82).

⁴ Todas las copias en español expresadas en el presente trabajo, en cuanto a traducciones del CPC/2015 son extraídas de la siguiente obra. CAVANI, Renzo. *cpc brasileiro Traduzido para a Língua Espanhola código de proceso civil brasileiro DE 2015-* Coordenação, ARRUDA. Teresa Alvim. DIDIER JR. Fredie. Bahia- Salvador; Jus Podvim. 2016 p. 157.

DISCUSIÓN DOCTRINAL BRASILEÑA EN CUANTO A VIOLACIÓN O NO DEL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

Manifestando los lineamientos generales de la Prueba anticipada y la relevancia que el principio del contradictorio como norma fundamental es conocida dentro del CPC/2015 y del derecho procesal, procedo en este acápite a enfocar cual es el problema que la doctrina brasileña ha señalado y que hasta el momento no tiene un camino único y claro sobre la falta de defensa y por tanto una posible o violación al principio del contradictorio en el instituto de la prueba anticipada.

La doctrina en el CPC/73 tenía una posición de silencio en cuanto a la respuesta del polo pasivo en la Prueba anticipada, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia tuvieron un posicionamiento de reconocer la defensa del polo pasivo en esta acción. (TALAMINI, 2016, p. 14).

En el caso del CPC/2015, la tipificación en cuanto al contradictorio es expresa y directa, El artículo 382 numeral 4 que tipifica lo siguiente “§ 4°. En este procedimiento, no se admitirá defensa o recurso, salvo contra la decisión que rechace totalmente la producción de la prueba discutida por el requirente originario.” Por ello tenemos juristas brasileños que manifiestan su criterio en contra de la constitucionalidad de este artículo así como otros que la aceptan o de alguna u otra forma la interpretan para acreditar su constitucionalidad.

En el escenario de aceptar este artículo aludido como inconstitucional y que no debe de ser interpretado literalmente, los argumentos a muy grandes rasgos de este lado de la doctrina se adecuan al análisis que la Prueba anticipada es más simple que el procedimiento común, y por tanto el contradictorio en este caso debe de tener una dimensión distinta a la del procedimiento común (MORIYA, 2019, p. 318.). y que por lo tanto el principio del contradictorio exige ser interpretado para salvar la constitucionalidad del mismo precepto legal (TALAMINI, 2016, p. 14). Y por otra parte de la doctrina se viene manejando la construcción de la idea que no se violenta en ningún momento el principio del contradictorio ya que la defensa sería presentada en un momento posterior a la acción autónoma de la prueba anticipada, es decir que la defensa sería diferida para otro momento. (NERY JUNIOR, 2018, p. 1175). Ya que no tendría sentido que el interesado contestara durante la acción autónoma de prueba anticipada ya que en este momento solo se obtendría la prueba como único objeto, ya que no se hacen juicios de valor y mucho menos criterios de derecho material, por lo que la relevancia de la defensa solamente recae cuando esta prueba es extraída de la acción autónoma de la prueba anticipada es efectivamente producida en un proceso donde tenga relevancia la contestación del interesado (MARINONI, 2019, p. 50-51.).

Como se puede percibir a rasgos gigantescos es claro que existe una discrepancia en cuanto al artículo 382 inciso 4 del CPC/2015 por ello este trabajo no está destinado a observar que corriente esta mejor orientada o no, sin embargo es menester dejar claro esa evidente falta de armonización de ideas en cuanto a la prueba anticipada y su violación o no del principio del contradictorio.

ALGUNAS LEGISLACIONES INTERNACIONALES REGULANDO LA PRUEBA ANTICIPADA

En este acápite llega un momento de suma relevancia para este artículo, ya que es aquí en donde quiero ilustrar como es tratado el instituto de la prueba anticipada en relación a algunos países del mundo.⁵

Como sabemos el instituto de la prueba anticipada dentro del CPC/2015 fue influenciado principalmente por el derecho comparado, es decir la prueba anticipada tal y como se conoce actualmente en la legislación procesal brasileña, fue influenciada principalmente por el derecho anglosajón o mejor dicho las relevantes figuras del *disclosure* ligado al derecho inglés y *Discovery* ligado al sistema jurídico de Estados Unidos de América, por esta razón quiero comenzar por el primero mencionado.

Colombia

En el Caso del Derecho Colombiano en el artículo 294 del Código de Proceso Civil Colombiano, se regula la prueba anticipada de una forma muy peculiar ya que regula los medios de prueba en relación a la prueba anticipada de forma separada cada uno con su respectiva forma. Ejemplo de ello es el medio probatorio testifical en donde la legislación manifiesta que dicha prueba solo podrá solicitarse una vez.

En el caso del Contradictorio Colombia ofrece una metodología muy práctica , la prueba anticipada como todo proceso debe de garantizar el principio del contradictorio para el debido proceso , sin embargo hace una excepción en el caso del reconocimiento judicial la legislación colombiana , manifiesta que esa podrá realizarse solamente con la presencia del órgano jurisdiccional y la parte actora. Dejando claro que la presencia de la parte legitima del polo pasivo no será necesaria.

España

En la normativa procesal española es decir la Ley de enjuiciamientos civiles, adopta el posicionamiento de la prueba anticipada, en la ley aludida, entiende que el presupuesto principal para su admisión, es el peligro o temor de que la fuente probatoria perezca ante indeterminadas situaciones, es decir adopta un presupuesto de urgencia y temor, además de ello la misma normativa jurídica da la libertad de usar la prueba anticipada para cualquier medio probatorio.

El aspecto temporal de la Prueba anticipada según el artículo 293 de la ley de enjuiciamientos civiles española, manifiesta que antes del proceso o inclusive durante el proceso se puede solicitar la anticipación de un medio probatorio cuando existe temor fundado, para poder realizar esa diligencia en un futuro.

⁵ Haciendo la aclaración que este no es espacio para abordarlos a fondo sin embargo de forma puntual concentrando los puntos que son de pertinencia al desarrollo del trabajo.

En relación al contradictorio la legislación española, enfoca la obligación de la parte solicitante de la prueba anticipada a designar todas las partes involucradas en la futura demanda, ya que la misma legislación en su artículo 295 numeral 3 hace la aclaración que la prueba anticipada solamente podrá tener efectividad si se presenta la acción principal dentro del plazo de 2 meses a partir de la producción de la prueba anticipada.

Por lo que se percibe que, la normativa no se manifiesta en cuanto a la contestación como tal, pero busca proteger el principio del contradictorio desde el momento que obliga al solicitante o futuro de demandante a designar por el mismo al demandado que será el mismo dentro del proceso principal para que esta pueda hacer uso del contradictorio tanto en la prueba anticipada como en el proceso principal.

Además de ello la misma normativa jurídica otorga la facultad de las partes para poder solicitar de nuevo la producción de la prueba anticipada durante el proceso si efectivamente esta pudiese realizarse.

Honduras

En el caso del derecho hondureño se percibe una situación muy similar a la legislación española, al tenor del artículo 246 al 248 del Código de Proceso civil hondureño del año 2007, exige como fundamento principal el temor fundado y la urgencia, además de expresar la obligación del solicitante de designar las personas que se encuentre en el polo pasivo.

Además de ello también exige la presentación de la acción principal dentro del plazo de 1 mes desde lo actuado en el proceso de la producción de la prueba anticipada para que la prueba anticipada surta efectividad.

Por lo que el contradictorio en esta legislación pareciese que es entendida de similar forma que la legislación española, protegiendo el principio del contradictorio obligando la relación procesal tanto del litigante activo como de la parte pasiva, para que a este se le pueda hacer efectivo el principio del contradictorio, sea en la fase de la producción del prueba anticipada ya que será el mismo que tendrá que contestar esa prueba anticipada en el proceso principal, por lo que por una parte es una restricción para la parte actora pero por otra garantiza el posicionamiento de la parte pasiva para garantizar que no se pierda la prueba anticipada sea causa de fuerza mayor o caso fortuito. (AGUILAR, 2009, p. 185).

De forma que el legislador comprende que enfocando la validez solamente con la presentación de la acción principal dentro del plazo aludido y que en la acción principal sean las mismas personas que actuaron en la producción de la prueba anticipada para otorgar validez a la misma, es como se quiere garantizar el principio no solamente de contradicción si no también el principio de inmediación, ya que la acción principal deberá ser presentada al mismo órgano jurisdiccional que conoció la prueba anticipada tal y como reza el artículo 246 numeral 1.

Chile

En el caso chileno el instituto de la prueba anticipada se encuentra regulado en el artículo 161 del Código de Proceso civil chileno, si bien es cierto este es un compendio de normas procesales muy antiguo. Viene manejando este instituto como muchas legislaciones con normas jurídicas más contemporáneas.

El Código procesal chileno otorga la legitimidad tal como el derecho hondureño y el derecho español, a la parte futura demandante y la legitimidad pasiva al futuro demandado, otorga asimismo como presupuesto principal el temor de la pérdida de la fuente probatoria, sin embargo limita los medios probatorios el artículo aludido tipifica

Que se interrogue anticipadamente a un testigo o perito si se temiere que no pudiere declarar en la audiencia correspondiente, por deber ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante.

Por lo que abre la interpretación que la prueba anticipada encuentra su punto limitativo en cuanto a los medios de prueba siguiendo la misma línea de otras legislaciones procesales.

Por otra parte hace énfasis que el principio del contradictorio deberá de ser respetado siempre para la validez de la acción y no plantea ninguna respuesta en caso de omisión de la parte demandada más allá de la obligatoriedad de presentar la acción en el futuro proceso principal.

CONCLUSIONES

Hemos llegado hasta este punto por un evidentemente limitado camino de estudio del instituto de la prueba anticipada en algunas legislaciones procesales de diversas naciones.

Se puede percibir la clara posición de la mayoría de los textos en cuanto a los criterios de admisión y presupuestos de la prueba anticipada en el caso de las legislaciones de origen de *civil law*, como ser la urgencia o el temor fundado de que pueda perecer la fuente probatoria, así mismo, encontramos interesantes mecanismos tanto en el derecho anglosajón que asemejan la prueba anticipada dando un rol no solamente de prevención sino también de información a las partes para que estas puedan llevar a cabo actos extrajudiciales de solución de conflictos basándose en el conocimiento que al presentar todas las pruebas pre proceso sirvan como carácter impulsador de la autocomposición.

Por otra parte pudimos percibir que algunas legislaciones son limitativas en cuanto a que tipo de medios de prueba pueden producirse durante la estancia y ejecución de la prueba anticipada así como mencionar en que momento procesal se puede admitir dicha prueba.

Todo esto es por lo que se reconoce el relevante e innovador trabajo establecido en el CPC/2015 brasileño ya que este mismo trae consigo esa mezcla que cumple con todas esas características de forma bien abordadas y estableciendo una flexibilidad sea de aceptar

todos los medios legales , en cualquier momento antes del proceso , durante del proceso y manifestando una hibridas sobre admitir prueba anticipada por motivos de urgencia así como por motivos de fomentar autocomposición o solamente para verificar los chances de poder ganar o perder un proceso futuro.

Sin embargo lo que se concluye es lo concerniente al principio de contradicción o no en dicho instituto procesal, ya que como pudimos percatarnos muchas naciones consagran disposiciones que atienden el respeto de este principio y no dejan posibilidad de violar el mismo.

Ejemplo de lo anterior podemos percatarnos que el derecho Italiano como el Argentino nombran un agente que actué en caso de proteger el demandado o "interesado" como es denominado en la legislación Brasileña, para que cumpla la función de garantizar que todas las garantías constitucionales y procesal fueron respetadas para el debido proceso con la ausencia del interesado durante la ejecución de la prueba anticipada, por otra parte el derecho Español, Chileno, Hondureño, protegen el contradictorio a través de la obligación al futuro demandante de presentar la acción principal dentro del plazo de un tiempo determinado así como de designar los futuros demandados en la acción de la prueba anticipada para que este pueda contestar en un futuro y se respete el principio del contradictorio de forma diferida.

Por lo que cabe hacerse la pregunta vale la pena echar a perder esta valiosa innovación que trae el CPC/2015 sobre la prueba anticipada , por el artículo 382 inciso 4 , o inclusive esa dudosa interpretación sobre establecer una tarea al juez de designar de oficio a los interesados de la prueba anticipada, considerando que si no se citan a los interesados pertinentes y esa prueba llega a un proceso y en dicho proceso la parte demandada sea distinta, carecería de valor la prueba anticipada con naturaleza de prueba emprestada por no respetarse contradictorio. Además de esto es posible que al citar un interesado que no sea la parte del polo pasivo legitima en futuro pueda perjudicar llegar a una verdadera autocomposición entre los legítimos actores en el problema.

Es evidente que al establecer un numeral que limita la defensa, también por obvias razones plazo de contestación, y por tanto de alguna u otra forma el principio del contradictorio se ve alterado, en sentido que se hace una citación, pero no se permite pronunciarse "porque se estima que la acción autónoma de prueba anticipada no es de carácter contencioso" sin embargo es evidente que el principio del contradictorio sustancial es fundamental para el debido proceso y no puede ser violentado bajo ninguna forma y en ningún proceso, por ello en la realidad forense brasileña algunos jueces han comenzado a abrir el contradictorio en la acción de la prueba anticipada haciendo uso del control difuso constitucional por considerar el artículo 382 numeral 4 inconstitucional que dicho sea de paso puede llevarse consigo violación al artículo 10 del mismo compendio.

De esta forma, será que al incluir una figura como las del derecho italiano o el "defensor Público" del derecho argentino podríamos otorgar esa factibilidad del respeto del contradictorio al menos provisionalmente, otorgando los chances de que el legítimo demandado o interesado pueda defenderse en un futuro, se inicie o no una acción principal

y así demostrar la buena fe y fortalecer los lazos para crear autocomposición y darle una eficacia en caso de una acción principal a esa prueba anticipada, son las ideas que arrojó al presente trabajo, no con la intención de demostrar que algo está bien o mal, si no con la noción de crear discusión académica y fortalecer este útil, innovador y necesario instituto procesal que el CPC/2015 Brasileño nos ha dado.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR, Bessy Victoria. .Proyecto Fortalecimiento del Poder judicial de Honduras Cooperación española Código procesal Civil Comentado Honduras. En J. M. Maraña, Proyecto Fortalecimiento del Poder judicial de Honduras Cooperación española Código procesal Civil Comentado Honduras- Tegucigalpa: Editoriales. 2009
- BENTAM, Jeremy. Tratado de las pruebas judiciales. 1. ed Trad. Da obra Traite des preuves judiciareis por Manuel Ossorio Florit. V.I Buenos Aires; EJEA. 1971. p. 10.
- CAVANI, Renzo. CPC BRASILEIRO Traduzido para a Língua Espanhola CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEÑO DE 2015- Coordenação, ARRUDA. Teresa Alvim. DIDIER JR. Fredie. Bahia- Salvador; Jus Podvim. 2016.
- COLNAGO, Daniel Rodrigues. DE MESQUIA, Francisco Laux. Produção Antecipada da Prova Sem o requisito da Urgência: A Experiência Estrangeira e o CPC/2015. Em Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. FUGA, Augusto Sampaio. COLNAGO, Daniel Rodrigues. CAVERSAN, Thiago Antunes. Londrina, ; Thoth, 2019.
- DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil- Teoria Geral Do Processo E Processo De Conhecimento. 12. Ed. V1. Salvador Bahia; Jus Podvim. 2010.
- LUISSO. F. Diritto processuale civile Giuffrè Editore, Milán, 2007
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. Revista de Processo. Rio de Janeiro; vol. 147. p. 307-330. 2007.
- Ministério de Justicia y derechos humanos. Bases para la Reforma Procesal Civil y comercial. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires; SAIJ. 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processos Civil; art 381 a 484. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil 2ª Ed São Paulo; Revista dos Tribunais. 2019.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORIYA, Karla Saory Nidahara. A Defesa do Réu Na Ação Probatória Em Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. FUGA, Augusto Sampaio. COLNAGO, Daniel Rodrigues. CAVERSAN, Thiago Antunes. Londrina: Thoth, 2019.
- NERY JUNIOR, Nelson, ANDRADE DE NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado. 17 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2018.

- OLIVEIRA, Lucas Soares de. O contraditório e o modelo constitucional de processo: explorando o direito à contradição na atualidade. Rio de Janeiro; Revista de Processo. vol. 1007. 2019. p. 281-306.
- SCHWARZER, W., HIRSCH, A. The elements of case management, Federal Judicial Center, 3ra ed. 2006.
- TALIMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo Civil de 2015. Revista de Processo. Vol. 260. Ano 41. p. 75-101- São Paulo; Revista dos Tribunais, 2016.
- VESCOVI, E., VAZ FERREIRA, E. "Garantías fundamentales de los litigantes en el procedimiento civil." Revista de Estudios Procesales, Edit. Centro de Estudios Procesales, Rosario, núm. 13, 1972.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil – Cognição Jurisdicional Processo Comum de Conhecimento e Tutela Provisória. 17 ed. São Paulo; Thomson Reuters. 2018.
- YARSHELL, Flavio. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Coordenadores ARRUDA, Alvim Wambier. Et al. São Paulo; Revista dos Tribunais. 2015.

SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇA: ANÁLISE DA CONVENÇÃO DE HAIA

Leonardo Veiga Franco¹
Lorena Rodrigues Lacerda²
Luiza Tosta Cardoso³

Resumo: Este artigo visa analisar pontos relevantes acerca da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, que determina o retorno imediata da criança ao seu país de residência habitual, analisando-se as exceções previstas no art. 13 da Convenção.

Palavras-Chave: Sequestro internacional; Celeridade; Proteção à criança; Tratado Internacional; Convenção de Haia.

INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais globalizado, se torna cada vez mais comum o deslocamento de pessoas para diversos países e a interligação de pessoas de diferentes nacionalidades através de relações trabalhistas, contratuais, familiares e etc.

Dentro do contexto familiar, após o término da relação conjugal, iniciam-se conflitos relacionados aos filhos, surgem-se indagações como com quem irão morar, o local, a forma de convivência com os genitores, e diversos outros questionamentos. No âmbito internacional, um dos conflitos que pode ocorrer é quando um dos genitores, sem o consentimento do outro, leva o filho, menor impúbere, para outro país, alterando seu domicílio, gerando conflito internacional.

Este conflito está regulado pela Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, que foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 3.413/2000.

¹ Especialista em Gestão Empresarial pela Multivix. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Advogado. E-mail: l.veigafranco@gmail.com

² Mestranda no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bacharel em Direito pela UVV. Advogada. E-mail: lorena.rlacerda@hotmail.com

³ Mestranda no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Escrivã de Polícia do Espírito Santo. E-mail: l.tostacardoso@gmail.com

Apesar deste conflito ser mais comum entre pessoas de diferentes nacionalidades, o sequestro internacional de crianças também pode ocorrer entre pessoas de mesma nacionalidade, quando um dos genitores remove ou retém ilicitamente o filho do casal, em outro país, sem o consentimento do outro genitor.

A Convenção visa proteger a criança, no plano internacional, buscando a sua segurança e bem-estar, e tem por objetivo o imediato retorno da criança ao país no qual a criança mantinha residência.

Este artigo pretende analisar pontos relevantes da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

A cooperação jurídica internacional é fixada em tratados internacionais, e pode se dar de forma direta e indireta. A Cooperação indireta se dá através do reconhecimento de sentença estrangeira, conferindo-lhe eficácia no país destinatário, o que no Brasil ocorre através da ação de homologação. Ao passo que a cooperação internacional direta ocorre quando dispensada a homologação ou a carta rogatória, podendo-se citar como exemplo dessa cooperação a Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de crianças (ARAUJO; NARDI, 2018, p. 115).

Mazzuoli e Mattos (2015, p. 239) conceituam a Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças como

um tratado internacional multilateral, cuja finalidade é proteger crianças dos efeitos nocivos do sequestro e retenção para fora dos limites de um dado Estado, prevendo mecanismos para o retorno imediato da criança sequestrada para o território de origem.

A finalidade da convenção é promover o retorno da criança para o país onde possui residência habitual, e desestimular as remoções realizadas de forma ilícita, bem como assegurar o direito de guarda e visitação. (ARAUJO; NARDI, 2018, p. 115).

Em âmbito internacional, a criança goza de proteção de direitos humanos, os quais devem ser protegidos em todos países, independentemente da nacionalidade do indivíduo. "Por ser sujeito de direito internacional, a criança deve ser tratada com dignidade, uma vez que é considerada como um fim em si mesmo, devido à sua condição humana" (CAVALCANTI; LOUREIRO, 2018, p. 197).

SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

No contexto da Convenção de Haia, sequestro internacional é a "transferência (removal) ilegal da criança de seu país de residência habitual e/ou sua retenção (retention)

indevida em outro país, geralmente praticados por um dos genitores ou parentes próximos” (MAZZUOLI; MATTOS, 2015, p. 239). Portanto, sequestro internacional, para fins da Convenção de Haia, não se trata de crime de sequestro previsto no Código Penal, e, portanto, não gera repercussões criminais.

Pode-se observar duas hipóteses em que podem ocorrer o sequestro internacional. A primeira, quando um dos genitores leva a criança, sem o consentimento do outro genitor, para outro país, diverso de sua residência habitual. E, a segunda hipótese ocorre quando, apesar do consentimento do genitor com a viagem internacional, a criança é retida pelo outro genitor no país estrangeiro, sem a concordância daquele (MAZZUOLI; MATTOS, 2015, p. 240).

No art. 3º, a Convenção traz o conceito de sequestro internacional, elencando suas hipóteses de ocorrência:

Art. 3º. A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:
a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e
b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido.
O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Nos termos do art. 3º da referida Convenção, o sequestro internacional de criança ocorre quando há transferência ou retenção da criança em outro país diferente de sua residência habitual, mediante violação do direito de guarda, ainda que o direito de guarda esteja sendo exercido de maneira individual ou conjuntamente pelos pais ou responsáveis.

A Convenção pretende evitar o afastamento da criança de seu lar habitual, onde ela mantém vínculos familiares e de amizade, onde ela mantém locais de convivência, como escola e demais locais sociais. Ademais, o deslocamento da criança para outro país, na maioria das vezes, a levará para um local onde ela não possui nenhum vínculo afetivo, e geralmente a criança não tem conhecimento da língua estrangeira do país. (CIDRÃO; MUNIZ; SOBREIRA, 2018, p. 51).

Deste modo, a Convenção de Haia visa “viabilizar um procedimento ágil de restituição da criança ao país de origem. As autoridades centrais de cada país proporcionam assistência para localizar a criança e possibilitar sua restituição voluntária ou uma solução amigável entre os genitores” (MAZZUOLI; MATTOS, 2015, p. 240).

O retorno da criança é para o país onde a criança residia com habitualidade, o que pode ser diferente de seu país de nacionalidade. Desde modo, para fins de aplicação da Convenção de Haia, deve o país onde a criança fixa residência ser signatário da Convenção, ainda que o país de sua nacionalidade não o seja (CIDRÃO; MUNIZ; SOBREIRA, 2018, p. 48).

RESIDÊNCIA HABITUAL

Afim de se aplicar a Convenção é necessário entender o conceito de residência habitual. Primeiramente, se verifica que a Convenção não conceituou, nem trouxe elementos que pudessem exprimir uma definição de residência.

Araujo e Nardi (2018, p. 116) apontam que em face dessa ausência normativa, cada país aplica um conceito distinto de residência, com base no ordenamento jurídico interno, o que resulta em “situações em que uma transferência seja considerada ilícita no país requerente, mas lícita no país requerido, justamente em função dos critérios adotados para determinação da residência habitual da criança”.

A legislação brasileira também não apresenta um conceito de residência habitual. O Código Civil, no art. 70, apresenta o conceito de domicílio, que deduz “o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”.

Com base no referido artigo, Medina e Araújo (2018, p. 140) conceituam domicílio como o local onde a pessoa “concentra a sua residência e o centro de suas atividades jurídicas”. E conceituam residência como “o local em que a pessoa se estabelece de modo duradouro (*animus manientis*), mas sem ser o centro de sua imputação jurídica”.

Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 136) apontam que residência “é o lugar onde a pessoa natural se estabelece habitualmente”. Já o conceito de domicílio abrange o conceito de residência. Domicílio é “o lugar onde a pessoa estabelece residência com ânimo definitivo, convertendo-o, em regra, em centro principal de seus negócios jurídicos ou de sua atividade profissional” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 136).

Araujo e Nardi (2018, p. 116) apontam que apesar dos conceitos de domicílio e residência trazidos pelo Direito brasileiro, estes não solucionam de forma cristalina à aplicação da Convenção de Haia. Isto porque, o art. 71 permite que uma pessoa possua diversas residências, podendo ser todas elas consideradas seu domicílio.

Assim, diante de uma situação em que se exige do Juiz o retorno imediato da criança para o país de sua residência habitual, é necessário apontar apenas uma residência habitual. Para solucionar esta controvérsia, nas hipóteses em que haja mais de uma residência, deve-se observar elementos que demonstrem, com maior preponderância, a vida social da criança (ARAUJO; NARDI, 2018, p. 117).

Residência habitual por ser um elemento fático, deve ser verificada no caso concreto. No REsp 1387905/RS (BRASIL, 2017), o juiz de primeiro grau verificou que a família possuía pluralidade de domicílios, tendo vivido anos entre a residência no Brasil e a residência na Espanha. Por fim, sobreveio a decisão do STJ que julgou no sentido de manter as crianças com a genitora no Brasil, analisando os períodos de convivência em ambas as localidades:

Do que se pode deduzir da demanda, em verdade, as crianças mais viveram no Brasil do que na Espanha. E tal assim ocorrera com o consentimento no mínimo tácito do genitor, o qual jamais reclamou dos longos períodos de convivência das filhas no Brasil, exclusivamente em companhia da mãe. Na precisa anotação do aresto regional, “o período de permanência e convivência da família na Espanha

foi marcado por constantes interrupções”. E acrescenta que “as crianças passaram longos períodos no Brasil, inclusive a filha mais nova é nascida no País”.

Araújo e Nardi (2018, p. 117) estabelecem que para se chegar no conceito de residência habitual no caso concreto, e apontam que

É preciso estabelecer os fatores que apontem para a preponderância de um lugar em detrimento de outro. Não se exige, propriamente, o ânimo definitivo como no domicílio, mas o uso prevalente do local como morada estável, em detrimento de outras residências que o indivíduo possa manter. A preponderância de uma residência sobre as demais deverá ser verificada a partir dos elementos fáticos que se somam para delinear a vida social do indivíduo.

RETORNO IMEDIATO DA CRIANÇA AO PAÍS DE RESIDÊNCIA HABITUAL

O art. 8º prescreve que aquele que detinha a guarda da criança que tenha sido sequestrada pode requerer à Autoridade Central do Estado do local onde a criança residia habitualmente, o retorno imediato da criança. A referida Convenção estipula que diante dessa situação, a autoridade judicial ou administrativa, deverá decidir sobre o caso em 06 (seis) semanas. E, ainda, prevê que nos casos em que o sequestro tenha ocorrido a menos de um ano, a autoridade deve determinar o retorno imediato da criança ao país de sua residência habitual.

Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças visa “proteger a criança de um deslocamento e retenção indevidos, pois feito à revelia do outro genitor. O que, do ponto de vista jurídico, configura um ilícito para os Estados signatários, e que, do ponto de vista da saúde mental, presume-se traumático para a criança” (CARNEIRO; NAKAMURA, 2015, p. 111).

O genitor, que teve seu filho retirado de seus cuidados, deve requerer o retorno da criança à autoridade central do país onde está domiciliado (seu país de residência habitual). Esta autoridade acionará a autoridade central, onde a criança foi levada ou retida. Aponta-se que não caberá ao genitor pleitear a guarda da criança, mas apenas o seu retorno ao país onde residia com habitualidade (CIDRÃO; MUNIZ; SOBREIRA, 2018, p. 49).

Isto porque a Convenção fixa a competência para análise do mérito sobre guarda e visitação ao juiz do local onde a criança reside com habitualidade. É o que prescreve o art. 16 da Convenção.

Art. 16. Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.

O Informativo Legislativo do STJ nº 559, seguindo as determinações na Convenção, trouxe a seguinte decisão:

No caso em que criança tenha sido supostamente retida illicitamente no Brasil por sua genitora, não haverá conflito de competência entre (a) o juízo federal no qual tramite ação tão somente de busca e apreensão da criança ajuizada pelo genitor com fundamento na Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e (b) o juízo estadual de vara de família que aprecie ação ajuizada pela genitora na qual se discuta o fundo do direito de guarda e a regulamentação de visitas à criança; verificando-se apenas prejudicialidade externa à ação ajuizada na Justiça Estadual, a recomendar a suspensão deste processo até a solução final da demanda ajuizada na Justiça Federal. (STJ. 2ª Seção. CC 132.100-BA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 25/2/2015 (Info 559)).

Feito o pedido pelo genitor ou responsável que teve o seu filho retirado de seu convívio, a autoridade central brasileira, que por força do Decreto 3.951/2001, é a Secretaria de Direitos Humanos, deve buscar a criança e providenciar, de forma amigável, o retorno da criança para o seu país de origem. De modo que, não sendo possível a solução amigável, a Advocacia-Geral da União ajuizará ação de busca e apreensão afim de submeter o litígio a autoridade Judiciária competente (CARVALHO, 2015, 21).

Destaca-se que no ordenamento jurídico brasileiro, não há legislação específica quanto ao procedimento previsto na Convenção de Haia. Diante da ausência legislativa acerca de ação própria, ajuiza-se ação comum de busca e apreensão afim de localizar e restituir a criança ao seu país de origem. A propositura da ação de busca e apreensão, na hipótese de restarem frustradas as tentativas administrativas, cabe a Advocacia-Geral da União, que é a face interna do estado brasileiro, a qual deve tramitar perante a Justiça Federal, que é o juízo competente (MENEZES, 2016, p. 382).

Cidrão, Muniz e Sobreira (2018, p. 52) apontam que "a Ação de Busca e Apreensão da criança assume o caráter de medida cautelar inominada que prescinde de Ação Principal, visto que satisfativa, e deve tramitar em regime de urgência".

Em que pese o art. 2º da Convenção determinar que o Estado brasileiro adote todas as medidas necessárias para garantir o retorno da criança, não se exclui a possibilidade do genitor ou outra pessoa, física e jurídica, de ajuizarem a ação de busca e apreensão diretamente perante o Judiciário (CIDRÃO; MUNIZ; SOBREIRA, 2018, p. 52).

Diante da ocorrência do sequestro internacional, o qual pode provocar sérios prejuízos a criança, necessário que haja um procedimento célere entre os países afim de que se possa promover o rápido retorno da criança para o seu país de residência habitual.

Em face da necessidade de empregar celeridade ao tramite envolvendo o sequestro internacional, o art. 23 da Convenção de Haia estabelece simples procedimento, em que não se exige formalidades. Desse modo resta dispensado os procedimentos de ação de homologação ou concessão de exequatur (MENEZES, 2016, p. 378).

Inicialmente, caberá a autoridade administrativa localizar e promover o retorno voluntário e imediato da criança ao seu país de origem, de residência habitual. Na hipótese da criança

não ser localizada ou de não ser possível o seu retorno voluntário, caberá a Advocacia-Geral da União propor ação de busca e apreensão afim de dar cumprimento as determinações da Convenção e promover o retorno da criança (MENEZES, 2016, p. 378).

Contudo, o art. 13 da Convenção apresenta exceções ao retorno da criança, nos casos da existência de risco grave de ordem física ou psíquica, ou, ainda, quando o retorno da criança pode expô-la a uma situação intolerável. Neste ponto, importante ressaltar que tais situações demandam instrução probatória o que pode acarretar em demora na solução do sequestro internacional.

HIPÓTESES DO ART. 13 DA CONVENÇÃO DE HAIA

O art. 12 da Convenção determina que quando o sequestro internacional de criança tiver se iniciado em período menor que de 01 ano, deve a autoridade do local onde a criança se encontrar, proceder seu retorno imediato.

Ocorre que o art. 13 da Convenção de Haia, apresenta exceções ao retorno da criança ao seu país de residência habitual, ainda que dentro do prazo de 01 ano. Assim, não será obrigatório o retorno da criança nas seguintes hipóteses (art. 13):

- a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou
- b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

A alínea "a" deve ser interpretada conjuntamente aos artigos 3.º e 5.º da Convenção, visto que a norma internacional visa a proteção do direito de guarda e de visita, conforme está estabelecido em seus objetivos no art. 1º (CARVALHO, 2015, 19).

A Convenção de Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças preza pela proteção da criança, pelo seu desenvolvimento regular e saudável. O afastamento da criança de qualquer dos genitores gera prejuízo ao seu bem-estar, gerando sofrimento por ficar impedido de seu convívio com o pai ou com a mãe.

Dessa forma, mesmo aquele genitor que detém a guarda da criança não deve levá-la para outro país, sem o consentimento do outro genitor, visto que tal atitude fere o Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que a criança tem o direito de ser criada e educada no seio de sua família (art. 19, ECRID), por ambos os pais. Assim, ao passo que um dos genitores tem a guarda o outro tem o direito à visita (CARNEIRO; NAKAMURA, 2015, p. 109).

Nesse sentido, o art. 21, da Convenção dispõe que "O pedido que tenha por objetivo a organização ou a proteção do efetivo exercício do direito de visita poderá ser dirigido à Autoridade Central de um Estado Contratante nas mesmas condições do pedido que vise o retorno da criança".

A alínea “b”, do art. 13, visa proteger a criança quando o possível retorno ao país de residência habitual puder lhe gerar risco grave ou lhe sujeitar a perigos de ordem física ou psíquica, ou ainda em situações intoleráveis.

O perigo de ordem física se baseia nas situações em que o país de residência habitual da criança se encontra em guerra ou em situação calamitosa, diante de tragédias climáticas ou de outra natureza.

No que tange aos perigos de ordem psíquica, Mazzuoli e Mattos sustentam que a melhor forma de se concluir pela existência, ou não, de riscos psicológicos para a criança é através de perícia com profissional da psicologia, afim de que se possa buscar o melhor interesse da criança (MAZZUOLI; MATTOS, 2015, p. 244).

O EREsp 1458218 / RJ (BRASIL, 2018), por maioria, determinou a realização de perícia, nos termos do voto do Min. OG Fernandes, que votou “julgo prudente e necessário deferir o pedido de oitiva e realização de perícia psicológica da menor S.H.S, considerando a prevalência absoluta do superior interesse da criança”.

Mazzuoli e Mattos (2015, p. 245) sustentam que

Uma avaliação psicológica em casos de sequestro internacional de crianças deve focar na existência concreta de fatores que podem comprometer o bem-estar físico e psicológico da criança no ambiente de onde ela foi retirada, indicando, por exemplo, a capacidade do genitor que foi deixado para trás de prover-lhe proteção e afeto.

A Convenção ainda apresenta mais uma exceção ao retorno imediato da criança ao seu país de origem, permitindo que o Juiz leve em consideração a vontade da criança, quando esta já possua idade e grau de maturidade.

Em análise ao julgado no REsp 1196954/ES (BRASIL, 2014), dois irmãos foram retidos ilicitamente pela genitora no Brasil. Verificado pelo STJ que um dos irmãos completara a idade de 16 anos, e que a Convenção não se aplicava mais a ele, julgou improcedente o pedido de retorno. Ao passo que o outro irmão ainda constava com 15 anos, tendo o STJ determinado que, diante de sua idade e maturidade, que fosse dada oportunidade para que este jovem se manifestasse acerca de sua vontade de retornar ao país de sua residência habitual. Em seu voto, o Ministro Humberto Martins, aponta que

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nesta, dou-lhe provimento, a fim de declarar cessados os efeitos da Convenção no tocante à jovem N. O., bem como determinar o retorno dos autos à origem para que se proceda, com urgência, à oitiva do jovem C. O. quanto a seu desejo de retornar ou não ao país de residência habitual, submetendo-o, ainda, à avaliação da perícia psicológica.

E, por fim, o art. 20 prevê a possibilidade de recusa do pedido de restituição, “quando não for compatível com os princípios fundamentais do Estado requerido com relação à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

REQUERIMENTO APÓS 01 (UM) ANO DO SEQUESTRO INTERNACIONAL

O art. 12 dispõe que "a autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de um ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio".

A Convenção visa o bem-estar da criança, que se verifica com o convívio com ambos os genitores. O sequestro internacional é considerado nefasto para a criança pois esta é retirada de seu ambiente social, ficando impedida de conviver com um de seus pais. Diante disso, a Convenção determina que a regra é o imediato retorno da criança (MENEZES, 2016, p. 379).

Contudo, com o passar do tempo em sua nova realidade, a criança começa a se adaptar, faz amizades, cria vínculos afetivos e passa a criar novas referências. Assim, a Convenção determina que após passado o período de um ano, que o juiz analise se o retorno da criança ao país de origem lhe causará mais danos.

Após um ano da retirada da criança de sua residência habitual, e levada para outro país, deve-se analisar se a criança está bem integrada em sua nova realidade afim de não submetê-la a mais traumas e danos. Ao passo que caso não se verifique que o deslocamento irá causar danos à criança, deve o juiz determinar seu retorno (CARNEIRO; NAKAMURA, 2015, p. 109).

O NÃO RETORNO DA CRIANÇA EM DECORRÊNCIA DO TEMPO

Não se tem dúvidas que o processo judicial por vezes pode desencadear em anos de judicialização de uma demanda. Verifica-se que em muitos casos, isso tem prejudicado o cumprimento da Convenção de Haia.

Observam-se trechos do voto do Min. Sérgio Kukina no REsp 1214408/RJ (BRASIL, 2015):

Desde já, remarque-se que a autoridade central brasileira foi acionada pela congênera argentina, para que promovesse as medidas necessárias ao retorno das crianças Dan e Paul, *antes ainda do primeiro ano da alegada retenção indevida de ambos pela mãe*, circunstância que, a teor do art. 12 da Convenção de Haia, deveria acarretar em que a autoridade brasileira devesse ordenar o retorno imediato das crianças. [...] O retorno imediato restou inexitoso e a controvérsia acabou judicializada, como antes dito, ainda em meados de 2003, *passando-se, desde então, mais de uma década* sem solução definitiva. [...] Ao desprover, no mérito, as apelações da União e do genitor Alejandro Esteve, o acórdão local, a partir de estudo relatado pela Assistente Social que atuou na causa, concluiu que "os menores gozam de desenvolvimento físico, psíquico, social e financeiro necessários a uma vida digna, embora sem a companhia permanente do pai, estando presentes os requisitos para o cumprimento dos objetivos da Convenção de Haia, que é a proteção primordial do interesse do menor" (fl. 636), contexto que levou o Colegiado regional a desautorizar o retorno dos irmãos Dan e Paul para junto do pai, na Argentina. Tal decisão foi proferida em março de 2008, ou seja, quando já transcorridos cinco anos desde a chegada dos infantes ao Brasil. A dinâmica do contexto fático retratado nesse acórdão do TRF parece não ter se alterado desde então, o que ficou evidenciado na audiência de tentativa conciliatória presidida por este relator, em dezembro de 2013. Lembre-se, a

esse propósito, que Paul e Dan, à época em que deixaram de regressar para a Argentina, contavam, respectivamente, com idades inferiores a 1 e 4 anos.

No caso acima transcrito, verificou-se que o pai requereu o retorno dos filhos dentro do período de um ano. Assim, nos termos do art. 12 da Convenção, os filhos deveriam ter retornado imediatamente para a Argentina. As únicas exceções para o não retorno deveriam se basear nas exceções previstas no art. 13 da Convenção.

A hipótese relatada no julgado se refere apenas ao fato de que com o decorrer do tempo, os filhos já estavam integrados ao meio, gozando de vida digna no Brasil. Nos termos do art. 12 da Convenção de Haia, esta hipótese apenas pode ser aventada em caso de propositura do procedimento após o período de um ano da retenção ilícita.

O melhor interesse do menor, e o possível trauma de retorno de uma criança após dez anos de processo, acabou por prevalecer afim de manter as crianças no Brasil. Ocorre que a demora processual em por fim ao litígio, acabou por premiar a mãe que ilicitamente reteve os filhos no Brasil, impedindo e dificultando o convívio das crianças com o pai.

Sifuentes (2009, p. 63/64) aponta que a demora do processo judicial é motivo de críticas internacionais e destaca três motivos para esta demora na repatriação da criança ao seu país de residência habitual.

Segundo Sifuentes (2009, p. 63/43), o primeiro motivo está relacionado ao conflito de competência entre Justiça Comum e Justiça Federal, visto que o genitor ao chegar no Brasil ajuíza ação de guarda da criança perante a Vara de Família, o que conforme art. 16 da Convenção não é o juízo competente para analisar esta demanda. O segundo motivo, em sua visão, é o desconhecimento por parte dos operadores do direito acerca da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. E o terceiro motivo é a ausência de legislação específica no ordenamento jurídico pátrio para aplicação da convenção, utilizando-se da ação de busca e apreensão, em seu rito geral, afim de dar cumprimento à Convenção.

A ação de busca e apreensão para fins de aplicação da Convenção de Haia deve se adequar as suas particularidades, afim de que não se desvirtue de seus objetivos e finalidades.

Em atenção à Convenção, no REsp 1351325/RJ (BRASIL, 2013), o Ministro Humberto Martins, em seu voto, explica que a repatriação da criança é a regra, visto que o Brasil é signatário da Convenção de Haia.

No voto (REsp 1351325/RJ), o ministro explica que cabe ao genitor que reteve a criança ilicitamente comprovar as hipóteses de exceção previstas no art. 13, da Convenção. E complementa “nos termos do art. 12 da Convenção, não transcorrido mais de 1 ano entre o sequestro e o pedido administrativo (retenção nova), não caberia falar em integração do infante ao novo meio”. Assim, nesse julgado, a ementa assim fixou:

5. Na hipótese dos autos, a genitora pleiteou a produção de prova pericial atinente às condições psicossociais da criança, tendo o magistrado a quo indeferido a perícia por entender que não haveria necessidade de parecer técnico em casos de retenção nova. Assim, viável o indeferimento da perícia com base

no art. 12 da Convenção, pois o pai da criança foi célere no sentido de tomar as providências administrativas e diplomáticas pertinentes à repatriação, agindo dentro do tempo-limite de 1 ano recomendado pelo documento internacional, lapso dentro do qual, salvo exceção comprovada, a retenção nova da criança autoriza o seu retorno imediato.

6. O Brasil aderiu e ratificou a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, devendo cumpri-la de boa-fé, respeitadas, obviamente, eventuais exceções, as quais não foram comprovadas pela recorrente.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu abordar pontos relevantes da Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema.

O Brasil é signatário da Convenção, devendo dar total cumprimento as suas disposições. O art. 27 da Convenção de Viena dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

Piovesan (2016, p. 115) aponta que o cumprimento de Tratados Internacionais está atrelado ao princípio da boa-fé, pois “cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional”.

A Convenção tem como objetivo proteger as crianças, buscando promover segurança e bem-estar, evitando-se o afastamento de sua residência. Assim, diante do sequestro internacional de criança, a Convenção determina o imediato retorno da criança ao país no qual mantinha residência habitual.

Deste modo, afim de dar cumprimento à Convenção de Haia, as crianças retidas ilícitamente no Brasil devem ser encaminhadas de imediato ao país onde mantinha residência habitual.

Para fins de aplicação da Convenção de Haia, a celeridade é essencial para que se possa não só cumprir a literalidade do art. 12 (retorno da criança), mas também alcançar a finalidade da Convenção, que é promover o melhor interesse da criança. O simples retorno muitas vezes pode ser prejudicial para a criança, conforme as hipóteses previstas no art. 13.

As hipóteses previstas no art. 13 da Convenção devem ser analisadas pelos magistrados de forma restrita, de modo a não inviabilizar o cumprimento dos termos da Convenção de Haia. Isto porque a demora judicial não pode resultar em prêmio para os genitores que praticam o sequestro internacional, removendo ou mantendo a criança em país diverso de sua residência habitual.

A dilação probatória se mostra necessária unicamente quando se verifica ao menos indícios das situações previstas no art. 13. Ao passo que não havendo motivo justificável para que a criança se mantenha retida no país diverso de sua residência habitual, deve-se determinar seu retorno imediato.

A análise da integração da criança no novo país somente tem cabimento quando o requerimento para retorno da criança ocorre após o período de um ano. Não há que se falar em integração quando se está diante de procedimento instaurado em prazo inferior a um ano.

A lentidão processual tem inúmeras justificativas, como o acúmulo de processos no Judiciário, e a ausência de procedimento específico para tratar do tema. Tais problemas são complexos, e não devem ser agravados por discussões infundadas e dilação probatória desnecessária.

Deste modo, afim de dar cumprimento à Convenção de Haia, deve-se primar pela celeridade processual, visto que a demora demasiada do processo prejudica a própria criança, a qual se pretende proteger.

Em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, deve o Judiciário dar cumprimento à Convenção de Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, em que preza pelo bem-estar da criança e pelo seu desenvolvimento saudável.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Nadia de; NARDI, Marcelo de. O conceito de residência habitual na Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: elemento de contato para reconhecimento da jurisdição internacionalmente competente. *Revista dos Tribunais Caderno Especial – Cooperação Jurídica Internacional*. v. 1, p. 115-131, abr. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. REsp 1458218 / RJ. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Relator Min. OG Fernandes. DJe 03/05/2018. Brasília, maio. 2018. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 jan. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 1214408 / RJ. Recurso Especial. Relator Min. Sérgio Kukina. DJe 05/08/2015. Brasília, ago. 2015. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 jan. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1196954/ES. Recurso Especial. Relator Min. Humberto Martins. DJe 13/03/2014. Brasília, maio. 2014. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 jan. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1351325 / RJ. Recurso Especial. Relator Min. Humberto Martins. DJe 16/12/2013. Brasília, dez. 2013. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 jan. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1387905/RS. Recurso Especial. Relator Min. OG Fernandes. DJe 24/05/2017. Brasília, maio. 2017. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

- CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. Sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. *Revista dos Tribunais*. v. 962, p. 105-128, dez. 2015.
- CARVALHO, Chirley Aparecida da Silva de. Sequestro internacional de crianças. *Revista de Direito de Família e das Sucessões*. v. 3, p. 15-28, abr-mar. 2015.
- CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Direitos Humanos das Crianças Migrantes Desacompanhadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 107, ano 26, p. 191-215, maio-jun. 2018.
- CIDRÃO, Taís Vasconcelos; MUNIZ, Antônio Walber; SOBREIRA, Sérgio Adriano Ribeiro. Sequestro internacional de crianças: uma análise da Convenção de Haia de 1980. *Ponto e Vírgula – PUC SP*. n. 23, p. 44-59, primeiro semestre, 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MATTOS, Elsa de; Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país de residência. *Revista dos Tribunais*. v. 954, p. 239-254, abril. 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- MENEZES, Luciana Tavares de. A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças: a celeridade da cooperação internacional e o melhor interesse do menor. *Publicações da Escola da AGU: curso cortes internacionais e constituições: princípios, modelos e estudo comparado*. Brasília, v. 8, n. 4, p. 375-387, out/dez. 2016.
- SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental – a experiência brasileira na aplicação da Convenção da Haia de 1980. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. v. 21, n. 5, p. 63-66, maio. 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 16 ed. rev. ampl. atual., São Paulo: Saraiva, 2016.

ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA RECONVENÇÃO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Livia Mayer Totola Britto¹

Lorena Rodrigues Lacerda ²

Luiza Tosta Cardoso³

Resumo: O presente estudo se dispõe a analisar a mudança advinda do CPC/2015, tendo em vista os institutos de defesa do réu, especificamente analisando a reconvenção. Serão desenvolvidas algumas considerações a respeito do instituto reconvenicional, principalmente no tocante ao pressuposto da conexão de causas, como já nos ensinava o Ilustre Professor José Carlos Barbosa Moreira ainda na vigência do anterior diploma.

Palavras-chave: Processo Civil; Reconvenção; Contestação; Defesa; Conexão de causas.

INTRODUÇÃO

É na Teoria Geral do Processo que podemos encontrar as bases dogmáticas do direito processual civil moderno. O processo serve ao Estado Democrático de Direito. O Direito é uma ferramenta que viabiliza a vida em sociedade, e o Estado de Direito carrega o dever de resguardar os direitos fundamentais, portanto, para sua viabilização, fundamenta-se em três institutos básicos: jurisdição, ação e processo.

A jurisdição é uma função do Estado de fundamental importância, é por meio dela que se solucionam litígios, declara e realiza o Direito. A jurisdição é imperativa, imutável, inafastável, indelegável e inerte. Sua função estática garante estabilidade e isonomia, e só age quando provocada pelo sujeito, por meio da ação.

Humberto Theodoro Junior afirma que “a jurisdição é o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica” (2012, p. 38).

No tocante à ação, consiste em um direito público subjetivo, no qual as partes expõem ao Estado-juiz a sua demanda, e este, através do seu poder decisório, dirá a quem pertence o

¹ Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Espírito Santo, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), endereço eletrônico liviatbritto@gmail.com.

² Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), endereço eletrônico lorena.rlacerda@hotmail.com.

³ Escrivã da Polícia Civil do estado do Espírito Santo, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), endereço eletrônico l.tostacardoso@gmail.com.

melhor Direito. Portanto, a ação consiste no direito de provocar o poder jurisdicional, assim, podendo ser pleiteada por qualquer sujeito, seja pessoa física ou jurídica.

Nesta senda, cabe dizer que o direito de ação é exercido com o objetivo de permitir que as partes obtenham a resolução do conflito, portanto, o poder jurisdicional deve prezar por uma decisão que resolva o mérito da causa.

Já o processo é o mecanismo pelo qual o procedimento é desenvolvido, por meio de uma concatenação de atos pelos quais se tem origem a relação jurídica processual, instrumento responsável por realizar todos os procedimentos necessários desde o momento da provocação inicial, ação, até a efetiva prestação da tutela. O processo inicia-se no momento em que o sujeito ativo recorre ao poder judiciário na busca do seu direito.

O processo deve garantir que o sujeito passivo participe de todos os seus atos, dessa forma, fica resguardado a estes os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, que garantem ao réu o direito de também levar em juízo sua pretensão contrária à do autor.

O Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor em 17 de março de 2016, após um ano de *vacatio* da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, e foi considerado uma importante revolução jurídica 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, modificando significativamente a forma de defesa prevista no CPC revogado, de 1973.

As alterações trazidas pelo Novo Código trouxeram uma simplificação do processamento da ação; assim, não há mais necessidade de se classificar as diversas formas de defesa, haja vista que todas as modalidades possíveis podem ser concentradas na peça de contestação, apresentando de uma única vez todas as questões discutidas em uma única peça processual.

DO DIREITO DE DEFESA DO RÉU

A reconvenção é uma das modalidades de defesa do réu, que consiste em um contra-ataque do sujeito passivo, em que é trazido à tutela jurisdicional algo a mais do que a simples rejeição ao pedido do autor. O réu assume o polo ativo da demanda, apresentando um pedido contrário ao postulado pelo autor.

O pedido feito dentro da ação reconvenicional pode também ser realizado dentro de ação autônoma, mas aqui, por uma questão de economia processual, o legislador permitiu que o réu o fizesse incidentalmente dentro da contestação.

Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 326) leciona que a reconvenção:

Trata-se, em verdade, de uma demanda autônoma oferecida pelo réu em face do autor. Pode-se, assim, definir a reconvenção como a ação proposta pelo réu em face do autor, aproveitando-se do mesmo processo. Sendo a reconvenção uma demanda autônoma, o réu é de ser tratado, aqui, como demandante (réu-reconvinte), e o autor como demandado (autor-reconvindo).

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (2010, p. 121) ainda dispõe que:

Não há, no entanto, desequilíbrio na posição das partes, pois o ônus do réu de defender-se é limitado à específica causa de pedir apresentada pelo autor. Sempre que proposta nova demanda, o réu terá oportunidade para apresentar seus argumentos de defesa e, se ficar incomodado com a possibilidade de vir a figurar como réu em diversos processos, o sistema franquia-lhe os instrumentos da reconvenção e da ação declaratória incidental, que promovem a ampliação do objeto do processo e viabilizam uma decisão definitiva do litígio.

Desse modo, a propositura da reconvenção implicará na cumulação de ações, mas se trata de uma faculdade do reconvinte.

Caso o réu não apresente reconvenção, poderá apresentar o pedido em ação autônoma, portanto não perderá a faculdade de postular em juízo o seu direito. Para Luiz Guilherme Marinoni et. al. (2015, p. 187), a cumulação é objetiva de demandas, ou seja, uma cumulação de pedidos.

Trata-se de ação proposta no curso de um processo em que se desenvolve uma outra ação, o que chamamos de ação incidental. A reconvenção pode ser proposta somente pelo réu; pelo réu em litisconsórcio passivo com um terceiro; pelo réu somente contra o autor; ou pelo réu contra o autor juntamente com alguém fora da relação processual.

Além disso, pode ser proposta somente contra um ou contra todos os autores. Deve conter pedido em favor do reconvinte e deve ter conexão com a ação principal ou com a defesa.

No antigo Código Processual de 1973, a ação também era incidental, mas deveria ser proposta através de peça separada da contestação, conforme dispunha o artigo 299, *in verbis*: "A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas; [...]".

Entretanto, era processada dentro dos mesmos autos da ação principal e o juiz, ao recebê-la, determinava a remessa dos autos ao distribuidor. O Novo Código trouxe uma significativa mudança, pois agora o reconvinte deve fazer a sua postulação dentro da própria contestação.

Leonardo Greco (2015, p. 76) afirma que a reconvenção não é uma ação acessória, por não ser complementar à ação originária, e, apesar da previsão legal fazer referência à ação "principal", as duas ações são principais: "Tanto isso é verdade que a desistência ou extinção da ação originária não implica necessariamente a da reconvenção" (CPC de 1973, art. 317; CPC de 2015, art. 343, § 2º).

Ao analisar a peça reconvenicional, o julgador deve observar a existência das condições da pretensão material, os pressupostos gerais e, também, os pressupostos específicos. Os pressupostos específicos da reconvenção são: (I) necessidade de uma causa pendente; (II) juiz da ação principal competente para julgar a reconvenção; (III) não ter havido ou não ter esgotado o prazo para apresentar contestação; (IV) conexão entre causa principal e a reconvenicional ou com os fundamentos da defesa.

A reconvenção só pode ser classificada dessa forma quando há um pedido do Réu em relação ao Autor, proposto em um processo no qual se desenvolve outra ação.

O juízo em que o processo originário está em trâmite também deve ser competente para julgar a peça reconvenção. No entanto, a doutrina admite a propositura da reconvenção em foro relativamente incompetente.

Como a arguição da incompetência relativa não é matéria que o juiz deva conhecer de ofício, conforme expõe o art. 337, § 5º do CPC /15, se o réu, em momento oportuno, não arguir a incompetência relativa ou o Ministério Público não alegar nas causas em que atuar, haverá prorrogação de competência.

O artigo 54 do CPC/2015 dispõe que "A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção." Portanto, a conexão só pode alterar a competência relativa, jamais a competência absoluta.

O Novo Código Processual trouxe uma substancial mudança. Agora, pela letra da lei, a reconvenção deve ser apresentada dentro da contestação, conforme dita o artigo 343, *in verbis*: "Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa".

Nesse aspecto se assemelha ao pedido contraposto, que ocorre nos Juizados Especiais, Lei 9.099/95, que possibilita ao réu formular pedido contraposto ao autor na peça da contestação.

Pelo artigo 319 do NCPC, se o réu não apresentar contestação, será considerado revel, ou seja, presumir-se-ão verdadeiros os fatos narrados na inicial.

Todavia, o réu pode reconvir sem contestar, conforme expresso no artigo 343, § 6º, do novo CPC, dessa forma, entendemos que nesse caso serão afastados os efeitos da revelia.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior (2012) nos ensina que:

A presunção de veracidade, decorrente da revelia, não é absoluta e insuperável, nem pretendeu a lei transformar o juiz, na espécie, num robô que tivesse que aprovar, conscientemente, a inverdade e a injustiça, sem qualquer possibilidade de coactar a iniquidade e a mentira. [...] Só o fato objetivo não contestado é que se presume verdadeiro. Tal presunção não alcança cegamente as consequências de sua afirmação. Assim, não assumem véstia de dogma de fé, meras estimativas de prejuízo perante fato tornado indiscutível pela revelia do adversário.

Nas palavras de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 600):

Se o réu não contestar, mas reconvir, não será revel, porque terá comparecido ao processo, e se manifestado. Portanto, deverá ser intimado de todos os atos processuais subsequentes. Mas serão presumidos os fatos narrados na petição inicial? Depende. Se, ao reconvir, ele apresentou fundamentos incompatíveis com os do pedido inicial, estes não se presumirão verdadeiros. Contudo, naquilo em que não houver tal incompatibilidade, haverá a presunção.

Portanto, quando o reconvinte não apresentar contestação, não pode o juiz declarar sua revelia, ignorando o teor e os documentos da reconvenção, quando sejam suficientes para afastar a presunção relativa decorrente da revelia.

A contestação deverá conter defesa de conteúdo amplo, conforme dispõe o artigo 336 do Novo Código, portanto, o réu deverá apresentar defesas de conteúdo material e processual.

O momento em que o réu poderá produzir prova documental também é na contestação, pois, após apresentada, conforme dispõe o art. 343 do mesmo instituto, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando relativas a direito ou a fato superveniente; competir ao juiz conhecer delas de ofício; ou quando por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Portanto, para não fluir completamente o prazo da contestação, é preciso que a reconvenção seja formulada dentro da peça contestatória, conforme salienta Marcelo Pacheco Machado (2012):

O caput do artigo 344 do Projeto aboliria a necessidade de peça autônoma para a apresentação da reconvenção, que passaria a ocupar simplesmente um capítulo da defesa, desde que demonstrada claramente a vontade de demandar, e identificado o pedido pelas partes e pela causa de pedir fática enunciados naquele documento misto (defesa + contra-ataque).

Entretanto, não se pode dizer que, ao ser proposta a reconvenção sem a peça da contestação, não poderá posteriormente contestar, desde que dentro de 15 dias, pois demonstra-se imperioso alegar que haverá, assim, a preclusão consumativa.

Conclui-se que, caso o réu queira utilizar-se dos dois mecanismos de defesa, o Novo Código dispõe que terá que unir ambas as peças; entretanto, com base no princípio da economia processual, norteador do novo diploma, deverá o magistrado aceitar a reconvenção apresentada apartada da peça da contestação, desde que dentro do prazo legal.

Também é pelo princípio observado, analisado juntamente com demais princípios como o da segurança jurídica, que um dos pressupostos da reconvenção é a conexão entre as causas.

CONEXÃO DE CAUSAS

Pelo regime vigente do Código de Processo Civil atual, a reconvenção é uma demanda do réu em face do autor, apresentada posteriormente à ação originária. Só se admite a reconvenção se houver conexão entre ela e a ação originária ou entre ela e o fundamento da defesa. Possui aptidão para ampliar o objeto litigioso do processo que se limitava à discussão trazida na ação original.

A conexão é vista como causa de modificação da competência relativa, ensejando na reunião de processos com identidade de objeto ou de causa de pedir, para processamento e julgamento simultâneo, a fim de evitar decisões contraditórias, em conformidade com o princípio da economia processual.

O ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira (1979, p. 61), após análise do instituto da reconvenção nos principais diplomas estrangeiros, dividiu o instituto em três grupos:

- a) ordenamentos que excluem de modo expresse a necessidade de satisfazer-se qualquer requisito substancial, pertinente à relação entre causa reconvenção e causa originária. Para tornar admissível a reconvenção [...]
- b) ordenamentos que não exigem em termos expressos a satisfação de requisito substancial. [...]
- c) ordenamento que expressamente exigem algum requisito substancial.

O ordenamento jurídico brasileiro se enquadra no terceiro grupo, pois dispõe, em seu artigo 343, que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com os fundamentos da defesa.

Entretanto, há casos nos quais, apesar de verificar-se a conexão, a junção dos processos é impossível, como o que ocorre nos processos que tramitam em juízos com competência absoluta distintas. Dessa forma nos ensina Fredie Didier Júnior (2005, p. 143): “essa distinção entre fato (conexão) e efeito (reunião) está bem posta no enunciado n. 235 da súmula da jurisprudência do STJ: ‘a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado’.

A fim de compreender melhor o fenômeno da conexão, três principais teorias foram criadas: (I) teoria clássica de Pescatore, na qual a conexão é vista em ações cujos elementos sejam em parte diferentes e em parte iguais; (II) teoria de Cernelutti, que observa a conexão de acordo com a identidade de questões (pontos controvertidos) levadas pelas partes juiz; e, por fim, (III) a teoria materialista de Pará Filho, em que a conexão acontece na identidade da relação de direito material, com mesma origem ou mesmo fim.

O Código Processual de 1939 não falava da conexão de causas como pressuposto da reconvenção. A palavra sequer aparecia no texto legal. Vejamos: “Art. 190, 1ª parte: O réu poderá reconvir ao autor quando tiver ação que vise modificar ou excluir o pedido”

Apesar do silêncio do texto, os intérpretes dividiam-se. Uma parcela atribuíam alguma relevância à conexão, entretanto tratava-se de uma linha mais tênue, conforme salientava José Carlos Barbosa Moreira (1979), às vezes se falava da necessidade de vínculo com o fundamento, outras no nexa com o objeto, mas não se falava em identidade de causa de pedir ou pedido. Lopes da Costa (1959, p. 187) dizia que a conexidade se dava simplesmente por ocorrer o “pedido do réu em face do pedido do autor”.

Alguns doutrinadores, insatisfeitos com a redação do artigo, recorreram à teoria clássica, que entendia como conexas aquelas ações cujos elementos fossem em parte diferentes e em parte iguais. Assim, a reconvenção e a ação originária deveriam possuir os mesmos sujeitos e mesmo objeto ou mesmos sujeitos e mesma causa de pedir. Também se falava em conexidade entre a reconvenção e a defesa.

Entretanto, não se podia flexibilizar o artigo supracitado interpretando-o conforme a teoria clássica. Visto que no exemplo “A com fundamento em contato de compra e venda pactuado com B pede que lhe entregue a coisa comprada, B, com fundamento no mesmo

contrato pede o pagamento do preço” (Barbosa Moreira, 1979, p. 87), somente o mesmo título não faz com que haja identidade de causa de pedir.

Por fim, na vigência do Código de 39, não existia conceito legal e nem mesmo a doutrina era pacífica quanto ao conceito de conexão. Só se dizia sobre a existência de alguma ligação entre a reconvenção e a ação originária.

O Código de 1973 trouxe em seu artigo 315, *caput*, a conexão de causas como pressuposto da reconvenção, e foi além, definindo o conceito de conexão em seu artigo 103: “Reputam-se conexas duas ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”

Assim, pela leitura do texto legal, somente se admitiria reconvenção quando houvesse identidade de objeto, quando os pedidos das partes visassem o mesmo fim, ou identidade de causa de pedir, quando a ação e a reconvenção se baseiam no mesmo ato jurídico.

A conexão também poderia ocorrer entre a defesa do réu e o pedido reconvenicional, quando o fato jurídico invocado na contestação também servisse para fundamentar o pedido do réu. Contudo, o esforço do legislador ao elaborar o conceito trazido pelo anterior diploma não logrou êxito em sanar o problema apresentado pela doutrina.

Assim, conforme nos ensina o ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira (1979), quando se falava em identidade de objeto como pressuposto da reconvenção, nenhum problema era suscitado, entretanto o fundamento da identidade de causa de pedir trazia consigo a mesma problemática do código anterior, qual seja, o exemplo do vendedor que reclama o pagamento do preço à ação do comprador que pleiteia a entrega da coisa.

Para Calmon de Passos (*apud* Barbosa Moreira, 1979, p. 94), bastava que o pedido do autor e do réu possuíssem mesmo fato jurídico, podendo não haver identidade absoluta entre os pedidos.

Portanto, nesta hipótese, para o autor, o contrato de compra e venda é o fundamento remoto da causa de pedir, e o fundamento próximo é o inadimplemento do réu; já para o réu, o fundamento remoto é o mesmo do autor, mas o fundamento próximo muda, sendo considerado o inadimplemento deste quanto ao pagamento do preço.

A partir de então, a doutrina passou a classificar a conexão em própria, quando a causa de pedir ou o pedido fosse comum a uma ou mais ações; ou imprópria, quando comuns as causas de pedir ou os pedidos, que dependem, da solução de questões idênticas relevantes ao julgamento das causas.

A jurisprudência, por sua vez, flexibilizou o entendimento trazido pelo art. 103, já que entendia, desde a vigência do diploma de 73, como conexas as ações de despejo por falta de pagamento e a de consignação de alugueis, mesmo não havendo identidade nem de fundamento, nem de objeto, mas risco de decisões conflitantes caso fossem julgadas em separado.

Assim, o Código de 1973 não conseguiu trazer soluções que pacificassem e flexibilizassem o conceito de conexão. Barbosa Moreira dizia que, ao redigir o artigo 103, o legislador não quis trazer uma tese de universal aceitação, visto que jamais houve consenso quanto ao conceito, já que grande parte da doutrina flexibilizava a interpretação do texto legal, reconhecendo

a ocorrência de conexão mesmo entre causas que não possuíam o mesmo objeto nem o mesmo fundamento.

Barbosa Moreira já entendia, na vigência do Código anterior, que a reconvenção e a ação originária não precisavam ser conexas no sentido do art. 103, visto que a cláusula do art. 315 referente ao fundamento da defesa, expõe uma ideia de conexão menos rigorosa.

Por fim, não se exigia, para tornar admissível a reconvenção, a coincidência parcial com a ação originária, nem objeto, nem na causa de pedir. A relação entre ambas poderia ser mais tênue.

Com base no entendimento trazido pela doutrina vigente no diploma de 1973 foi redigido o Novo Código, trazendo maior flexibilidade ao instituto da reconvenção, ampliando as hipóteses nas quais, mesmo sem conexão, as demandas devam ser reunidas para decisão conjunta.

Nesse sentido, o art. 55, §2º do NCPC, entende que o conceito de conexão deverá ser ampliado para julgamento conjunto de demandas - salvo se uma delas já houver sido sentenciada em consonância com o enunciado nº 235 do STJ e também quando houver execução de título extrajudicial e ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico, além de em execuções fundadas no mesmo título executivo.

Dispôs o legislador, ainda, no §3º do referido texto legal, um entendimento já trazido por Barbosa Moreira na vigência do diploma anterior, que busca oferecer ainda mais flexibilidade às hipóteses de reunião de demandas para julgamento conjunto, impedindo a prolação de decisões conflitantes e contraditórias.

Dessa forma, não é necessário que haja, tão somente, conexão entre os processos, mas as demandas deverão ser reunidas sempre que houver perigo de decisão conflitante ou contraditória: “§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, et. Al (2015, p. 123):

Precitado §3º do art. 55, ao permitir a reunião de causas mesmo sem que estas guardem relação de conexidade entre si, acabou por reduzir a relevância da precisão na delimitação do conceito de conexão, primando justamente por sua elasticidade, o que serve ao prestígio de sua belíssima essência: evitar a contradição entre pronunciamentos judiciais e fomentar a economia processual. (...) A mensagem legislativa é clara: se para a reunião de causas sequer exige-se obrigatoriamente a constatação da conexão (§3º do art. 55 do NCPC), evidencia-se que o órgão jurisdicional deverá ser flexível e ampliativo para fins de estabelecimento da conexão, fomentando-se o quanto possível o julgamento conjunto de demandas que de alguma forma se relacionem, evitando-se decisões conflitantes entre si.

Luiz Dellore (2015, p. 201), entretanto, nos adverte que:

[...] parece-nos que o dispositivo deve ser interpretado de forma restritiva, de modo a não inviabilizar o julgamento dos processos, pois a reunião de milhares de

demandas acarretaria muita demora para a instrução e julgamento. Ou seja: esta inovação não se aplica a situações de massa, pois para isso existe o instrumento do IRDR.

Dessa forma, a novidade trazida pelo Novo Código deve ser aplicada moderadamente pelo julgador, visto que a reunião de demandas a fim de julgamento em conjunto não deve obstar o bom andamento do processo.

CONCLUSÃO

Portanto, há uma nítida mudança de paradigma advinda do Código de Processo Civil de 2015 no que tange à tentativa do legislador em simplificar a prática processual, tendo em vista os institutos de defesa do réu, especificamente analisando a reconvenção.

Sem intenção de esgotar o tema, foram desenvolvidas algumas considerações a respeito do instituto reconvenicional à luz do Novo Código Processual, principalmente no tocante ao pressuposto da conexão de causas, como já nos ensinava o Ilustre Professor José Carlos Barbosa Moreira ainda na vigência do anterior diploma.

A importância deste estudo consiste em trazer à lume uma nova sistemática paradigmática, com princípios como o da efetividade da jurisdição, da economia processual e da segurança jurídica, que torna a prestação jurisdicional mais célere, didática e muito mais democrática

Podemos concluir que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma grande novidade a fim de flexibilizar o instituto da reconvenção, desmembrando a figura da conexão em pragmática, quando se destina a julgar uma ou mais causas conexas mediante sentença única, atendendo, assim, ao princípio da concentração, e jurídica, com a finalidade de impedir que demandas que possuem pedidos ou causas de pedir idênticas venham a receber pronunciamentos jurisdicionais conflitantes.

Isto posto, não é mais necessário que haja conexão de causas para justificar a propositura da reconvenção, reunindo-a com a ação originária, mas as demandas deverão ser reunidas sempre que houver perigo de decisão conflitante ou contraditória.

Dessa forma, observa-se que o Novo Código protege os valores da segurança jurídica, da isonomia e da confiança, baseando-se também no princípio da economia processual, permitindo produção de provas conjuntas e favorecendo a simplificação procedimental.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A conexão de causas como pressuposto da reconvenção. São Paulo: Saraiva, 1979.

- CÂMARA, Alexandre Freitas, Lições de Direito Processual Civil, Volume I, 17ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Iuris, 2008.
- COSTA, Alfredo de Araujo Lopes da. Direito processual civil brasileiro. vol. I. Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- DELLORE, Luis. Teoria geral do processo, São Paulo: Forense, 2015.
- DIDIER JR, Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. Ed., vol. 1. Salvador: Edições Jus Podivm, 2005.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 9ª ed. 2017.
- GRECO, Leonardo. Instituições de Processo civil – Processo de Conhecimento, vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada. Tese de doutorado apresentada ao departamento de direito processual como requisito para obtenção do título de Doutor da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2010.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Demanda, Reconvencção e Defesa: o que é o que é? Revista de Processo. vol. 236/2014, p. 71, Out /2014.
- _____. Reconvencção no novo CPC: Much ado about nothing. Disponível em <<https://marcelopacheco2.jusbrasil.com.br/artigos/121942936/reconvencao-no-novo-cpc-much-ado-about-nothing>>. Publicado em 2012. Acesso em: 24 dez. 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil – Tutela de Direitos mediante procedimento comum, vol. 2, RT, 2015.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito de defesa e tutela jurisdicional: estudo sobre a posição do réu no processo civil brasileiro. Tese apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito processual. São Paulo: 2008.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 53ª ed. São Paulo: Forense, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo, São Paulo: RT, 2015.

O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Livia Mayer Totola Britto¹

Lorena Rodrigues Lacerda²

Tatiana Mascarenhas Karninke³

Resumo: O presente estudo se dispõe a analisar o direito autônomo à prova materializado no procedimento de produção antecipada de provas, previsto no artigo 381 a 383 do CPC/2015. Busca delinear, também, o direito autônomo à prova sob seus aspectos processuais e constitucionais, diferenciando-o do direito de provar exercido no processo em que se busca a declaração de um direito material.

Palavras-chave: Direito autônomo à prova; Produção antecipada de provas; Direito de provar; Direito processual civil.

INTRODUÇÃO

Com o início da fase denominada “neoprocessualismo”, o processo passou a ser pensado e analisado como sendo o meio de regulamentação para a solução dos conflitos existentes na sociedade, e não meramente como um fim em si mesmo. Para o professor José Roberto dos Santos Bedaque, ele – o processo -, é um “simples método” e, por assim ser, se dedica “a possibilitar que o resultado da atividade estatal contribua decisivamente para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, a eliminação dos litígios e a pacificação social” (2006, p. 18).

A atividade estatal reconhecida como sendo responsável pela manutenção da integridade do ordenamento, da eliminação dos litígios e da pacificação social é denominada Jurisdição. A jurisdição, por sua vez, é uma conquista do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a conclusão que se chega é que o processo, como sendo meio de concretização da jurisdição, é pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, o processo somente será considerado como instrumento válido do Estado Democrático de Direito quando cumprir e garantir a própria razão de ser desse Estado, qual seja, a manutenção da paz social.

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).

A fim de cumprir o referido preceito - ou seja, atribuir ao processo o *status* de pilar do Estado Democrático de Direito -, o CPC/2015 estabeleceu a Constituição Federal de 1988 como seu norte e consagrou, no seu artigo 1º, a era da constitucionalização do processo no Brasil.

Dentre os diversos direitos de garantias constitucionais, interessa ao presente estudo abordar aqueles previstos no art. 5º, incisos XXXV e LV da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a inafastabilidade da jurisdição – também denominado como direito de ação-, e o contraditório e ampla defesa.

O recorte supracitado se justifica em razão de serem as referidas garantias constitucionais aquelas que se dignam a respaldar o direito autônomo à prova, materializado no procedimento de produção antecipada de prova independente do requisito da urgência, previsto nos artigos 381 e 383 do CPC/2015.

O referido procedimento foi autorizado pelo legislador, no art. 381, incisos I a III, do CPC/2015, nas hipóteses de (i) fundado receio de que venha a se tornar impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; (ii) de que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição; ou quando o (iii) prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Em relação à inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV da CF, – também denominado como direito de ação -, é imperioso registrar, inicialmente, que o CPC 2015, ao desvincular a medida da produção antecipada de provas do requisito do perigo, positivou o que a doutrina optou por denominar como “direito autônomo à prova” (YARSHELL, 2015, p. 1027).

Para o professor Flávio Luiz Yarshell, a medida probatória autônoma encontra fundamento no poder ou direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), haja vista representar uma autorização de provocação da jurisdição pelo interessado sem propriamente obrigá-lo a invocar a declaração de um direito material em dado caso concreto (YARSHELL, 2015, p. 1027). Ou seja, a medida de produção antecipada de prova, ao permitir a atuação estatal dirigida à busca e à produção de providências de instrução, amplia o espectro do acesso à jurisdição, outrora destinada, quase em exclusividade, ao conhecimento de direito material.

Importante destacar, ainda, que além de se afeiçoar ao escopo jurídico da jurisdição – qual seja, o cumprimento do ordenamento jurídico -, o direito autônomo à prova se alinha umbilicalmente ao escopo social da jurisdição – cristalizado na pacificação social pela superação da controvérsia -, uma vez que, quanto melhor o interessado conhecer dados relativos a sua controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída, transigir ou, até mesmo, deixar de interpô-la (YARSHELL, 2015, p. 1027).

Além disso, o direito autônomo à prova assegura ao jurisdicionado uma forma de produção de provas, o que, via de regresso, permite uma maior robustez da instrução processual, privilegiando, indiscutivelmente, as garantias do contraditório e da ampla defesa, previstas no artigo 5º, inciso LV da CF.

DIREITO DE PROVAR VS. DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

Conforme anotado anteriormente, no Estado Constitucional, a relação entre o processo e a garantia dos direitos e garantias constitucionais é estreita. A Constituição é o norte que o processo, enquanto instrumento do Estado Democrático de direito, deve seguir. Nesse sentido, a ideia do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, previstos no artigo 5º, XXXV, da CF, foi reproduzida, *ipsis litteris*, no artigo 3º do CPC/2015.

Ocorre, todavia, que para que o referido direito fundamental seja exercido de modo pleno, é necessária a garantia à instrução adequada da causa, a qual passa, necessariamente, pelo direito à prova (MARINONI e ARENHART, 2014, p. 256). Nesse sentido, Adriano Caldas e Marco Félix Jobim (2018, p. 681) asseveram que:

A prestação da tutela jurisdicional efetiva pressupõe o correto acerto dos fatos sobre os quais irá pronunciar-se o juiz, razão pela qual resta evidenciado que o direito à prova é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, elevando-se igualmente a condição de direito fundamental. Repousando, assim, sua legitimidade no modelo constitucional de processo eleito pela CF de 1988.

Flávio Luiz Yarshell, em sua obra dedicada exclusivamente ao estudo da antecipação da prova sem o requisito da urgência e do direito autônomo à prova, esclarece que o direito à prova compreende “as prerrogativas de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la, de tê-la admitida; de participar da respectiva produção e, finalmente, de obter a correspondente valoração” (YARSHELL, 2009, p. 210).

O referido autor, todavia, acrescenta que a referida concepção sobre o direito de prova revela-se restritiva, ao passo que apresentada exclusivamente sobre a ótica do julgador, ou seja, como um fenômeno exclusivo ao âmbito processual. Nesse contexto, Yarshell apresenta um conceito bipartido e mais abrangente, que compreende o “direito de provar e o direito à prova em sentido estrito” (CALDAS e JOBIM, 2018, p. 682).

Em relação ao *direito de provar*, entende-se como sendo “compreendido nos direitos de ação e de defesa, deles sendo uma espécie de desdobramento” (YARSHELL, 2009, p. 233), ou seja, é o direito de utilizar todos os meios disponíveis para a demonstração da verdade dos fatos levados a um processo cujo objeto é a declaração de um direito.

Por sua vez, o *direito autônomo à prova* independe de uma vinculação a um processo que discuta direito material, ou seja, “limita-se a postular a atuação estatal direcionada à busca, a obtenção e a produção de certa providência de instrução”, tendo como destinatárias as partes, e não o processo ou o juiz (YARSHELL, 2009, p. 313).

O Código de Processo Civil de 1973, pela exegese dos seus artigos 846 a 849, permitia a produção antecipada de provas somente na hipótese em que o interessado demonstrasse a presença do justo receio que, ao tempo de sua produção no processo ulterior, a prova já não mais existisse ou fosse muito difícil ou impossível a sua verificação.

Nesse sentido, a legislação derogada, no que se referia à produção antecipada de provas, privilegiava exclusivamente o direito de provar, visto que cabível apenas nas hipóteses

de preservação da prova em razão do tempo, e tendo como resguardo máximo a sua utilização em processo ulterior. Tratava-se, portanto, de uma ação autônoma de produção antecipada de provas de natureza exclusivamente cautelar (VIEIRA, 2001, p. 28).

Feitas essas colocações, o que se pode concluir é que o CPC/2015, ao prever a possibilidade de um procedimento de produção antecipada de provas para além da hipótese em que esteja demonstrado o requisito da urgência, privilegiou o direito autônomo à prova, e viabilizou a ocorrência do procedimento antecipatório nas hipóteses em que se demonstre que a prova produzida poderá promover a autocomposição e, ainda, quando o prévio conhecimento dos fatos puder justificar ou evitar o ajuizamento da ação.

ASPECTOS PROCESSUAIS

Natureza jurídica

O procedimento de produção antecipada de prova, nos moldes insculpidos no CPC/2015, pode ser compreendido como um processo autônomo. Isso quer dizer, portanto, que o procedimento de antecipação de provas não mais será compreendido como um processo cautelar, visto que desvinculado de qualquer outra demanda que verse sobre direito material, e da obrigatoriedade de atender ao requisito da urgência.

Além disso, não obstante haja controvérsias⁴, o procedimento de produção antecipada de provas deve ser compreendido como um procedimento de jurisdição voluntária, uma vez que, nos casos do art. 381, I e II, não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova (DIDIER, 2018, p. 161).

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, todavia, a obtenção antecipada de prova poderá ter caráter contencioso ou voluntário, a depender do caso concreto. Exemplificam (2017, p. 315-316):

O procedimento de obtenção antecipada de prova sem caráter contencioso tem o único propósito de documentação do interessado. Assim, aquele que tem interesse, apenas, em obter prova para resguardar seus direitos – sem qualquer intuito de emprega-la em processo futuro ou eventual – pode também valer-se desta medida. Neste caso, não é necessário sequer aludir a qualquer litígio ou pretensão, bastando a existência justificável na obtenção da prova. A medida de obtenção antecipada de prova, sem caráter contencioso, sequer exige a citação de outros sujeitos (art. 381 §1º). [...] Já a obtenção antecipada de prova com caráter contencioso será admitida em três casos. Segundo o art. 381, essa medida pode ser empregada sempre que 'I- haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser

⁴ Em sentido contrário, TALAMINI, Eduardo. *Da produção antecipada da prova. Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo de Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 589. Para THEODORO JUNIOR, Humberto, possui natureza administrativa. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58 ed.rev., atua. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 945.

produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. ' Ou seja, o art. 381, em suas hipóteses, regula apenas a obtenção antecipada de prova com caráter contencioso.

Já para Yarshell, o procedimento de produção antecipada de provas possui natureza dúplice, haja vista que as peculiaridades desta atividade probatória produzirão efeitos, tanto para o demandante quanto para o demandado. Ou seja, a "procedência", que nada mais é do que a produção da prova requerida, atua de igual forma para ambas as partes ou, mais ainda, poderá quanto ao seu conteúdo, favorecer o réu sem que este tenha demandado ou alargado o objeto do processo de produção probatória (YARSHELL, 2009, p. 329 e 330). Para estas autoras, é o entendimento mais adequado.

Competência

Em relação à competência para propositura da medida de produção antecipada de prova, o Código de Processo Civil de 2015, nas palavras do professor Flávio Luiz Yarshell, foi "coerente com o caráter autônomo do processo cujo objeto é a prova antecipada". (YARSHELL, 2015, p. 1028). A afirmação do referido processualista se justifica, precipuamente, pelo que dispõe o §3º do art. 381 do CPC, que nega a ocorrência de prevenção e dispõe, *in verbis*, que: "a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta".

Diante dessa característica, é possível afirmar, mais uma vez, que o procedimento da produção antecipada de prova privilegia o *direito autônomo à prova*, cuja finalidade é a busca de elementos probatórios, independente do vínculo com um processo existente, ou futuro, haja vista que, na eventualidade de uma ação posterior, esta seguirá as regras gerais de competência, independente do procedimento probatório anteriormente deflagrado. (DIDIER, 2013, p. 165).

Quanto à competência de foro, o art. 381, § 2º do CPC estabeleceu que: "A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu". Duas, portanto, foram as possibilidades estabelecidas pelo legislador. A primeira se refere à competência vinculada ao local onde a prova deva ser produzida. A segunda, por sua vez, fixou como foro competente o domicílio do réu. Neste ponto, todavia, reside uma controvérsia.

Da leitura do dispositivo pode-se extrair, em um primeiro momento, a ideia de concorrência entre os foros que a lei fixou. Ocorre, entretanto, que ao adotar o critério *territorial funcional* – referente ao lugar da produção da prova e da conseqüente proximidade entre o órgão judicial e as fontes da prova -, o legislador privilegiou o interesse público, e criou uma regra de competência absoluta, cuja inobservância provoca uma série de impactos processuais e, até mesmo, a nulidade. Já a segunda possibilidade, referente ao foro de

residência do réu, atende ao caráter *territorial puro* e, por tanto, refere-se a uma regra de competência relativa.

Nesse sentido, embora a lei não tenha sido expressa ao estabelecer uma subsidiariedade entre as possibilidades de foro competente, nada justifica – consideradas as particularidades de cada caso – privilegiar uma regra de competência relativa em detrimento de uma regra de competência absoluta. Sobre o tema, anota Fredie Didier (2018, p. 165):

Uma vez existente, o direito de escolha do juízo competente deve ser exercido conforme os princípios da competência adequada e da boa-fé processual. A observação é importante, pois não há sentido algum, por exemplo, na propositura de uma produção antecipada de prova pericial sobre um imóvel em foro distinto do local do imóvel, onde a prova será produzida – se assim fosse, seria uma ação para pedir ao juízo a expedição de carta precatória, o que sob qualquer ponto de vista, inclusive a partir do princípio da eficiência (art. 8º, CPC), não faz sentido algum.

Desse modo, cabe afirmar que desde que não prejudique o devido processo legal e o acesso à justiça, é possível que se prefira o foro em que se situam as fontes de prova, ainda que em detrimento da conveniência do réu em ser demandado em seu domicílio, que eventualmente poderá ser privilegiada quando, por exemplo, for o caso de se colher sua oitiva. (YARSHELL, 2015, p. 1029).

Por fim, em relação à justiça competente, estabeleceu o art. 381, § 4º do CPC que “o juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal”. Compreende-se, nesse sentido, que o legislador conferiu competência à justiça estadual para processar e julgar os procedimentos de produção antecipada de prova em face da União (e entidades autárquicas e empresas públicas federais) quando, na localidade, não houver vara federal⁵.

⁵ Quanto à hipótese de alargamento da competência estadual para julgar as demandas de produção antecipada da prova em face da União nas localidades em que não houver vara federal, o professor Flávio Yarshell tece uma crítica acerca da opção do legislador, chamando-a de uma “escolha infeliz”, que diverge da jurisprudência já firmada no STF durante a vigência do CPC 73, visto que extrapola a exceção contida no §3º do art. 109 da CF – que deve ser interpretado de forma restritiva, de modo que a exceção do referido artigo comporta apenas o julgamento das causas relacionadas à previdência, e não qualquer ação em face da União (YARSHELL, 2015, p. 1029). Nesse sentido o RE – 228955: “O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao juízo estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido art. 109. [...] Considerando que o juiz federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu”. RE 228.955, rel. min. Ilmar Galvão, j. 10-2-2000, P, DJ de 24-3-2000.]

Fundamentos do pedido e hipóteses de cabimento

Para uma completa análise dos fundamentos do pedido, devem ser observados três aspectos, quais sejam: a *necessidade*, a *relevância* e a *adequação*.

De acordo com o que dispõe o artigo 382 do CPC/2015, o requerente deverá apresentar, em sua petição inicial, “as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”. Os requisitos fixados no aludido dispositivo se prestam a determinar o pedido e fazer com que a petição inicial não seja declarada inepta.

Nesse sentido, quanto à justificativa da *necessidade de antecipação da prova*, deve-se compreender que, salvo se a própria intervenção estatal for dispensável ao que se postula, não haverá espaço para a negativa jurisdicional na produção antecipada da prova haja vista que, “para dizer desnecessária a antecipação, seria preciso negar a função que a prova desempenha em relação às partes, de permitir a avaliação de suas chances em juízo” (YARSHELL, 2015, p. 1031).

Em relação à *necessidade de especificação*, com precisão, do substrato fático sobre o qual a prova deve recair, o que se verifica, nesse aspecto, é que a referida exigência guarda íntima relação com a preservação da garantia das liberdades individuais dos envolvidos. Dessa forma, ao evidenciar fatos, o procedimento deve ser preciso em seu objeto, sob pena de impor restrições a direitos como o sigilo, intimidade, privacidade e, até mesmo, a propriedade. (YARSHELL, 2015, p. 1031).

Já a *relevância da antecipação da prova* guarda relação não somente com a relevância da prova em si, mas também com a sua produção de forma antecipada, e nos impactos que essa antecipação pode causar no cumprimento dos escopos da jurisdição e, em especial, com o escopo social do processo, traduzido na pacificação social. Nesse sentido, a produção antecipada de prova, sob o prisma da relevância, promove a clarificação das circunstâncias, e auxilia as partes no deslinde da controvérsia, seja no bojo de um processo judicial, seja nas tratativas negociais que podem antecipar seu ajuizamento e, até mesmo, evitá-lo.

A *adequação da produção antecipada de prova* decorre, de igual modo, dos escopos da jurisdição, uma vez que (YARSHELL, 2015, p. 1033):

[...] a investigação, a busca e a produção da prova permitem aos interessados uma visão mais clara acerca da controvérsia, com projeção sobre ônus, riscos e chances no âmbito judicial. De posse de tais elementos, com objetividade e responsabilidade, as partes podem se encaminhar para soluções de autocomposição ou, não sendo esse o caso, fazer instaurar o processo declaratório – ou resistir à pretensão nele deduzida – com maior segurança.

Analisados os requisitos sob os três prismas mencionados, cumpre verificar as hipóteses de cabimento legalmente previstas para fins de produção antecipada de provas.

O inciso I do artigo 381 do CPC prevê a produção antecipada de prova quando houver “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.

Tem-se, nesse inciso, a hipótese mais conhecida de aplicação do instituto em voga, qual seja, o receio de que a prova se perca ou se torne muito difícil de ser produzida. Fredie Didier Jr. elenca, como exemplos de situações fáticas aplicáveis ao inciso I do artigo 381 do CPC, as seguintes hipóteses: “uma testemunha que está para morrer; o objeto da perícia que está para perecer; o dano ambiental está, aos poucos, sendo absorvido pela própria natureza”. (2018, p. 162).

Verifica-se, portanto, a natureza cautelar do procedimento, haja vista que, nesta hipótese, a intenção do demandante é a de resguardar o direito material a ser futuramente postulado (CALDAS e JOBIM, 2018, p. 688). O inciso I do art. 381 não descortina nenhuma grande novidade para o ordenamento jurídico processual que, ainda sob a vigência do CPC de 1973, já dispunha sobre a possibilidade de produção antecipada da prova na hipótese de urgência.

Os incisos II e III do artigo 381, todavia, são a grande inovação do Código de Processo Civil de 2015 no tema da produção antecipada de provas. Os aludidos dispositivos descrevem as possibilidades de o procedimento ocorrer por meio de uma ação de natureza satisfativa⁶, independente da comprovação de urgência e da proteção de eventual direito material.

O inciso II do artigo 381 do CPC prevê que “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”. Ou seja, não se exige a demonstração de urgência, tampouco risco de que a prova não seja possível de ser produzida no futuro. A ideia aqui consiste em, além de concretizar o direito autônomo à prova por meio de uma tutela satisfativa, privilegiar os métodos autocopositivos de solução de controvérsias.

Para Fredie Didier Jr., essa previsão reforça a ideia de que o destinatário da prova não é apenas o juiz, e que a prova também se dirige às partes, bem como se presta a que os envolvidos na controvérsia formem o seu convencimento sobre a causa (2018, p. 162).

Por fim, o inciso III do artigo 381 do CPC prevê a possibilidade de produção antecipada de provas quando o “prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Mais uma vez, a ideia subjacente à inteligência do referido dispositivo guarda relação com a afirmação de que as provas se destinam às partes, e não ao processo ou ao juiz.

Trata-se, portanto, de uma ferramenta colocada à disposição dos jurisdicionados que permite a realização de diligências na construção de um conjunto probatório mínimo e prévio, o qual poderá servir tanto para o ajuizamento de uma demanda futura, quanto para fixar a certeza de que não há direito material a ser socorrido pela prestação jurisdicional.

⁶ Para José Roberto dos Santos Bedaque, as tutelas satisfativas são aquelas que “destinam-se a resolver as crises de direito material, os litígios trazidos ao processo pelas partes, a fim de reestabelecer o ordenamento jurídico e a paz social. Tais tutelas proporcionam a plena e definitiva satisfação do direito, declarando-se e atuando-o praticamente” (2006, p. 109).

Vê-se, portanto, que as inovações trazidas pelo CPC de 2015 em relação ao procedimento de produção antecipada de provas com finalidades aclaratórias promoverão aos interessados a oportunidade de refletir e amadurecer suas convicções sobre os fatos que possivelmente ensejariam uma pretensão judicial (CALDAS e JOBIM, 2018, p. 690). Privilegia-se o sistema multiportas⁷, homenageia-se a inibição da litigiosidade e contribui-se efetivamente para o tratamento da crise do judiciário⁸.

Poderes instrutórios do juiz e a valoração da prova

Fixadas as premissas sobre se tratar de procedimento autônomo, ora com característica de tutela cautelar, ora com feições de tutela satisfativa, é indiscutível que a produção antecipada de prova, enquanto processo, pressupõe o requerimento da parte interessada, ideia esta que decorre da própria inércia da jurisdição – art. 2º do CPC/2015.

Dessa forma, apesar da discussão acerca da contenciosidade, ou não, do procedimento, o exercício dessa pretensão exige a provocação do interessado e, tanto é assim, que é necessário ao interessado justificar sua pretensão, bem como demonstrar interesse jurídico na produção dessa prova. Não é por outra razão, inclusive, que o juiz deverá reconhecer a ilegitimidade da parte, quando não demonstrado algum dos requisitos necessários na petição inicial⁹.

Ademais, a ideia de impossibilidade de atuação do ofício do magistrado na produção antecipada de prova decorre da própria sistemática do CPC/2015, que trata esse direito à produção antecipada de prova como um direito autônomo¹⁰. Outro argumento, apesar de apenas formal, decorre do próprio texto legal, que exige requerimento da parte interessada por meio de uma petição, nos termos do art. 382 do CPC/2015.

⁷ O Sistema Multiportas, importado do direito norte americano, consiste na ideia de integração, em um único espaço físico, de vários modos de processamento de conflitos. Dessa forma, em vez de se oferecer apenas um caminho – o processo judicial – o tribunal “multiportas” considera vários tipos de procedimentos, em que o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolução caso, a melhor “porta”.

⁸ “A crise da justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas”. (GRINOVER, 2008, p. 24).

⁹ Em sentido contrário, sob a égide do CPC/73: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INAPLICABILIDADE DO ART. 458 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE ILEGITIMIDADE DE PARTE, FALTA DE INTERESSE DE AGIR OU DE CHAMAMENTO AO PROCESSO. 1. O processo cautelar de produção antecipada de provas não tem natureza contenciosa e o seu procedimento assemelha-se ao do processo de jurisdição voluntária, cabendo ao juiz tão-somente conduzir a documentação judicial de fatos, com efeito meramente homologatório da prova produzida. 2. Não se exige do magistrado a fundamentação da sentença homologatória com todos os requisitos do art. 458, do CPC e não é possível a discussão de questões relativas a preliminares de mérito ligadas ao processo principal de conhecimento a ser ajuizado, tais como ilegitimidade de parte, falta de interesse de agir e chamamento ao processo. 3. Precedentes desta Corte. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 771.008/PA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 02/10/2007, p. 231).

¹⁰ Enunciado da I Jornada de Direito Processual Civil – A eficácia da produção antecipada de provas não está condicionada a prazo para a propositura de outra ação.

Percebe-se, portanto, que, por conta da necessidade de demonstração do interesse jurídico e da causa de pedir restrita ao artigo 381, caput e 381, §5º, não poderá o juiz atuar de ofício dando iniciativa ao processo.

Não obstante a inércia da jurisdição ser plenamente aplicável a essa espécie de processo, remanesce a discussão acerca da ideia do princípio do impulso oficial, também descrito no art. 2º do CPC/2015, especificamente em relação à possibilidade, pelo magistrado, de alargar o rol de medidas inicialmente postuladas pelo interessado.

No entanto, no direito à produção antecipada da prova, o referido princípio deve ser visto com restrições, haja vista que, diferentemente da produção probatória que ocorre durante a instrução processual, que tem como destinatário o próprio Juiz, na produção antecipada de prova, os destinatários são os próprios interessados.

Dessa forma, o juiz não terá amplos poderes para conduzir a produção antecipada de prova, já que deverá se restringir aos “fatos sobre os quais a prova há de recair” artigo 382 do CPC, última parte. Além disso, sempre que possível, deverá se ater ao meio de prova requerido pelo interessado, não podendo indeferir, sem fundamentação, o meio de prova requerido pela parte, salvo se houver, em lei, um procedimento específico, como, por exemplo, a ação de exibição de documento ou coisa¹¹ - art. 396 do CPC e seguintes - e inspeção judicial - art. 481 do CPC e seguintes.

Coadunando com a ideia ora explanada, decidiu o TJES recentemente:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA PERICIAL ANÁLISE SOBRE A OCORRÊNCIA DO FATO E DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA PRODUÇÃO DA PROVA IMPOSSIBILIDADE PETIÇÃO INICIAL INSTRUÍDA COM ELEMENTOS SUFICIENTES PARA O PROCESSAMENTO DO PEDIDO RECURSO PROVIDO. 1. O procedimento de antecipação de prova previsto no art. 381 e ss. do CPC, não comporta análise substancial sobre a situação fática alegada, nem sequer um juízo sobre as consequências jurídicas advindas de eventual prova, nos exatos termos do §2º, do art. 382 do CPC. 2. No caso concreto, o piso da sociedade Apelante possui avarias que dificultam o funcionamento regular da atividade empresária, sendo imprescindível a realização tempestiva de reparos. 3. Mostra-se plausível a realização de prova para viabilizar possível autocomposição ou garantir eventual ressarcimento. 4. O não conhecimento do pleito com alicerce na possibilidade de ajuizamento de demanda e requerimento da prova na fase instrutória, destoa das linhas principiológicas do novo Código de Processo Civil (art. 1º, §§ 2º e 3º do CPC). 5. É admissível a juntada de documentos novos, inclusive na fase recursal, desde que não se trate de documento indispensável à propositura da ação, inexistam má-fé na sua ocultação e seja observado o princípio do contraditório (art. 435 do CPC/2015) (REsp 1721700/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018) . 6. Recurso provido para determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem e o regular processamento do pedido de antecipação da prova pericial. (EMENTA 0012707-95.2016.8.08.0048 - TJES, Classe: Apelação, 048160114590, Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA, Órgão julgador:

¹¹ Sobre a possibilidade de ação de exibição de documentos como ação probatória autônoma. Informativo nº 0637. REsp 1.774.987-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, por unanimidade, julgado em 08/11/2018, DJe 13/11/2018. Destaque: É admissível o ajuizamento da ação de exibição de documentos, de forma autônoma, na vigência do novo CPC.

QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 25/06/2018, Data da Publicação no Diário: 05/07/2018).

Dentro dessa perspectiva autônoma da prova, esta autora entende que os poderes instrutórios do juiz são limitados em relação àqueles exercidos no processo em que se objetiva a declaração de um direito material, tal como abordado nos tópicos anteriores do presente trabalho. Ao julgador é possível a atuação judicial mais ativa apenas no sentido de possibilitar o alargamento do rol de medidas de instrução pelo juiz, desde que mantidos os limites fáticos estabelecidos pelas partes, para melhor investigá-los e registrá-los¹².

A valoração da prova é feita pelas partes, que são suas principais destinatárias, não se pretende que o juiz reconheça que os fatos foram provados, ou que o juiz certifique situações jurídicas decorrentes de fatos jurídicos. O que se busca, simplesmente, é uma decisão que reconheça que a prova foi colhida regularmente.

RESTRIÇÕES PREVISTAS NO ART. 382, § 4º, DO CPC/2015: DEFESA E RECURSO

Feitas as colocações sobre os aspectos processuais para o ajuizamento da demanda de produção antecipada de prova, cabe, neste espaço, a análise sobre o rito a ser seguido pelo magistrado, e as possíveis reações da parte requerida.

O artigo 382, § 1º do CPC afirma que deverá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, promover a citação dos interessados na produção da prova, salvo se inexistente o caráter contencioso.

Nota-se que enquanto o artigo 381 prevê, com fundamento no direito de ação, a possibilidade de o interessado produzir antecipadamente as provas que pretende, o artigo 382 § 1º, por sua vez, garante a citação dos interessados. Ou seja, o referido dispositivo foi inserido no ordenamento processual pelo legislador para, em tese, assegurar o direito de defesa.

Quanto ao tema, Humberto Theodoro Júnior assevera que o direito de resposta do réu é paralelo e simétrico ao direito de ação, na medida em que também representa um direito público subjetivo voltado contra o Estado (2017, p. 183). No contexto específico da produção antecipada de provas, a citação se destina, sobretudo, a assegurar a eficácia da prova perante aqueles em face dos quais foi proposta a medida (CARVALHO, 2018, p. 769).

Ocorre, contudo, que a própria legislação processual, em que pese ter previsto a citação do interessado, restringiu a sua participação ao vedar a apresentação de defesa ou recurso,

¹² “[...] a intervenção deve ser subsidiária e limitada aos fatos postos pelas partes, inclusive para que sejam preservadas a isonomia e a imparcialidade. Quanto a esse aspecto é irrelevante o fato de que o juiz que preside a antecipação da prova não ser, eventualmente, o mesmo juiz a valorá-la no processo declaratório. [...] O campo propício para a atuação oficial é a dos direitos indisponíveis e onde vigora a desigualdade substancial das partes. Fora daí, é mais prudente atribuir aos interessados o ônus de alegar o que requer” YARSHELL, F.L. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1041.

excetuando os casos em que houver o total indeferimento da produção da prova pleiteada. É o que dispõe o artigo 382, § 4º do CPC/2015.

Segundo Flávio Luiz Yarshell, andou mal o CPC de 2015 ao pretender restringir de forma supostamente absoluta a possibilidade de reação por parte do demandado. Afirma, ainda, que o referido dispositivo rompe com a lógica dos limites estabelecidos para a produção antecipada de prova – art. 382, § 3º - e defende se tratar de uma ideia antiquada que, inclusive, já havia sido suplantada pela jurisprudência durante a vigência do código anterior. (YARSELL, 2015, p. 1041).

Embora notória a contradição do texto legal, especificamente se analisado mediante interpretação conforme a Constituição Federal – art. 5º, LIV e LV –, os Tribunais vêm seguindo a tese de impossibilidade de defesa ou recurso, salvo na hipótese de indeferimento total da produção de prova. Nesse sentido:

RECURSO – APELAÇÃO - PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA À ALTERAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA – PROCEDIMENTO EM QUE SÓ SE ADMITE RECURSO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIR TOTALMENTE A PRODUÇÃO DA PROVA PLEITEADA PELO REQUERENTE – ART. 382, § 4º, DO CPC/15 – RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSP; Apelação 1009599-63.2016.8.26.0008; Relator (a): Paulo Roberto de Santana; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/03/2017; Data de Registro: 27/03/2017).

Desse modo, não obstante parte da doutrina pender para a necessidade de afastamento da interpretação literal do texto da lei (DIDIER, 2018 p. 169 e CARVALHO, 2018, p. 770), os tribunais vêm se manifestando pela impossibilidade de apresentação de defesa ou recurso, exceto na hipótese expressamente prevista em lei (indeferimento total da medida).

Por sua vez, Daniel Amorim Assumpção Neves nos recorda, todavia, que embora o CPC/2015 preveja a irrecorribilidade das decisões proferidas no bojo da ação autônoma probatória, havendo violação de direito líquido e certo, ainda resta ao interessado a possibilidade de se socorrer por meio de mandado de segurança (2016, p. 678).

Extrai-se, portanto, do texto legal que, quanto à possibilidade de interposição de recurso, havendo rejeição total do pedido, a sentença é recorrível por apelação – essa é, inclusive, a única possibilidade de recurso prevista em lei. Na hipótese, porém, de o juiz não admitir parte dos pedidos, ou seja, indeferir a produção de determinadas provas, a decisão será tomada por meio de decisão interlocutória contra a qual não caberia recurso.

Todavia, apesar de a produção antecipada de prova ser um procedimento simples, destinado à flexibilização procedimental, não se coaduna com o modelo constitucional de processo a vedação contida nos art. 382, § 4º, do CPC/2015 quanto à impossibilidade de apresentação de defesa pela parte demandada¹³, bem como a de interposição de recurso nos

¹³ Para Didier Jr., o “[...] processos de produção antecipada de prova, por restringir-se à produção da prova, é bem simples e, em razão dessa simplicidade, o contraditório realmente não poderia ter a extensão que costuma ter no procedimento comum. Mas daí a dizer, como o faz o § 4º, do art. 382, que neste

casos de indeferimento parcial, pela parte requerente, ou, pela parte demandada, nos casos em que o deferimento da medida viole direitos fundamentais concernentes, por exemplo, à intimidade, ao sigilo de correspondência e à privacidade de informações¹⁴. A leitura desses dispositivos requer uma interpretação conforme a constituição, a fim de que se preserve a paridade de armas e isonomia das partes relação processual, possibilitando a recorribilidade da decisão, seja por agravo de instrumento ou medida impugnativa autônoma¹⁵.

Dessa forma, embora existentes vedações legais, conclui-se que o direito de defesa deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela própria natureza do procedimento, assim como o de recorrer também deve ser exercido quando a decisão interlocutória indeferir parte do pedido, seja com fundamento no art. 1015, inciso II, do CPC/2015, seja com fundamento no recente entendimento do STJ acerca da taxatividade mitigada do rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, traçado pelo artigo 1.015 do CPC/2015¹⁶.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o Código de Processo Civil de 2015, ao normatizar em seus artigos 381 a 383 o procedimento de produção antecipada de prova sem a necessidade de demonstração de perigo do dano, reconheceu o direito autônomo à prova sem a necessidade de demonstração do requisito de urgência, conferindo ao interessado, tanto em caráter antecedente, quanto em caráter incidental, a possibilidade de requerer a admissibilidade de determinada providência de instrução, de busca e de investigação para o esclarecimento de fatos, desvinculadas de sua utilização em processos futuro.

A produção antecipada de prova tem por objetivo a investigação de fatos, a fim de que as partes possam avaliar a viabilidade do pleito principal e, por consequência, prevenir litígios, por meio da composição ou soluções adequadas de conflitos. O direito autônomo à prova, dentro desta concepção, aperfeiçoa-se não apenas ao escopo da jurisdição, mas também ao escopo social de pacificação dos conflitos pela solução da controvérsia, configurando, inclusive, caso bem recepcionado pela prática forense, um potencial redutor de litigiosidade.

Dessa forma, superando a ideia de ser a finalidade da prova destinada apenas à formação e ao convencimento do Juiz, o direito autônomo à prova prescinde de vinculação

procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar [...]. Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova". *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador, Bahia, Ed. Jus Podivum, 2018, v.2. p. 168-169.

¹⁴ Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381-383. In: *Breves Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1042.

¹⁵ A propósito, menciona-se as doutrinas de DIDIER JR., Fredie, 2018, p. 168-169, YARSHELL, Flávio Luiz, 2017, p. 1042 e MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, 2017, p. 318-319. TALAMINI, Eduardo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>>. Acesso em 01/10/2018.

¹⁶ REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520.

a um processo em que se discuta uma determinada situação de direito material. Destina-se às partes, fornecendo elementos indispensáveis para possam formar as suas convicções e avaliarem suas reais chances em juízo. O destinatário da prova, portanto, não é o juiz, mas sim as partes.

Observa-se, assim, que o procedimento rígido que possibilitava a produção antecipada de prova só nas hipóteses prevista no CPC/73 não se coaduna com as premissas constitucionais normativas do CPC/2015, que cristalizou o que se convencionou chamar de constitucionalização do processo. No cenário atual, merece destaque a observância do direito fundamental à prova, da sua dupla finalidade e da sua obtenção como elemento inseparável do processo justo, que é desenvolvido mediante o devido processo legal, o modelo cooperativo, o contraditório substancial, a inafastabilidade da jurisdição e a vedação à prova ilícita.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e a técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela antecipada. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Felix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: Direito Probatório. 3 ed. Salvador; Editora Juspodvm. 2018.
- CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua produção antecipada no novo código de processo civil. In: Direito Probatório. 3 ed. Salvador; Editora Juspodvm. 2018.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13 ed. Salvador: Juspudivm, 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. Revista da Escola Nacional da Magistratura. Brasília. v.2, n. 5, p. 22-27. 2008. Disponível em < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21448> > Acesso em 15 jan. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo cautelar. 6. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. 3 ed. Re., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- TALAMINI, Eduardo. Da produção antecipada da prova. In: Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. A produção antecipada de prova. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/DePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova>>. Acesso em 01/10/2018.

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 58 ed. Ver., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Processo Cautelar. 22ª ed. São Paulo: Leud, 2005.

_____. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58 ed.rev., atua. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VIEIRA, Christian Garcia. Asseguração de prova. São Paulo: Saraiva, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito de urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Comentários aos arts. 381-383. In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIREITO DE SUPERFÍCIE: ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO E UMA BREVE ANÁLISE NO ÂMBITO DA TUTELA EXECUTIVA

Renan Sena Silva¹

Resumo: O direito real de superfície é instituto de Direito Civil disciplinado, no plano legislativo, principalmente por dois Diplomas, quais sejam: o Estatuto da Cidade e o Código Civil de 2002, os quais conferem corpo às configurações materiais do instituto. De tais normas é possível se extrair os elementos essenciais do instituto, aqueles que não podem ser alterados sob pena de se incorrer sua desnaturação. Devido às suas características de âmbito do direito material, o Código de Processo Civil de 2015, na seara processual, prescreveu especificidades à tutela executiva que recair sobre a propriedade do solo ou sobre o implante. Tais norma se encontram positivadas nos seguintes dispositivos: (i) 791, *caput* e §1º; (ii) 799, *caput* e inciso V; e (iii) 804, §2º, todos do CPC/2015. Nesse sentido, a presente pesquisa busca analisar a relação entre as normas de direito material e as de direito processual, posto que os preceitos constantes no CPC/2015, que dispõem sobre a penhora do solo ou do implante, tem por base as características do direito real de superfície, pois é devido a tipicidade do instituto que se justificam as proteções recebidas na seara processual, em sede de tutela executiva.

Palavras-chave: Direito de Superfície; Estatuto da Cidade; Código Civil; Código de Processo Civil de 2015; Tutela Executiva.

INTRODUÇÃO

O direito, no sentido de ordenamento jurídico, é um sistema o qual, apesar de não poder ser decomposto e de ter carácter eminentemente unitário (CARVALHO, 2011, p. 45, 46), comporta diversas classificações e divisões didáticas. Tais classificações, muitas vezes, levam ao intérprete e construtor da norma jurídica a uma melhor compreensão, sistematização e aplicação dos institutos jurídicos.

Nesse contexto, surge como uma das divisões feitas ao sistema jurídico os direitos subjetivos patrimoniais, os quais, por sua vez, classificam-se em direitos obrigacionais e direitos reais (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 11). Estes últimos podem ser conceituados, nas palavras de Flávio Tartuce (2015, p. 5), “como sendo as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis, tendo como fundamento principal o conceito de propriedade, seja ela plena ou restrita”. Tais direitos possuem diversas características

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Currículo Lattes, disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/0825280441391252>>. E-mail: rensenasilva@gmail.com.

em comum, tais como a taxatividade, tipicidade, oponibilidade *erga omnes*, dentre outros (GONÇALVES, 2012, p. 30-38).

Os direitos reais podem ser classificados, conforme Schreiber (2018, p. 681) em: (a) sobre coisa própria (ilimitado) e (b) sobre coisa alheia (limitado). Os que se enquadram na segunda categoria possuem “limites de conteúdo inferiores ao conteúdo do direito de domínio” (MIRANDA, 2012), ainda, podem ser desmembrado em duas grandes categorias, (i) os direitos reais limitados de garantia e (ii) os direitos reais limitados de gozo ou fruição (SANTA MARIA, 1993, p. 28).

Um dos direitos reais limitados de gozo ou fruição, e objeto da presente pesquisa, é o direito real de superfície, o qual é disciplinado, no plano legislativo, principalmente por dois diplomas, quais sejam: o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001) e o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

No presente artigo não se pretende esgotar o tema da superfície, mas apresentá-lo em linhas gerais e realizar um apontamento do instituto quando a propriedade do solo ou a superfície forem alvos de uma tutela executiva, especialmente no que tange ao procedimento implementado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Desta feita, com a finalidade de explorar o objeto em estudo, (i) realiza-se uma investigação histórica do instituto; (ii) apresenta-se o conceito da superfície; (iii) explicita-se as questões relativas a taxatividade e tipicidade do instituto; (iv) descreve-se suas principais características, bem como as possibilidades de usos na atualidade; (v) investiga-se o microsistema desse direito real; (vi) faz-se os apontamentos do direito de superfície no âmbito da tutela executiva; e, por derradeiro, apresenta-se um breve fechamento da presente investigação.

BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO INSTITUTO

Quanto ao aspecto histórico direito de superfície, em apertada síntese, quadra esclarecer que sua origem e desenvolvimento remonta ao direito romano (MAZZEI, 2015, p. 341; TARTUCE, 2015, p. 341), no qual, em seu período pré-clássico e clássico, não era concebido como um direito real (DERBLY, 2003, p. 741-757; MELO, 2003, p. 222). Tal inexistência pode ser, ao menos em parte, creditada à forte incidência do princípio do *superficies solo cedit*, pelo qual não se dissociava o solo do que lhe era incorporado, pertencendo, ambos, com pleno domínio, ao *dominus* (MAZZEI, 2013, p. 25-27).

Com o desenvolvimento do direito romano, percebe-se que, ainda no período clássico (MELO, 2003, p. 222), concessões do solo começaram a ser feitas, pelo Poder Público, de modo que outros pudessem utilizá-lo, tornando-o, de algum modo, produtivo. (MAZZEI, 2012, p. 443; GONÇALVES, 2012, p. 443). Entretanto, o concessionário era detentor de um direito pessoal, não sendo protegido como direito real (MELO, 2003, p. 222). Somente após um longo desenvolvimento histórico, sobretudo pela necessidade de conferir maior proteção

àquele que, apesar de não ser proprietário, utilizava o solo de modo produtivo, o instituto da superfície surgiu com *status* de direito real (MAZZEI, 2013, p. 32, 33; MELO, 2003, p. 222).

Em um salto histórico, nota-se que na Idade Média, o instituto, que fora utilizado pela Igreja Católica (MAZZEI, 2013, p. 38-39), ganhou influxos germânicos, passando-se a valorizar mais a atividade daquele que trabalhando, construindo, edificando sobre solo, tornava-o produtivo (MAZZEI, 2013, p. 33). Desse modo, visto que a valorização, ao contrário do que ocorria no direito romano, era ao labor realizado, o princípio do *superficies solo cedit* foi derogado, “uma vez que não se examinava a ascensão como parte do solo, advinda de um implante naquele, mas como um bem com forte independência” (MAZZEI, 2013, p. 40).

Há que se ressaltar ainda, entretanto, que “as modificações introduzidas a partir do direito intermédio, notadamente pelo sistema feudal, converteram o direito de superfície em um instrumento de opressão e abusos” (MAZZEI, 2013, p. 44). Os abusos cometidos ensejaram no banimento do instituto durante a Revolução Francesa, “restaurando a unidade do *ius proprietatis* na pessoa do *dominus soli*” (MAZZEI, 2013, p. 44).

No Brasil, a análise histórica do instituto perpassa diversos diplomas, desde o descobrimento das terras brasileiras, com a aplicação das legislações lusitanas, até à promulgação do Código Civil de 2002 (MAZZEI, 2013, p. 99-119). Entretanto, importa, para o desenvolvimento do presente trabalho, a análise do instituto a partir do Código Civil de 1916, passando-se pela Constituição da República de 1988, o Estatuto da Cidade e o Código de 2002.

O instituto da superfície, “banido do ordenamento jurídico brasileiro em 1864” (MELO, 2003, p. 221), não foi elencado pelo Código Civil de 1916, sendo eliminado do Projeto de Código Civil Revisto, pois os legisladores, no âmbito da Câmara dos Deputados, não perceberam a utilidade em prescrevê-lo no ordenamento jurídico brasileiro (MAZZEI, 2013, p. 44). Na codificação de 1916 o instituto similar que fora previsto era a enfiteuse.

O retorno do direito de superfície, como direito real no Brasil, somente ocorreu com a promulgação do Estatuto da Cidade e, logo em seguida, com o atual Código Civil. Tal restauração do instituto “é vista com bons olhos em razão do seu amplo espectro social como mais um instrumento para auxiliar a reforma urbana e agrária, de forma mais consentânea com a função social da propriedade, a livre iniciativa e o valor do trabalho” (MELO, 2003, p. 221). Verifica-se, desse modo, que a reintrodução da superfície, de certo modo, visa o atendimento à disciplina da propriedade no que tange aos vetores constitucionais, previstos pela Constituição da República de 1988.

GENERALIDADES DO INSTITUTO

Após realizada a breve exposição histórica do instituto, faz-se necessário, neste ínterim, apresentar as questões gerais da superfície, a começar por apresentar o seu conceito.

Conceito do direito de superfície

De plano, acerca do direito de superfície, quadra salientar, conforme o faz Rodrigo Mazzei, que não há uniformidade na conceituação do instituto pelos doutrinadores (MAZZEI, 2013, p. 44). Para Marco Aurélio Bezerra de Melo (2003, p. 220-221),

A propriedade superficiária é um direito real sobre a coisa alheia de gozo ou fruição que permite o desdobramento dos poderes inerentes à propriedade, na medida em que uma pessoa exerce os poderes de uso e fruição no tocante à edificação ou plantação em terreno alheio e ainda a propriedade resolúvel sobre a coisa incorporada ao solo de outrem.

Pode-se depreender que Rodrigo Serra Pereira (2016, p. 5), a seu turno, identifica que por um ângulo, o da edificação ou a plantação, o superficiário teria verdadeira propriedade; de outro prisma, pelo ângulo do solo e seu proprietário, o superficiário teria "direito real limitado de gozo sobre coisa alheia".

Rodrigo Mazzei (2013, p. 266) conceitua o direito de superfície "como *direito real complexo e autônomo, de ter temporariamente construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao seu titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre o(s) implante(s).*" Verifica-se, destarte, que tal conceito apresenta certa diferença em relação ao elaborado por Rodrigo Pereira, o qual conceitua o instituto por meio de cisão, descrevendo pelos ângulos dos titulares do direito real que envolvem a relação jurídica com a coisa. Mazzei, de outro modo, apresenta um conceito ao instituto de modo uno, com foco no poder conferido ao titular de realizar implante em solo alheio.

Verifica-se, em todos os conceitos aqui apresentados, que do próprio conceito do instituto decorre a necessidade de um implante em solo cuja propriedade pertence a outro sujeito de direito. Portanto, faz-se mister compreender o direito real de propriedade para adequada compreensão do direito de superfície.

Sobre a definição do direito de propriedade Marco Aurélio de Melo (2003, p. 44) enuncia:

É possível definir a propriedade de forma sintética pelos seus elementos intrínsecos e extrínsecos, como sendo o poder de senhoria que uma pessoa exerce sobre uma coisa, dela excluindo qualquer ingerência de terceiros, assim como definir propriedade apontando as suas características e sob este prisma a propriedade é um direito subjetivo, absoluto, elástico, perpétuo, complexo e ilimitado, pelo qual uma pessoa submete uma coisa corpórea ou incorpórea à sua vontade.

Em regra, por disposição do art. 1.229 do Código Civil de 2002, é abrangido pelo proprietário do solo o "espaço aéreo e subsolo correspondentes [...]", vedando-se, na parte final do dispositivo em análise, que o proprietário se oponha ao que for empreendido "em altura e profundidades tais, que não tenha ele interesse" (MELO, 2003, p. 48). Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo (2003, p. 48) delimita-se, por tal dispositivo,

a extensão vertical do proprietário que segundo os romanos podia ser exercido ad sidera et ad íferos, mas deve ser interpretada sistematicamente com os arts. 20, IX e X, e 176 da CRFB e art. 1.230 do Código Civil, sob pena do cometimento de grave equívoco, pois à luz do texto constitucional, o subsolo pertence à união Federal e não ao proprietário do solo.

Nesse ínterim, é válido mencionar que Lucas Abreu Barroso (2012, 198), ao realizar uma análise sistemática de normas conflitantes em nosso ordenamento jurídico, conclui, diversamente da posição anterior, que:

Como regra, a propriedade do solo é privada, podendo eventualmente ser pública (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios). Nos termos do art. 1.229 do Código Civil, a propriedade do solo abrange a do subsolo correspondente. Porém, a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais.

Ademais, verifica-se a necessidade de adequação da utilização do terreno às normas municipais para a utilização do solo. Portanto, a propriedade não é um direito que pode ser exercido de modo plenamente ilimitado, tal como entendiam os romanos, pois sofre restrições decorrentes da constituição, das leis, e ainda, pode ser restringida por negócios jurídicos celebrados entre o proprietário e terceiros (MELO, 2003, p. 50). Desse modo, é possível exemplificar a limitação convencional, pela possibilidade conferida ao proprietário de gravar sua propriedade com os direitos reais sobre coisa alheia, tendo-se em vista que uma das características da propriedade é a sua elasticidade (MELO, 2003, p. 50, 51).

A classificação do direito real de superfície como um direito real sobre coisa alheia, desta sorte, decorre de seu conceito, de sua natureza jurídica e de seus elementos essenciais, sua tipicidade, tema que será explorado no próximo tópico.

A taxatividade e a tipicidade do instituto

Os direitos reais são taxativos, de modo que, nas palavras de Marco Aurélio de Melo, (2003, p. 37) "Somente a lei pode constituir direito real, tendo em vista que a taxatividade o caracteriza".

O rol de direitos reais contidos no Código Civil de 1916 sofreu alterações em relação ao previsto no Código Civil em vigor, com a supressão das rendas expressamente constituídas sobre imóveis e da enfiteuse e a previsão do direito do promitente comprador do imóvel (art. 1.225, VII do CC/02) e do direito de superfície (art. 1.225, II do CC/02), conforme elucidada Marco Aurélio de Melo (2003, p. 37). O rol, desde sua promulgação, passou por alterações, responsáveis por aumentá-lo, de modo que atualmente estão previstos treze direitos reais:

Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso; e XIII - a laje.

Somente os direitos previstos em lei como direitos reais, realmente os são; não podendo serem criados por atos de disposição das partes, tendo-se em vista a taxatividade dos direitos reais. Deve-se ter em mente, ainda, que taxatividade e tipicidade não se confundem, apesar de determinados autores apresentarem diferentes concepções sobre o tema.²

A taxatividade se refere à necessidade dos direitos reais estarem previstos em lei. A tipicidade se refere à necessidade de observância dos elementos essenciais, característicos do instituto, não permitindo-se que as partes desnaturem o direito real por convenção. Nesse sentido, Santa Maria (1993, p. 27) afirma que os direitos reais, "São pois figuras de tipos predeterminados, não passíveis de larga criatividade como acontece com os direitos das obrigações".

Apenas para fins didáticos, em um comparativo com o direito penal, tem-se que somente é crime o que assim for definido por lei (taxatividade), e, quando se adentra à previsão legal, taxativa, encontra-se o tipo penal, pelo qual são descritos os elementos do delito criminoso (tipicidade); sendo que, estando ausente qualquer elemento essencial da previsão do crime, ou seja, não sendo preenchido o tipo penal, não há que se falar em sua consumação.

No mesmo sentido do que vem sendo exposto, Bruno Dantas (2018, p. 458) identifica que "a tipicidade não decorre da taxatividade, mas sim da descrição da situação jurídica e do regime real".

Destarte, compreende-se que pela previsão do direito de superfície no art. 1.225 do Código Civil vigente e no Estatuto da Cidade, vislumbra-se a sua taxatividade, e pela análise dos seus elementos característicos, essenciais, compreende-se a sua tipicidade.

O direito de superfície e o microsistema da função social

Como já mencionado, para que seja possível extrair a tipicidade do instituto, deve-se estar atento para os seus elementos característicos, conceituais e previstos em lei. No âmbito do direito de superfície, entretanto, para se extrair os elementos essenciais do instituto, deve ser levado em conta que sua disciplina não se encontra apenas na previsão conferida pelo Código Civil de 2002, o instituto também é disciplinado pelo Estatuto da Cidade.

Sobre este aspecto, é válido citar o enunciado 93 da I Jornada de Direito Civil do CJF, o qual diz que "As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano".

Sobre a dupla regulamentação do instituto, Mazzei e Marques (2017, p. 186) afirmam que:

A análise comparativa indica que, em alguns momentos, os referidos diplomas adotam postura diversa, remetendo o direito de superfície para ambiente de algum conflito, já que permite o florescimento de interpretações variadas, à míngua de catalogação legal mais ampla e clara que poderia ter sido feita com

² Sobre o modo diverso de compreender o tema, conferir: SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 678-680.

amparo no direito estrangeiro, que possui mais tradição na aplicação do instituto.

Apesar de haver divergências facilmente percebidas em uma análise comparativa de ambos os diplomas, Nery Junior e Andrade Nery (2012, p. 1231) aduzem que o Estatuto da Cidade, o qual prevê a superfície urbana, “inspirou-se no Projeto de CC, seguindo-lhe toda a estrutura”. Para os autores, pelo princípio da especialidade, em caso de conflito das regras de ambos os diplomas, no caso da superfície urbana, deve-se-lhe aplicar a regra prevista no Estatuto da Cidade.

Para Mazzei (2013, p. 217), o Estatuto em tela e a Codificação vigente, compõem, juntamente com diversas outras leis, um “grupo multifacetário e sistêmico de normas para a aplicação e proteção da *função social da propriedade*”.

Portanto, imperioso destacar essa dupla disciplina a que o direito real de superfície se submete, percebendo-se que ambos os diplomas alimentam-se reciprocamente, para que seja possível o atendimento ao corolário da função social da propriedade (MAZZEI, 2013, p. 215).

As principais características do direito de superfície

Como características essenciais do direito da superfície, tendo como base as lições de Rodrigo Mazzei (2013, 255-264), elenca-se, além do que já foi apresentado conceitualmente sobre o direito real em apreço, quatro elementos que correspondem à tipicidade, a saber: (i) “direito real (exclusivamente) imobiliário”; (ii) “de natureza temporária”; (iii) transmissível; e (iv) “instrumento de funcionalização da propriedade”.

Pelo primeiro aspecto tem-se que o instituto somente é possível para imóveis. Quanto à natureza temporária, significa dizer que deve ser limitada, não sendo perpétua, tal como era a enfiteuse; ainda que o Estatuto da Cidade prescreva a possibilidade da concessão ser por prazo indeterminado. Pelo terceiro aspecto, depreende-se, que não se trata de direito personalíssimo, mas que pode ser livremente transmissível, tanto por ato *inter vivos*, como *causa mortis*; vedando-se, ao cedente, qualquer tipo de cobrança pela transmissão, ainda que deve ser levado em conta seu direito de preferência. Pelo quarto aspecto, verifica-se, por fim, “que o direito de superfície estará sempre atrelado a alguma forma de *funcionalizar* o imóvel, agregando-lhe acessões e/ou benfeitorias, ou, de outra banda, *conservando os implantes já existentes*” (MAZZEI, 2013, p. 260).

Além das características conceituais e das quatro características apresentadas, todos os aspectos do instituto, prescritos em lei, são de observância obrigatória, sob pena de se desnaturá-lo, o que não pode ser feito para que a tipicidade não seja ofendida.

A autonomia da vontade somente poderá atuar naquilo que não contrariar os aspectos legais do instituto, pois, como já mencionado, em sede de direitos reais há uma menor possibilidade criativa entre as partes, que terão que seguir o gabarito, a matriz legal do instituto.

Nesse sentido, apresenta-se, a seguir, um quadro, pela qual se descreve, em sucinta análise, a configuração legal do instituto em tela.

Quadro 1 - Análise comparativa da disciplina legal do direito de superfície

CÓDIGO CIVIL TÍTULO IV- Da Superfície	ESTATUTO DA CIDADE Seção VII -Do direito de superfície	Comentário
Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.	Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.	Em ambos os diplomas está prevista a necessidade do registro, tendo-se em vista a necessidade da publicidade, inerente aos direitos reais. O fato de poder ser por tempo indeterminado, não lhe permite ser perpétuo.
Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.	§ 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.	O uso do subsolo, em qualquer que seja o diploma, deve observar-se à disciplina que lhe conferir a legislação. Ademais, as obras do subsolo, no caso do Código Civil, somente está autorizada quando for intrínseca ao objeto da superfície.
Art. 1.370. A concessão da superfície será gratuita ou onerosa; se onerosa, estipularão as partes se o pagamento será feito de uma só vez, ou parceladamente.	§ 2º A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa.	A superfície pode ser pactuada de modo gratuito ou oneroso, a depender da autonomia da vontade.
Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.	§ 3º O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.	Em tais dispositivos, prevê-se a responsabilidade tributária do superficiário. É válido mencionar o Enunciado 94 da I Jornada de Direito Civil, o qual diz que "As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície"; desse modo, entende-se que a incidência tributária, permitindo a atuação da autonomia da vontade, não se consubstancia como elemento essencial do instituto.

*continua.

<p>Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros.</p>	<p>§ 4º O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo. § 5º Por morte do superficiário, os seus direitos transmitem-se a seus herdeiros.</p>	<p>Tais dispositivos dispõem sobre a transmissibilidade da superfície. Para além da alienação, verifica-se ampla possibilidade do superficiário de gravar com ônus o implante realizado, dispondo o Enunciado 249 do CJF, na III Jornada de Direito Civil, que "A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474".</p>
<p>Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência</p>		<p>Apesar de tal regra está expressamente prevista apenas no Código Civil, deverá ser aplicada, tal proibição, também nas superfícies urbana, devido ao microsistema da função social..</p>
<p>Art. 1.373. Em caso de alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário tem direito de preferência, em igualdade de condições.</p>	<p>Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.</p>	<p>Esses artigos tratam do direito de preferência, tanto do proprietário do solo, quanto do superficiário. É válido fazer menção ao enunciado nº 510, do CJF, aprovado na V Jornada de Direito Civil, o qual enuncia: "Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço".</p>
	<p>Art. 23. Extingue-se o direito de superfície: I – pelo advento do termo; II – pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.</p>	<p>Apesar de tal regra está prevista, expressamente, somente no Estatuto da Cidade, deverá ser aplicada à qualquer superfície, devido ao microsistema da função social.</p>
<p>Art. 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário.</p>	<p>Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.</p>	<p>Os dispositivos tratam da resolutividade da propriedade superficiária, uma vez que o implante, extinta à superfície, passará ao pleno domínio do proprietário do solo. Confere-se a liberdade de em contrato ser estipulada indenização ao superficiário.</p>

*continua.

Art. 1.374. Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida.	§ 1º Antes do termo final do contrato, extinguir-se-á o direito de superfície se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual for concedida.	Tratam-se, tais dispositivos, de possibilidade de extinção que se adequa ao vetor constitucional da função social, inerente ao instituto.
	§ 2º A extinção do direito de superfície será averbada no cartório de registro de imóveis.	Apesar de tal regra está prevista, expressamente, somente no Estatuto da Cidade, deverá ser aplicada à qualquer superfície, devido ao microsistema da função social e em observância à publicidade.
Art. 1.376. No caso de extinção do direito de superfície em consequência de desapropriação, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário, no valor correspondente ao direito real de cada um.		Apesar de tal regra está expressamente prevista apenas no Código Civil, deverá ser aplicada, tal proibição, também nas superfícies urbana, devido ao microsistema da função social. Cabe destacar o enunciado nº 322, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do CJP, o qual aduz que "O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (art. 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário".
Art. 1.377. O direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial.		Apesar de tal regra está expressamente prevista apenas no Código Civil, deverá ser aplicada, tal proibição, também nas superfícies urbana, devido ao microsistema da função social..

Fonte: Elaboração do autor.

De tais dispositivos extrai-se os elementos essenciais do instituto, os quais não podem ser alterados sob pena de se incorrer em desnaturação, dos quais destaca-se: (i) concessão gratuita ou onerosa do solo para realiza o ou conserva o de implante; (ii) a necessidade de registro; (iii) a alienabilidade e transmissibilidade hereditária da superfície; (iv) direito de preferência do proprietário do solo e do superficiário em caso de aliena o; (v) a propriedade plena do imóvel, quando extinta a concessão; e (vi) obriga o do superficiário de dar a destina o ao imóvel conforme entabulado.

Extraídas as principais características do instituto, pode-se realizar uma sucinta análise das possibilidades de uso do instituto na atualidade.

As possibilidades de usos na atualidade: um meio de funcionalização da propriedade

Pelo aspecto de funcionalização da propriedade diversas são as possibilidades de uso na atualidade. Breno Dias Sena (2005, p. 200) compreende o instituto como um “instrumento de uma nova formulação do uso racional e social do solo urbano e rural, visando a aplicação do princípio constitucional da função social da propriedade”. O autor, em sede de conclusão, aduz que: “O proprietário de imóveis, que não tenha interesse em dar aos mesmos nenhum tipo de utilização, pode-se valer do direito de superfície, fazendo com que sua propriedade tenha uma destinação social” (SENA, 2005, p. 209).

É por essa ampla possibilidade do instituto de conferir uma destinação social aos imóveis, inclusive com a possibilidade de o proprietário poder exigir do superficiário no que tange à realização do implante e a utilização adequada do solo, que Mazzei (2013, p. 264) identifica o aspecto da funcionalização da propriedade.

Como já mencionado, há uma ampla possibilidade de utilização do instituto, podendo-se utilizar do objeto da concessão da superfície para demonstrar sua utilidade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 516), identificam como exemplo de utilização do instituto real em para a construção de um *Shopping Center*. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 445) identifica, por sua vez, vislumbra a possibilidade de que

o proprietário de um terreno localizado na zona central, próprio para a edificação de um prédio de escritórios, mas que deseja investir na construção e montagem de uma indústria, pode permutar o uso do solo de seu imóvel com o de um terreno localizado na periferia da cidade cujo proprietário tem interesse em construir um prédio de escritórios.

Assim, considerando à abertura do tipo no que se refere ao tipo de implante que pode ser realizado em sede da concessão, percebe-se, consoante as lições de Rodrigo Mazzei, que quanto ao tipo da concessão, pode-se classificá-la em: (i) concessão de superfície vegetal, que se refere a utilização do instituto para o plantio, pode-se, inclusive a concessão ser feita para efetuar benfeitorias a uma plantação pré-existente (MAZZEI, 2013, p. 310-315); (ii) concessão para construção, utilizado para construção ou a realização de benfeitorias a bem imóvel já edificado, e não sendo, necessariamente, a construção de um prédio (MAZZEI, 2013, p. 315-318); (iii) concessão mista, quando a superfície se destina tanto à plantação como à construção de bem imóvel (MAZZEI, 2013, p. 318-319); e (iv) a concessão especial, que são as superfícies destinadas a implantes os quais, apesar de não se enquadrarem nas possibilidades anteriores, congreguem três elementos: “a) tratar-se de coisa que possa ser individualizada; b) ter função própria; c) esteja crava em imóvel pertencente a outrem, na qualidade de proprietário” (MAZZEI, 2013, p. 320).

Portanto, diante da grande possibilidade de utilização do instituto, deve-se destinar à concessão conforme o(s) interesse(s) das partes, sendo que o objeto da concessão é alvo de uma grande margem de liberdade concedida pelo legislador, a fim de que as partes possam

livremente acordar qual será a natureza da ascensão que melhor garantirá o cumprimento do comando da função social da propriedade.

Ao se perscrutar o instituto pelo viés da funcionalização da propriedade, faz-se mister mencionar dois enunciados, aprovados em Jornadas de Direito Civil do CJF. O enunciado nº 250, da III Jornada de Direito Civil, diz que "Admite-se a constituição do direito de superfície por cisão"; e o enunciado nº 568, da VI Jornada de Direito Civil, elucida que

O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística.

Verifica-se, da análise de tais enunciados, que ambos são ampliativos no que diz respeito às possibilidades de uso do instituto, visando, desse modo, que a propriedade assuma a função social, para a qual é constitucionalmente direcionada.

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ÂMBITO DA TUTELA EXECUTIVA

Estabelecido todo o arcabouço conceitual e teórico do instituto, já realizado, pode-se investigar a tutela executiva, para se analisar o procedimento de realização da penhora envolvendo o direito de superfície.

Atos executivos: questões gerais

O direito tem por objetivo regular a conduta humana, essencialmente em suas relações intersubjetivas. Desse modo, além de prescrever regras de observância obrigatória, também atua de forma cogente, para que as normas prescritas sejam efetivamente cumpridas, quer o destinatário da norma queira, quer não.

Assim, considerando que na sociedade ocorrem divergências intersubjetivas, muitas vezes se percebe a ocorrência de conflitos de interesses e de pretensões resistidas. Desse modo, Marinoni e Arenhart (2008, p. 31) afirmam que:

Como a insatisfação de um interesse - principalmente quando essa insatisfação decorre da resistência de alguém - pode gerar tensão aos contendores e até mesmo tensão social, é importante que os conflitos sejam eliminados e seja encontrada a paz social, escopo do Estado.

Existem, para tanto, diversas maneiras de tratamento das controvérsias, especialmente no contexto da Justiça Multiportas,³ sejam de ordem autocompositiva ou heterocompositiva,

³ Para Helio Antunes Carlos (2017, p. 52), "Um modelo de Justiça Multiportas deve considerar a multiplicidade de portas para a solução do conflito, de sorte que o ajuizamento de uma ação perante o Poder Judiciário se apresenta apenas como uma das portas disponíveis. A noção de Justiça Multiportas deve considerar o

nas quais se inclui a atividade jurisdicional estatal. Nota-se, nesse sentido, importante dicção de Marinoni e Arenhart (2008, p 32, 34), os quais aduzem que

O que importa deixar claro, porém, é que o direito processual preocupa-se com formas aptas a propiciar real e efetiva solução dos conflitos, os quais são absolutamente inerentes à vida em sociedade. [...] O direito de acesso à justiça, portanto, garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer de modo integral o direito material.

Dos provimentos jurisdicionais, os quais materializam a prestação jurisdicional, que podem ser subdivididos em cinco espécies, segundo a classificação quinária defendida por Pontes de Miranda (BRONZATTO, 2006, 72); destaca-se, para o presente trabalho, o provimento em sede de tutela executiva *lato sensu*, nas quais o Estado, em sub-rogação, busca por termo à crise de inadimplemento.

Nota-se, na sistemática processual pátria, que os atos executivos são desenvolvidos em sede da ação de execução ou na fase de cumprimento de sentença. Assim, é necessária a compreensão do conceito de execução, para que se possa prosseguir. Alexandre Novelli Bronzatto (2006, p. 78, 79), em síntese, compreende que

são três, basicamente, os conceitos processuais de *execução*. O primeiro, mais amplo, abrange toda e qualquer atividade jurisdicional voltada para alteração no mundo empírico, seja ela de cunho satisfativo ou não. Um pouco menos abrangente é o conceito que restringe a execução apenas às atividades satisfativas, deixando de lado atividade de cunho eminentemente cautelar. E, finalmente, há o conceito restrito de execução, como atividade jurisdicional em que o Estado retira bem do patrimônio do devedor e o coloca no patrimônio do credor (execução por sub-rogação).

Importa, para o deslinde desta investigação, a terceira concepção, a qual, estará presente, conforme mencionado, tanto na fase de cumprimento de sentença, que ocorre após a fase de conhecimento, tanto na ação de execução de título extrajudicial.

Evidenciando a importância da satisfação dos interesses inadimplidos, o Código de Processo Civil de 2015, no art. 4º, enuncia: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". Verifica-se, então, que na sistemática processual, a qual visa a solução integral do mérito, é imprescindível a satisfação do titular do direito lesado.

Em resumo, pode-se dizer que quando ocorre a inadimplência de uma obrigação, seja de ordem legal ou contratual, surge a responsabilidade de repará-la. E quando não ocorrer

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". Nessa mesma linha, Belei, Silva e Dutra (2017, p. 533) compreendem que: "A ideia de uma justiça multiportas remete a uma noção de que o Estado, pela atividade jurisdicional estatal, promovida pelo Poder Judiciário, não é a única opção das partes em conflito para a pacificação social, prevendo outras possibilidades de tratamento para as divergências".

o adimplemento de modo voluntário, dá-se azo à tutela executiva, meio pelo qual o Estado, atuando de modo cogente, em sub-rogação, faz cumprir a obrigação do devedor.

De forma precisa, sobre o fenômeno do inadimplemento, Marcelo Abelha Rodrigues (2016, p. 73) aduz que:

No tocante às crises de descumprimento (adimplemento), cuja solução que o processo visa impor é justamente o cumprimento ou o adimplemento, existem diferentes tipos de provimentos, que variarão de acordo com o tipo de situação jurídica subjetiva descumprida. A crise tem fim quando o adimplemento é alcançado, seja por ato forçado do devedor, seja por ato sub-rogação imposto pelo Estado. É a execução que debela este tipo de crise, se e quando o devedor não cumpre a obrigação revelada na sentença ou no título executivo extrajudicial.

Tomando como base a afirmativa de que somente o adimplemento põe termo à crise em tela, deve-se esclarecer que tanto Código Civil de 2002 quanto o Código de Processo Civil de 2015, dispõe sobre a responsabilidade patrimonial do devedor. O art. 391 do CC/2002, dispõe: "Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor". Semelhantemente, o art. 789 do CPC prescreve que "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei".

Dentro do arcabouço patrimonial do devedor se insere a titularidade de direitos reais, os quais poderão ser penhorados a fim de promover a quitação do saldo exequendo. Destarte, faz-se necessária a compreensão, ainda que de forma sucinta, o que consiste a expropriação judicial, para que se possa compreender a penhora realizada à titularidade de bem, inserido no contexto do direito real de superfície,

Expropriação judicial: generalidades

A expropriação é o ato que visa a satisfação do exequente, seja, a transferência da titularidade do bem devido à quem é devido, consistindo em três espécies: (i) adjudicação; (ii) alienação; e (iii) apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou estabelecimento e de outros bens, conforme dispõe o art. 825 do CPC/2015. Quando o bem não é dinheiro, para chegar-se à expropriação é necessário transpor dois atos executivos instrumentais, quais sejam, a penhora e a avaliação (RODRIGUES, 2015, p. 90).

Abelha Rodrigues (2015, p. 91) aduz que

a penhora é o primeiro ato de execução forçada quando se requer o pagamento de quantia, e tem o papel importantíssimo de identificar o bem que será expropriado, fazendo com que sobre ele incida a responsabilidade executiva.

A avaliação, por sua vez, é o ato que visa a quantificar o valor do bem penhorado, para que se proceda a expropriação, em favor do exequente.

Fixadas tais premissa, quadra descrever a peculiaridade no procedimento executivo de bens que envolve o direito de superfície.

Procedimento de penhora do solo ou do implante: influxos do direito material no direito processual

Verifica-se que o ordenamento jurídico, o qual é uno, como já mencionado, é composto por diversos diplomas normativos, os quais visam disciplinar as relações jurídicas. Nesse sentido, é necessária a percepção de que, a despeito do instituto da superfície ser um direito material, o procedimento de expropriação judicial do solo ou do implante corresponde a aspecto de direito processual.

Desse modo, considerando a promulgação do CPC/2015, deve-se estar atento para a disciplina das execuções que tangenciam o instituto, tendo-se em vista que as normas processuais devem ser conjugadas com as normas de direito material do instituto.

Primeiramente, quadra salientar que a responsabilidade patrimonial do superficiário, somente atingirá o implante realizado, bem como a responsabilidade patrimonial do proprietário, somente incidirá sobre o solo. Nesse ponto, é elucidativo o teor do enunciado de nº 321 da IV Jornada de Direito Civil, do CJP, *in verbis*,

Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel.

Ponte de Miranda (2012, p. 241-242), que não foi contemporâneo à possibilidade de instituição do direito real de superfície pelo ordenamento pátrio, já entendia, quanto ao instituto próximo existente à época, a enfiteuse, que diante da execução de dívidas, que a execução do enfiteuta somente abarcaria o seu direito real, não respondendo o proprietário do solo. Ademais, o autor ressalta que o proprietário do solo teria direito de preferência em se tratando de execução de enfiteuta, e que o enfiteuta teria direito de preferência em relação ao sub enfiteuta. Tal entendimento foi incorporado ao CPC/2015, sendo aplicado ao direito de superfície, como se pode extrair dos dispositivos legais.

Assim, nota-se que a previsão do art. 791, *caput* e §1º, decorre do direito material, enunciado que:

Se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou a plantação, no segundo caso.

§ 1º Os atos de constrição a que se refere o caput serão averbados separadamente

na matrícula do imóvel, com a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o oficial destacar o bem que responde pela dívida, se o terreno, a construção ou a plantaço, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e pelas obrigações que a eles estão vinculadas.

Para Marcelo Abelha Rodrigues (2015, p. 14), por tais dispositivos

A intenção do legislador foi deixar claro que os patrimônios do superficiário e do proprietário do terreno são distintos, de forma que a dívida do superficiário não pode extrapolar o direito real de superfície e tampouco a dívida do proprietário do terreno pode atingir o direito real de superfície, tendo que se ter todas as cautelas em relação à individualização de cada uma quando da averbação dos atos de construção.

Mazzei (2014, p. 18) compreende, no que tange ao art. 791 do CPC/2015 (correspondente ao 807 do projeto por ele analisado), que por tal previsão é promovido um

ambiente de segurança para a feitura de concessões superficiárias, na medida em que estabelece que se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado.

Nota-se, ainda, dois principais pontos de especificidade, quando a execução envolver bem em sede de direito de superfície: (i) necessidade de intimação do superficiário ou concessionário e (ii) ausência de eficácia da alienação, quando não ocorrer a intimação,

Verifica-se que é o direito de preferência (direito material), que justifica a previsão do diploma processual da necessidade de intimação do superficiário, nos seguintes termos do art. 799, *caput* e inciso V:

Incumbe ainda ao exequente:

V - requerer a intimação do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão.

Ademais é o que consubstancia a ausência de eficácia da alienação prevista no art. 804, §2º do CPC;2015, *in verbis*:

Art. 804. A alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será ineficaz em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado.

§ 2º A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído direito de superfície, seja do solo, da plantaço ou da construção, será ineficaz em relação ao concedente ou ao concessionário não intimado.

Verifica-se, portanto, a partir de tal análise que as normas processuais em relação à penhora do solo ou do implante, tem como base às características do direito real de superfície, de modo que pode-se concluir que é a tipicidade do direito real de superfície que lhe garante a proteção recebida na seara processual, em sede de tutela executiva judicial.

BREVE FECHAMENTO

Compreende-se, diante de todas as considerações feitas, que é a partir da tipicidade do instituto que se pode depreender as possibilidades de uso da superfície, sobretudo no âmbito do que pode ser livremente convencionado pelas partes, naquilo em que, não sendo elemento essencial, não fere o gabarito legal, de modo a servir como instrumento de funcionalização da propriedade.

Ademais, igualmente, é devido à sua tipicidade que se justifica a sua disciplina quando inserida em uma tutela executiva judicial.

Portanto, a aplicação, sistematização e compreensão do direito de superfície, sempre irá reclamar o correto entendimento de sua tipicidade.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ABELHA, Marcelo. Manual de direito processual civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BARROSO, Lucas Abreu. A realização do direito civil: entre normas jurídicas e práticas sociais. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- BRONZATTO, Alexandre Novelli. Ação executiva lato sensu. 2006. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7399>>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- CARLOS, Helio Antunes. A atuação da defensoria no tratamento extrajudicial de conflitos de família: estudo de campo realizado na Defensoria Pública do estado do Espírito Santo no Núcleo de Serra/ES. In: Anais do Congresso de Processo Civil Internacional. Vitória, 2016. p. 530-544. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/issue/view/860>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 23. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.
- DANTAS, Bruno. Tipicidade do Direitos Reais. In.: Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 20 n. 121 Jun./Set. 2018 p. 439-463.
- 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/issue/view/860>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- DERBLY, Rogério José Pereira. Direito de Superfície. In.: Revista dos Tribunais. vol. 798/2002. p. 741 - 757. Abr, 2002 DTR,2002,591.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil, 5: reais. 11. ed. rev, ampl. e atual. São Paulo, SP: Atlas, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil; v. 2. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MAZZEI, Rodrigo. Direito de Superfície. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- MAZZEI, Rodrigo. Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no Projeto do Código de Processo Civil. In.: Revista de Processo. vol. 228/2014. p. 163 - 204. Fev / 2014. DTR,2014,350.
- MAZZEI, Rodrigo; MARQUES, Bruno Pereira. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 64, p. 161-196, abr./jun. 2017. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/118883>>. Acesso em: 01 out. 2018.
- MELO, Marco Aurélio de. Novo Código Civil anotado. Coordenação de J. M. Leoni Lopes de Oliveira. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 5.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: parte especial: Direito das Coisas: Direitos reais limitados. Enfiteuse. Servidões. v. 18. São Paulo, SP: R. dos Tribunais, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. Código Civil comentado. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo Serra. Direito de superfície: notícia histórica e questões tópicas à luz do Código Civil brasileiro de 2002. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 8/2016. p. 201 - 223. Jul - Set, 2016. DTR.2016.23936.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. O Novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 2 - continuação). In.: Revista de Processo. vol. 245/2015. p. 151 - 222. Jul / 2015. DTR,2015,11007.
- SANTA MARIA, José Serpa de. Direitos reais limitados. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1993.
- SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SENA, Breno Dias. A reinclusão do direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro. In.: CASTRO, João Antônio Lima Castro (org.). Temas atuais de Direito Civil: um enfoque constitucional. 1. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2005.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil, 4: direito das coisas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

A DECISÃO ESTRUTURAL E O DIREITO À SAÚDE: A CRIAÇÃO DO OBSERVATÓRIO DO PODER JUDICIÁRIO PARA MONITORAR AS POLÍTICAS DE COMBATE À DEPENDÊNCIA QUÍMICA

Ricardo Ishimura

Resumo: O artigo busca estabelecer as linhas gerais do processo estrutural no direito brasileiro como sendo adequada ao tratamento da profusão de litígios de interesse público, altamente complexos e multipolares, que não se enquadram na lógica processual clássica bipolar e na rigidez procedimental. A tipologia foi denominada o estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. Com base nesse novo cenário e nos estudos sobre o estado de coisas inconstitucional e o modelo constitucional de processo, objetiva-se analisar um tema de grande repercussão mundial, oriundo de discussões importantes que vem ganhando força ao longo dos anos que é o enfrentamento ao consumo das drogas ilegais. Foi utilizado como referência o posicionamento do Ministro Edson Fachin no RE 635.659-RG que citando o regimento interno do STF este se posiciona pela criação de um Observatório do Poder Judiciário para avaliar a eficácia e eficiência das políticas públicas de enfrentamento da dependência química.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Estado de Coisas Inconstitucional; Drogas ilegais.

INTRODUÇÃO

No atual contexto sócio econômico, verifica-se que o Direito se encontra em constante evolução, tendo em vista o dinamismo inerente às relações sociais. O Direito em geral se afigura como um meio de regulação do meio social. Assim, com a evolução social nasce a necessidade de melhor regular as atividades, num movimento constante de evolução normativa.

O presente trabalho tem como ponto de partida a questão de como as políticas públicas tratam o usuário de drogas no Brasil, como esclarece o Ministro Barroso no seu voto no RE 635.659-RG, na década de setenta o “uso” de drogas foi considerado crime fazendo parte da política das guerra às drogas (Lei 6368/76); em 2006 houve a política da despenalização (Lei 11.343/06) que deixou de punir o dependente químico com a pena de prisão, imputando outras medidas; e atualmente no Recurso Extraordinário 635.659-SP o relator Ministro Gilmar Mendes, posicionou-se favorável a descriminalização.

Ressalte-se que descriminalizar não significa liberar as drogas, significa conforme esclarece o Ministro Barroso no seu voto no RE 635.659-RG, deixar de imputar ao dependente químico uma sanção penal pelo uso de droga.

o consumo de maconha ou de qualquer outra droga continuará a ser ilícito. O debate é saber se o Direito vai reagir com medidas penais ou com outros instrumentos, como, por exemplo, sanções administrativas. Isto inclui a possibilidade de apreensão, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde etc. (Voto do Ministro Barroso no RE 635.659-SP).

Porém, um ponto fundamental refere-se à administração pública, que não está combatendo de maneira eficaz a dependência química, gerando entre os cidadãos uma mazela social identificada por diversos estudos. Especialistas, conforme Atlas da Violência 2017, estimam que mais de 2 milhões de brasileiros usem a droga ilegais, cujo poder destrutivo é superior ao da maioria das substâncias ilícitas, devido ao fácil acesso, alta letalidade e precocidade do primeiro uso.

Dessa forma, propõe-se o seguinte problema de pesquisa, diante da inércia do poder executivo em concretizar direitos fundamentais previstos na constituição, em especial o direito fundamental à boa administração, direito fundamental à segurança e o direito fundamental à saúde, pode o poder judiciário concretizar tais direitos através do processo estrutural, para que seja concretizado o resultado de plena eficácia da execução das políticas governamentais e políticas públicas criminais sobre drogas, como às relacionadas à dependência química?

Segundo Orbage de Britto Taquary (2017) o termo ativismo judicial foi cunhado por um jornalista americano da revista Fortune, Arthur M. Schlesinger Jr., em 1947, que classificou os Juízes dentre os que priorizavam em suas decisões o bem-estar social e outros que decidiam apenas com base nos direitos previstos na legislação. Diferenciou juízes ativistas e conservadores, respectivamente.

Ressalte-se que o ativismo judicial só existe por conta da inércia de outros poderes, uma vez que a decisão política já está tomada e determinada na constituição que através do texto escrito na mesma. Nesse sentido, o presente estudo volta-se para a compreensão da importância do Poder Judiciário, para que se dê a devida interpretação, no sentido de que este se manifeste sobre o controle de políticas públicas.

O presente trabalho se justifica, devido à necessidade do judiciário se manifestar em relação inércia do poder executivo frente à ineficácia da execução das políticas públicas relacionada ao problema das drogas e dos dependentes químicos na sociedade, especificamente a inércia em executar ações intersetoriais de enfrentamento ao crack e outras drogas, compreendendo políticas públicas de prevenção ao uso do crack e outras drogas, cuidado às pessoas com necessidades de saúde decorrentes do uso do crack e outras drogas, reinserção social dos dependentes e o enfrentamento ao crime organizado e ao tráfico de drogas.

O voto do ministro Fachin do STF, no processo sobre descriminalização das drogas é um exemplo de intervenção do judiciário no executivo, esta é uma decisão estruturante do Supremo Tribunal Federal que referiu-se à Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas

(SENAD) e ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), ambas Secretarias do Ministério da Justiça, a execução de políticas públicas criminais e sobre drogas. Ressalte-se que o Ministro Fachin explicitou a necessidade de criar também um Observatório do Poder Judiciário para avaliar o resultado das políticas de combate à dependência química.

Dessa forma, o que o presente trabalho vem mostrar como o Poder Judiciário pode, através de medidas estruturantes, contribuir para que direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil sejam concretizados,

Desse modo, o presente estudo se justifica, por remeter à medida estrutural para a adequada execução das políticas relacionadas às drogas, envolvendo inclusive a área de segurança pública brasileira com a finalidade de que direitos fundamentais previstos na constituição sejam concretizados, considerando a complexidade inerente à questão que demanda um sistema integrado e coordenado adequadamente – uma vez que o objetivo é a efetiva transformação do quadro de medo e violência ocasionado pelas drogas –, sendo necessário que o judiciário intervenha para dar efetividade a mecanismos de governança capazes de articular União, estados, Distrito Federal e municípios, que necessariamente, precisam criar condições para a coordenação de ações entre Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como entre Ministérios.

A pesquisa em tela enquadra-se na modalidade bibliográfica, por meio da interpretação de diversos textos, com o objetivo de se constatar determinadas premissas em relação aos assuntos aqui abordados. Dessa forma, a princípio se utilizará a pesquisa documental, como a Constituição da República Federativa do Brasil,

O método científico utilizado foi o dedutivo, possibilitando-se que, a partir da interpretação do direito comparado, bem como das leis, teorias e princípios, fosse transcrito o raciocínio lógico de modo a mostrar as medidas estruturantes presentes no voto do ministro Fachin no caso da descriminalização das drogas.

O trabalho apresenta-se em quatro capítulos. Primeiramente, na introdução, contextualiza-se brevemente o processo estrutural e criminalização do uso das drogas. No referencial teórico é apresentado o que é a decisão estrutural, sendo inseridas algumas figuras para tornar mais didática a explicação. Após apresenta-se o RE de descriminalização do consumo de drogas em especial o voto de vista do Ministro Fachin. Por fim é apresentada a conclusão do trabalho.

COMBATE À DEPENDÊNCIA QUÍMICA

A tutela do estado no combate à dependência química de drogas é um caso estrutural paradigmático de extrema importância. No ano de 2011 foi proposto o Recurso Extraordinário (RE) 635659, junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, possuindo como objetivo a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio.

O caso julgado pelo STF é o de um presidiário que cumpria penas que somavam mais de dez anos de prisão no CDP de Diadema e foi solto em janeiro deste ano. Ocorre que a polícia encontrou 3 gramas de maconha em um marmitec em sua cela.

O preso foi condenado como usuário de drogas à prestação de serviços à comunidade, mas sua defesa não se conformou. No recurso, seu defensor alegou que ninguém pode ser punido por ser usuário, pois o que se faz na vida privada não afeta terceiros.

Em apertada síntese RE 635659 discute à luz do artigo 5º, inciso X da CF a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, no tocante aos princípios da intimidade e da vida privada. É preciso se atentar para a questão estrutural que envolve o processo. Devido à inércia do poder executivo fica evidente que a governança da política relacionada ao enfrentamento da dependência química é complexa, e não se restringe somente ao Estado. A governança é um termo que nasce da ideia de que o Estado não é o responsável exclusivo pelo sentido da política e das políticas públicas e, no caso das drogas, há uma pluralidade de interesses em disputa e que precisam ser administrados (o próprio caput do art.144, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), traduz este conceito ao dizer que segurança é uma responsabilidade de todos).

No caso brasileiro, governança em segurança pública é responsabilidade difusa de vários atores e instituições e, para se ter efetividade, ela precisa ser coordenada e articulada em torno do que está previsto na Constituição, mas que muitas vezes gera diferenças de interpretações.

A constituição diz que segurança é condição basilar para o exercício da cidadania (art. 5º) e é direito social universal de todos os brasileiros (art. 6º). Sendo assim, é em torno destes comandos que é preciso analisar o quadro das respostas públicas frente ao medo, à violência, ao crime e à garantia da cidadania.

Segundo o Atlas da Violência 2017, que avaliou a questão das drogas pela ótica da segurança, percebe-se que as instituições públicas responsáveis por prover justiça criminal e segurança, bem como garantir os direitos, trabalham muito, mas fazem isso quase sem nenhuma coordenação e articulação. Cada uma atua em uma direção e sem convergência de metas e de processos; sem que uma política criminal baseada nos comandos constitucionais citados seja efetivamente implementada.

Na brecha deixada por essas instituições, conforme Atlas da Violência (2017), é ocupada pelo crime organizado que toma para si os espaços e os territórios abandonados pelo Estado. Sendo evidente o crescimento de cracolândias em diversas cidades do país. Com isso, o medo passa a justificar discursos cada vez mais radicalizados e ideologizados, como os discursos simplistas de políticos de direita que evidenciam um utilitarismo radical, no qual a vida perde importância.

O Ministro Fachin no RE 635659 considera que o usuário de drogas é um enfermo e não um criminoso, e propõe em seu voto uma medida estruturante, que é a criação do observatório judicial sobre drogas, para que em caso da liberação das drogas, os efeitos da liberação sejam acompanhados.

E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização. (RE 635659, grifo nosso).

Esse é o ponto de partida para o processo estrutural, uma vez que se constata a inércia do poder executivo, especialmente em relação ao Ministério da Justiça e sua competência institucional de governança para a execução de políticas públicas criminais e sobre drogas através da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

Ao referido Ministério da Justiça a quem compete a coordenação do combate às drogas no âmbito Nacional e de executar ações intersetoriais de enfrentamento ao crack e outras drogas, compreendendo políticas públicas de prevenção ao uso do crack e outras drogas, cuidado às pessoas com necessidades de saúde decorrentes do uso do crack e outras drogas, reinserção social dos dependentes e o enfrentamento ao crime organizado e ao tráfico de drogas.

Ressalte-se que esta competência institucional não está sendo gerida de maneira eficaz, violando o direito fundamental a saúde, o direito fundamental à boa administração e o direito à segurança, como evidenciam indicadores de violência, gestão, e de recuperação dos dependentes químicos presentes em publicações oficiais como o Atlas da Violência 2017 e 2018 do IPEA.

Dessa forma, o Ministro Fachin, ao determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, o Observatório Judicial sobre Drogas, para permitir a discussão acerca da questão das drogas com entidades e a comunidade externa acaba iniciando uma nova forma exercer a jurisdição através do instituto chamado litígios complexos estruturais que será melhor explicado no próximo item.

LITÍGIOS COMPLEXOS ESTRUTURAIIS

Litígios complexos estruturais é um dos grandes temas do século XXI. Para Zaneti Jr et al (2018) os litígios complexos estruturais é uma espécie de ativismo judicial para que a burocracia estatal não seja uma dificuldade à concretização dos direitos fundamentais. Diante de tais medidas ou técnicas haveria, respeitando alguns requisitos, uma autorização ao Poder Judiciário para que adentrasse em esferas que originariamente não seriam suas, consolidando

políticas públicas que, em tese, seriam da atribuição do Executivo, assim como redefinindo conceitos legais pela via da interpretação, atividade complementar à do Legislativo (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

No Brasil há alguns autores que se dedicam sobre o tema. Havendo várias nomenclaturas utilizadas sobre o tema. Sentenças estruturantes, litígios estruturantes, processos estruturantes, decisões estruturantes, medidas estruturantes, técnicas estruturantes, remédios estruturantes. Todas essas expressões vêm de uma nomenclatura dos Estados Unidos, do inglês, structural litigation, complex litigation e structural reform que podem ser traduzidos como litígio complexo, reforma estruturante e litígio estrutural (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

Owen Fiss que começou a estudar o assunto na década de 70, essa gradual implementação da decisão judicial é própria dos litígios estruturais. Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer. Aliás, a complexidade da causa implicará, comumente, a necessidade de se tentar várias soluções para o problema. Essa técnica de tentativa-erro-acerto é que permitirá a seleção da melhor técnica e do resultado ótimo para o caso (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

Num dos mais controvertidos julgamentos da história de sua Corte, houve ela por bem, por meio de uma série de medidas, tornar efetiva uma decisão que, aparentemente, nada tinha para se concretizar. Trata-se do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em que a Corte, rompendo com um paradigma cultural centenário de uma doutrina denominada *separate but equal*, autorizou que uma menina negra frequentasse, em sistema de igualdade, uma escola pública para brancos. A decisão, por si só, adormeceria nas prateleiras dos arquivos judiciais se a Suprema Corte não tivesse, nesse caso, modelado um sistema mais ativista, no qual o juiz está autorizado a realizar a decisão judicial (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

A decisão estrutural é aquela que se busca implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar determinada política pública ou resolver litígios complexos, entendidos estes como aqueles que põem em rota de colisão múltiplos interesses sociais (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

A decisão estrutural possui conteúdo complexo podendo indicar um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso e nessa parte, a estrutura de uma obrigação de fazer de uma norma-princípio, com o objetivo de promover um determinado estado de coisas. Em especial é uma decisão que estrutura o modo como deve ser alcançado o resultado (ZANETI Jr et al, 2018, p. 424).

Conforme Zaneti Jr et al, 2018, p. 424. há uma questão incômoda, na qual os onze ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), em conformidade com o controle de constitucionalidade de leis, possam modificá-las, respeitando-se determinados requisitos, sendo o maior deles, o de se manter dentro dos parâmetros esboçados no texto constitucional e nos seus possíveis sentidos normativos.

Conforme Menegat (2018) a doutrina processualista brasileira, há não muito tempo, tem defendido a necessidade de desenvolvimento de uma sistemática processual diversa

da tradicional para tutelar determinados litígios. De acordo com essa visão, a compreensão de processo vigente é pautada no clássico princípio da demanda, que adstringe a atuação do juiz à formatação dos pedidos deduzidos pelo Autor. Ocorre que, para o referido autor, tal configuração não funciona com efetividade para casos complexos, em que os efeitos da sentença são multilaterais e se irradiem extra-processualmente, atingindo outras esferas.

CONCLUSÃO

Este trabalho focou-se em processos estruturais e fez análise do voto do Ministro Fachin no Recurso Extraordinário sob o número 635659. No seu voto o ministro considera que o usuário é um enfermo e não um criminoso, propondo uma medida estruturante, que caso haja descriminalização das drogas seja criado um Observatório Judicial sobre Drogas.

Nesse sentido verifica-se que o Ministro Fachin ao determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, o Observatório Judicial sobre Drogas, considerou a questão das drogas um litígio complexo, sendo necessária uma uma solução que demanda o diálogo com entidades e a comunidade externa.

Trata-se não de um ativismo judicial puro, mas de uma postura prudente, uma vez que o ministro Fachin, ao determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, o Observatório Judicial sobre Drogas, permitirá a discussão da questão das drogas com entidades e a comunidade externa, tendo assim a efetividade da medida estruturante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 635659 / SP. Voto de Vista Ministro Edson Fachin. Data do voto: 10/09/2015. Data da Publicação: 10/09/2015. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>> Acesso em 07/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 635659 / SP. Voto de Vista Ministro Luís Roberto Barroso. Data do voto: 10/09/2015. Data da Publicação: 10/09/2015. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>> Acesso em 07/2019.

CERQUEIRA, D., LIMA, R. S., BUENO, S., VALENCIA, L. I., HANASHIRO, O., MACHADO, P. H. G., & LIMA, A. S. (2017). Atlas da violência 2017. Brasília, DF: IPEA.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. Revista de informação legislativa: RIL, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./mar. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243>. Acesso em março de 2019.

- COUTO, E.S. O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico Para Efetividade Dos Direitos Fundamentais No "Estado De Coisas Inconstitucional". 2018. Dissertação de Mestrando em Direito. Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/27359>>. Acesso em março de 2019.
- MENEGAT, F. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. Revista Colunistas de Direito do Estado. ANO 2018 NUM 396.
- ORBAGE DE BRITTO TAQUARY, Eneida; ORBAGE DE BRITTO TAQUARY, Catharina. O ativismo judicial: apropriação do termo no direito norte-americano. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva. 3. 18. 2017.
- VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la república argentina dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sergio Cruz e JOBIM, Marco Félix (Coords.). Processos estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 63-84.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. DIDIER JUNIOR, Fredie; Curso de direito processual civil: Processo Coletivo. 12. ed. Bahia: Podivm, 2018, p. 424.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Sabrina Wervloet¹

Suélem Sulamita Lima Pimentel²

Resumo: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é uma das inovações do Código de Processo Civil de 2015. Tal instituto busca promover uma uniformização de teses jurídicas em processos repetitivos que versam sobre questões de direito similares, cabendo ao tribunal fixar um entendimento único que vinculará os processos que tiverem a mesma controvérsia jurídica. O presente estudo busca, por meio de uma pesquisa exploratória, em revisão bibliográfica, mapear as controvérsias existentes na doutrina no tocante a configuração do instituto e sua aplicabilidade, com atenção especial à problemática envolvendo a “legalidade” do sobrestamento dos processos repetitivos que tramitem diante do Juizado Especial, por processo afetado em tribunal e o IRDR instaurado no caso Samarco. Evidenciou-se ser indispensável entender o Juizado Especial, antes de tudo, como parte do Poder Judiciário, portanto, devendo também buscar uniformidade e coerência, ao passo que a instauração do IRDR contribui para tal feito.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Código de Processo Civil de 2015; Juizados Especiais.

INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), segundo explica Câmara (2017, p. 413) se configura como um tipo de mecanismo hábil a promover soluções uniformes em demandas que se repetem, sendo resultado de um processo natural reflexo da sociedade de massa.

Nessa linha, há uma forte conexão entre os interesses individuais homogêneos e a ocorrência da repetição de demandas. Em nosso ordenamento, há alguns anos, já vem sendo admitido o uso do processo coletivo como ferramenta hábil a produzir efeitos passíveis de tocar a todos titulares de interesses individuais homogêneos ameaçados ou lesados (art. 81,

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), estudante, endereço eletrônico: sabrinawervloet@hotmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), estudante, endereço eletrônico: suelem-lima@live.com.

parágrafo único, III, do CDC). O mesmo fenômeno se emprega na defesa de interesses difusos ou coletivos.

Nesses termos, nota-se que nosso sistema jurídico possui como característica as multiplicações de processos individuais, seja pelo fato de haver uma ampla liberdade da parte que detém o interesse individual poder ajuizar sua pretensão, seja em razão de a Advocacia nacional não ter o costume de utilizar o processo coletivo, ocasionando um tipo de massificação de demandas individuais semelhantes que se sujeitam ao judiciário, formando as denominadas demandas repetitivas.

Em suma, as demandas repetitivas são demandas idênticas, compartilhando causa de pedir e objetos idênticos (apesar de não serem os “mesmos”, pois aí seria caso de conexão e não de demanda repetitiva), diferenciando-se as partes. Assim, em razão da pluralidade das demandas repetitivas, somado à atuação da liberdade decisória dos magistrados em promover sucessivos tratamentos e soluções diferenciadas, denominada “jurisprudência lotérica” (a decisão se favorável ou não era uma questão de sorte na distribuição dos autos), criou-se no CPC/2015 um instrumento que busca promover uma maior uniformidade do julgamento das demandas, surgindo então o IRDR.

Contudo, conforme trataremos ao longo do presente estudo, a aplicação do instituto possui diversos pontos de dúvida em que não há unanimidade na doutrina e que, apesar da discussão ocorrer no campo teórico, traz implicações práticas de muitíssima relevância.

Uma das questões que vem trazendo importante divergência diz respeito à aplicação do IRDR aos processos que estejam tramitando nos Juizados Especiais, como no caso Samarco, por exemplo.

Discute-se, principalmente, a distinção e independência entre os Juizados Especiais e a Justiça Comum, pois ao prever que a tese se estenderá aos processos que tramitam nos juizados, o art. 985, I, do CPC/2015 acaba por colocar em discussão se os juizados seriam de fato hierarquicamente inferiores ou não, questionando a própria constitucionalidade do dispositivo processual, face o art. 98, I, da CF/88.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Causa piloto x processo modelo

A doutrina não é pacífica acerca da natureza do incidente, isto é, se o julgamento do incidente ocorre a partir de um tipo de “causa”, da situação em concreto que deu origem a demanda instaurada ou se apenas ocorrerá a resolução abstratamente da questão controversa (TEMER, 2016, p. 65-66). A discussão gira em torno da problemática se o IRDR adota o modelo de “causa piloto” ou de “procedimento-modelo”.

Conforme leciona Cabral (2014, p. 203), as “causas piloto” ou “processos teste”, adotam o método onde algumas causas, após selecionadas, são julgadas e a solução passa a valer

para os demais, ao passo que uma das características, de acordo com o autor, é a unidade cognitiva (o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário) seguida da reprodução da tese definida no incidente, em que a *ratio decidendi* do julgamento é replicada aos demais processos.

Por sua vez, o “processo modelo” se diferencia do formato da “causa piloto”, uma vez que se apreciam as questões comuns aos casos semelhantes. Contudo, a decisão no que toca a cada processo concretamente é pronunciada pelo juízo originariamente competente para decidir a lide. Dessa forma, conforme aponta o autor, ocorre um tipo de separação cognitiva e decisória “[...] existe uma divisão de competências entre o órgão que julga a questão comum objeto do incidente, e outro órgão que decide o processo originário em todas questões que lhe são próprias (e são próprias) e incorporação da tese definida do incidente aos processos” (CABRAL, 2014, p. 203).

Câmara (2017, p. 414) sustenta que o IRDR tem sua instauração, necessariamente, sujeita à existência de processo no tribunal, sendo o órgão colegiado competente para fixar a decisão padrão, não se limitando a estabelecer a tese. Cabe a ele julgar o caso concreto, conforme o art. 978, parágrafo único, motivo pelo qual se fala que o processo em que é instaurado o incidente funciona como verdadeira causa-piloto.

Sustentando entendimento semelhante, Didier Junior e Cunha (2016, p. 316) defendem que a partir do parágrafo único do art. 978 se concluiu que o Tribunal, no IRDR, é quem julga a causa e fixa o entendimento a ser aplicável aos demais casos repetitivos. Trata-se, portanto, de uma causa-piloto, e não de uma causa-modelo.

Os autores explicam que mesmo que o art. 978, do CPC/2015, não ditasse expressamente tal previsão, seria hipótese de causa-piloto, visto que não caberia a instauração do IRDR sem que houvesse causa pendente no Tribunal, ao passo que seria um pressuposto lógico, assim como a instauração do incidente em recurso extraordinário e especial repetitivo implica a existência de causa que já esteja em uma dessas estâncias.

Contudo, na hipótese de desistência ou abandono do caso-piloto e, conseqüentemente, do IRDR ou recurso repetitivo é possível que se prossiga com o exame e fixação da questão, sendo essa hipótese do art. 998 do CPC/2015. Didier Junior e Cunha (2016, p. 318) entendem que essa situação de desistência ou abandono, excepcionalmente, é causa-modelo.

Bueno (2017, p. 1.069), por sua vez, critica o parágrafo único de art. 978, do CPC/2015, que de certa forma coloca “um pano” sob o conflito ao estabelecer que além de julgar o incidente, o tribunal deverá também fixar a tese jurídica. Diz que tal dispositivo não dialoga com o Projeto que foi aprovado pela Câmara e pelo Senado, incorrendo em violação ao art. 65, parágrafo único, da CF/88. O autor prossegue argumentando que “no máximo, caberia a ele fixar a tese, deixando-a para ser aplicada pelo órgão de primeira instância” (BUENO, 2017, p. 1.070).

Temer (2016, p. 69) também sustenta que o IRDR não é “causa piloto”, mas na verdade se forma a partir de um “procedimento modelo”. A autora fundamenta com base nos seguintes aspectos: a) o IRDR brasileiro se limita à questões de direito, não havendo o julgamento da

demanda; b) mesmo que a parte desista da demanda, é possível que o incidente prossiga, e c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos da sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão.

Apesar das controvérsias e discussões existentes no período em que o código ainda estava sendo projetado, a opção adotada ao final aponta para o entendimento de que o IRDR se configura como um procedimento incidental autônomo, de julgamento abstrato (ou objetivo) das questões de direito controvertidas, comuns às demandas seriadas, a partir de um procedimento-modelo (MENDES; TEMER, 2016, p. 587).

Mendes e Temer (2016, p. 587) partem do pressuposto de que não haveria espaço para o julgamento da causa integralmente, apenas haveria de ser decidida a questão jurídica controvertida que se configurará, depois, como um "modelo" a ser seguido para as demandas que alicerçadas em igual controvérsia. Sustentam que existe uma espécie de cisão cognitiva, ainda que virtual e não física.

Em resumo, os argumentos dos renomados autores para apoiar a ideia do procedimento modelo se resumem em: a) o nome "incidente" aduz o não julgamento da pretensão integralmente, mas a criação de "um espaço coletivo de resolução da questão controvertida, de natureza abstrata ou objetiva, para que haja, em seguida a aplicação da tese" (MENDES; TEMER, 2016, p. 588); b) o julgamento do incidente é limitado à questões jurídicas; c) a cisão cognitiva e o julgamento abstrato na hipótese de abandono ou desistência denotam a autonomia do procedimento e d) a legitimação do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 977, III, CPC), para instauração do incidente, denota que há uma divisão entre o julgamento da tese em sede de controle abstrato (legitimação por interesse coletivo), e o julgamento da causa, em si, que é à parte (predomina interesse da parte).

Neves (2017, p. 1.511), de forma mais ponderada, defende que o sistema brasileiro não adotou integralmente nem a "causa piloto" e nem o "procedimento modelo", uma vez que apesar de ter sofrido influencia dos modelos já existentes em outros ordenamentos jurídicos, o nosso carrega peculiaridades próprias.

O IRDR, aqui, julgará o recurso e fixará a tese jurídica, de forma que parece se ajustar ao sistema de causas piloto. Contudo, não o é porque exige a formação de um incidente processual. Também não é um procedimento modelo porque o processo ou recurso do qual foi instaurado o IRDR é julgado pelo órgão também competente para o julgamento do incidente (NEVES, 2017, p. 1.511).

Finalmente, diante de tal discussão, foi decidido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no processo nº. 0804575-80.2016.4.05.0000, que o Plenário deveria ser responsável por fixar a tese jurídica a ser aplicada concretamente (causa-modelo) sob sua jurisdição. A decisão seguiu o posicionamento do professor Joaquim Felipe Spadoni que defende que o IRDR promove um tipo de separação (cisão) do procedimento que lhe dá origem, em que pese a instauração do incidente com curso no Tribunal, o procedimento ainda continuará em trâmite no juízo de origem (mesmo suspenso).

De acordo com Spadoni (2016, p. 497-507), não há afetação do processo ao Tribunal competente para julgar o IRDR, assim como não há seleção de processo para julgamento pelo Tribunal, enquanto os demais ficam sobrestados, como acontece no julgamento de recurso especial repetitivo. Nessa linha, conforme restou concluído, há uma clara posição pela existência de um tipo de cisão cognitiva entre a fixação da tese jurídica e o que toca à integralidade do caso concreto em si, ao passo que o TRF entendeu que o incidente se limitaria a traçar a tese jurídica, ou seja, adotando um tipo de “causa-modelo” e não “causa-piloto”.

O IRDR no CPC/15

Marinoni e Arenhart (2017, p. 444) classificam as demandas repetitivas como uma “anomalia processual”, dado o fato de que para sua configuração é necessário que uma mesma questão tenha de ser trazida ao judiciário diversas vezes.

Tal incidência pode ocasionar problemas no que se refere à consistência do sistema jurídico. Dada tal anomalia, o CPC/2015 cria esse mecanismo na busca de uma maior uniformização (MARINONI; ARENHART 2017, p. 445). Resumidamente, trata-se de um incidente processual que através de um julgamento de um caso piloto, formará precedente com eficácia vinculante, hábil a ser aplicado em casos semelhantes, em prol de assegurar a isonomia sistêmica e promover a segurança jurídica.

Câmara (2017, p. 445) aponta, por sua vez, que nosso ordenamento jurídico possui mais de um instrumento para tratar dessa questão: a súmula vinculante, o julgamento de casos repetitivos e a improcedência liminar do pedido.

A técnica apontada sofre influência de dois institutos do sistema legal estrangeiro: a *Musterverfahren*, de inspiração alemã, e a *Group Litigation Order*, de origem inglesa. Cabral (2007, p. 132), ao dispor sobre o instituto alemão, explicou a técnica como um tipo de adoção de “procedimento-modelo”, no qual se busca firmar um posicionamento sobre supostos jurídicos ou fáticos de demandas que se repetem.

Insta mencionar que apesar da discussão do instituto alemão existir desde 1970, havia uma resistência por parte da sociedade em se adequar a ele, uma vez que parte das demandas já se resolve alternativamente, seja por meio de órgãos fiscalizatórios, seja através de mecanismos alternativos, conforme aponta Walter (2001, p. 369).

Nessa linha é possível observar pontos de aproximação, principalmente entre o julgamento de casos repetitivos brasileiro e o sistema alemão, pois ambos se configuram como ferramentas para tutela coletiva, promovem o sobrestamento das demandas que retratam a mesma questão a ser fixada; o julgamento do processo se concentra em um tribunal e a necessidade de mecanismo da publicidade do incidente por meio de previsão eletrônica (KENNE, 2012, p. 54).

Em que pese as aproximações apontadas, o sistema brasileiro se diferencia em alguns pontos, já que se volta para questões de direito e não de fato (GOMES, 2018). Além disso, sua

análise é apenas dos tribunais de segundo grau (art. 977, CPC/2015), a decisão firmada torna-se de vinculação obrigatória, aplicando-se a todas as causas em que a mesma questão de direito se apresente controversa na mesma área de competência do tribunal que tiver julgado e já fixado a solução da questão (art. 985, CPC/2015). É possível, ainda, que as decisões do incidente possuam uma maior área de incidência, uma vez que na hipótese de interposição de recurso especial ou extraordinário a decisão de incidente e o julgamento terá abrangência para todo o ordenamento (art. 987, § 2º, do CPC/2015).

O CPC/2015 estabelece que o incidente deve ser julgado no limite de um ano, sendo que o mesmo terá prioridade sobre outros processos, com exceção dos processos de réu preso e *habeas corpus* (art. 980, CPC/2015). Insta mencionar que o CPC/2015 também prevê condições específicas que devem ser observadas para que o mesmo seja instaurado. Conforme dispõe o art. 976, a instauração de um IRDR pressupõe o preenchimento de requisitos específicos, além de serem cumulativos.

Didier Junior e Cunha (2016, p. 625) entendem que os requisitos previstos em tal dispositivo são, portanto, requisitos de admissibilidade do IRDR. Nessa linha, o IRDR apenas seria cabível se preenchidos os seguintes requisitos de admissibilidade: (a) existir efetiva repetição de processos com risco lesar a isonomia e segurança jurídica; (b) a questão deve ser questão de direito; (c) deve haver causa pendente em tribunal, uma vez que para o autor o IRDR é um incidente em que pressupõe-se um caso em trâmite no tribunal.

Competência

Conforme o disposto no art. 976 do CPC/2015, o preenchimento dos requisitos de admissão será realizado pelo órgão colegiado de forma não isolada (art. 981, CPC/2015)³. Com exceção dos embargos de declaração, a decisão que admite ou inadmite o IRDR não está sujeita à recorribilidade (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, p. 629). Ainda assim, a negativa não impede que diante do preenchimento do requisito outrora ausente a parte suscite-o novamente (art. 976, § 3º, CPC/2015).

Insta frisar, ademais, que o órgão competente é o órgão colegiado do tribunal. Ainda, pelo fato de a decisão não ser do relator, não cabe agravo interno, já que este recurso é cabível apenas contra decisão do relator (art. 1.012, CPC/2015).

Câmara (2017, p. 414) entende que o IRDR deve ser distribuído ao órgão colegiado apontado pelo regimento interno do tribunal, sendo esse também o competente a promover a uniformização de jurisprudência (art. 978), ou seja, cabe ao mesmo órgão colegiado conhecer o IRDR e o incidente de assunção de competência e a demanda formará, nessa hipótese, um tipo de causa-piloto.

³ Nesse sentido, o Enunciado 91 (art. 981): Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática.

Juizados Especiais

Diante do elevado custo do modelo tradicional do processo civil, no início do século XX foram desenvolvidas ideias de implantação de um modelo de processo alternativo e menos oneroso, com o intuito de solucionar as controvérsias que envolviam valores relativamente baixos, pois o elevado custo tornava inviável a propositura dessas demandas (CHASE, 2007, p. 288). Chase (2007, p. 293) aponta que em 1912, no Estado do Kansas, foi estabelecido o primeiro juizado de pequenas causas.

Esse modelo de cortes voltadas à resolução de conflitos de pequeno valor foi estudado e desenvolvido pelos professores Cappelletti e Garth (1988, p. 12), os quais apontaram, a partir das chamadas ondas renovatórias⁴, a criação de juizados de pequenas causas como um dos mecanismos para a ampliação do acesso à justiça.

A questão econômica, nas causas de pequeno valor, é um entrave ao acesso à Justiça, principalmente se compararmos os custos envolvidos em um processo que tramita na Justiça Comum, incluindo aqui os custos com advogado, e o benefício econômico a ser obtido ao final (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18).

Mendes e Romano Neto (2015, p. 4) lecionam que os reflexos das discussões desenvolvidas por Cappelletti e Garth foram sentidos no Brasil nos anos 1980, tendo influenciado muitas das reformas processuais, resultando na introdução de órgãos voltados especificamente para a resolução de pequenas causas.

Nesse sentido, em 1984, foi editada a Lei 7.244, que instituiu a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, no âmbito das Justiças dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, para processo e julgamento de causas de reduzido valor econômico (art. 1º), sendo o processo orientado pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 3º).

De acordo com esta lei podiam ser propostas ações cujo valor não ultrapassasse 20 vezes o salário mínimo (art. 3º), não se exigindo a assistência de advogados. Ainda, não havia necessidade, em primeiro grau de jurisdição, de pagamento de custas processuais (art. 51).

A Constituição Federal de 1988, reconhecendo a necessidade de um novo modelo de resolução de conflitos diante do problema que era o custo do processo como impedimento ao exercício do direito de acesso à justiça, impôs, por meio da disposição do art. 98, I, a criação de juizados especiais, com competência para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

⁴ “O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica (39). Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira “onda” desse movimento novo — foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro — e mais recente — é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso a justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Em razão dessa disposição, foi editada a Lei Federal n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis no âmbito da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, determinando a competência para o julgamento das causas de menor complexidade e de pequeno valor.

Tal lei foi complementada pela Lei 10.259/2011 (Juizados Federais) e Lei 12.153/2009 (Juizados Especiais da Fazenda Pública), criando um microsistema dos juizados especiais.

Em relação à competência cível dos Juizados Especiais, a Lei 9.099/95 trabalhou com dois critérios, a natureza da matéria e o valor da causa. Assim, sob um aspecto material, os juizados seriam competentes para as causas inseridas no art. 275, II, do CPC/73, ou seja, aquelas submetidas ao procedimento sumário, e para as ações de despejo para uso próprio. Sob o aspecto referente ao valor da causa, a lei nova ampliou para 40 salários mínimos o teto do valor para ajuizamento.

A Lei 10.259/2011, editada em cumprimento à EC 22/1999, instituiu os Juizados Especiais Federais, ampliando, dessa forma, o acesso à justiça.

Ponto importante para o presente estudo, portanto, é entender que o regime jurídico e a estrutura dos Juizados são diversos do regime e estrutura da Justiça Comum, sendo privilegiados, como já explicitado anteriormente, os princípios da celeridade, simplicidade, oralidade, informalidade e economia processual, na tentativa de afastar a lógica da morosidade, da burocratização e o elevado custo do processo na Justiça Comum.

No que se refere ao julgamento de recursos, a parte final do inciso I do art. 89 da CF/88 dispõe que seja feito por turmas de juízes de primeiro grau, o que resultou na criação, nos de turmas recursais e, nos juizados especiais federais, de uma Turma Nacional de Uniformização, todas integradas por juízes de primeiro grau.

Dessa forma, das decisões proferidas pelos juízes dos juizados cabe recurso para a turma recursal composta por juízes de primeira instância, e não para o Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal respectivo. O intuito do legislador, como se percebe, foi dar certa independência aos juizados (MENDES; ROMANO NETO, 2015, p. 8).

O CPC/2015 E OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

Apesar de possuir rito próprio, com a aplicação subsidiária da lei processual, várias normas introduzidas pelo CPC/2015 possuem caráter geral e influenciam, portanto, nas ações que tramitam nos Juizados Especiais (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 596).

Uma das repercussões mais importantes do CPC/2015 nos Juizados diz respeito ao IRDR, motivo pelo qual passaremos a analisar a aplicabilidade do instituto no procedimento especial dos juizados especiais.

Conforme Theodoro Júnior (2016, p. 598), o IRDR, instituto processual relacionado à adoção de precedentes judiciais, "surge como uma tentativa de conferir maior grau de

segurança jurídica aos julgados e como forma de propiciar mais agilidade na tramitação dos processos”.

Nesse sentido, a parte final do art. 985, inciso I, do CPC/2015 estabelece que a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR será aplicada, também, a todos os processos individuais que tramitarem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.

Ou seja, determina, por exemplo, que o IRDR julgado pelo TRF 2 vincula os Juizados Especiais Federais da mesma Região Federal, autorizando, ainda, o uso de reclamação ao respectivo TRF para fazer valer a autoridade de sua decisão.

No mesmo sentido o Enunciado 93 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

93. (art. 982, I) Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região.

Tais disposições vêm gerando discussões no âmbito doutrinário, de forma que podemos dividir em três principais correntes. A primeira defende a previsão normativa, enquanto a segunda alega sua inconstitucionalidade. A terceira defende a aplicação do IRDR nos Juizados, contudo, com determinadas ressalvas.

Defendendo ser constitucional tal previsão, Didier Junior e Cunha (2016, p. 643) argumentam que não é incomum haver medidas judiciais em tribunais que controlam atos de juízos a eles não vinculados. Citam como exemplo a competência do STJ de julgar conflito de competência entre juízos comuns e juízos trabalhistas, mesmo que estes últimos não estejam a ele vinculados. Apontam que embora não caiba recurso especial de decisões proferidas nos juizados, estes devem seguir o entendimento manifestado pelo STJ em recurso repetitivo e em enunciado de súmula em matéria infraconstitucional. Uma vez uniformizada a solução de uma demanda repetitiva, não podem os juizados especiais integrados à circunscrição do tribunal competente ignorar a tese de direito adotada (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 598).

Abboud e Cavalcanti (2015, p. 3-9), por outro lado, aduzem ser inconstitucional tal dispositivo, alegando que há violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos poderes, ao contraditório, ao direito de ação e à competência dos juizados especiais.

O efeito vinculante é inconstitucional porque é um mecanismo que não pode ser instituído mediante legislação ordinária, ou seja, “a vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na Constituição da República” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 3).

Os autores argumentam que “o NCPC não prevê o controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 4), pois apesar de ter se inspirado no direito alemão, não guarda nenhuma semelhança, levando em consideração que o

Musterverfahren possui uma espécie de controle da representatividade do autor principal, por meio de uma eleição dos representantes.

Aduzem haver violação ao direito de ação porque se houver a completa vinculação do IRDR, suspendendo todos os demais processos, o particular estará impedido de prosseguir com sua ação individual. O CPC/2015 prevê que a decisão de mérito será *pro et contra*, alcançando todos os processos repetitivos em tramitação, sendo praticamente uma vinculação absoluta (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 6).

Por fim, alegam ser inconstitucional o art. 982, I, do CPC/2015, diante das reiteradas decisões do STF de que os juizados não estão submetidos aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 8-9).

Entre aqueles que acreditam ser inconstitucional o art. 985, I, Scheleder (2018, p. 370) aponta como possível solução que o IRDR possua apenas força persuasiva, servindo de orientação aos juizados ou que fosse criado um IRDR próprio, cuja formação seria de competência da própria turma recursal, de forma a evitar as ofensas apontadas acima.

Em uma posição "intermediária", Koehler (2015, p. 662) salienta que não há como excluir os juizados da aplicação do IRDR, já que é nesse microsistema que surge a maior parte dos casos com questões repetitivas. Chama a atenção, entretanto, para as dificuldades de compatibilizar a previsão do dispositivo em discussão com o regime recursal dos juizados especiais.

O autor crê que exista um perigo de que seja subvertido todo o microsistema dos juizados, uma vez que são as turmas recursais as responsáveis pela formação dos precedentes, e não os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Na verdade, ao prever que o pedido de uniformização seja dirigido ao presidente do tribunal, o art. 977 do CPC/2015 acaba por não ceder competência às Turmas Recursais para julgamento de IRDR, levando em consideração o entendimento consolidado nos tribunais superiores de que elas não podem ser consideradas tribunais (KOEHLER, 2015, p. 662-663).

O autor questiona, então, qual seria o papel das TRs, TRUs e TNU na uniformização da jurisprudência dos juizados, já que em aplicação literal do art. 985, I, prevaleceria o que fosse decidido pelo TJ ou TRF no IRDR. Nesse sentido, destaca novamente que os TJs e Tribunais Regionais não compõem a estrutura recursal dos juizados, assim como o STJ.⁵ Também acerca da competência do STJ, Koehler (2015, p. 664) entende ser inconstitucional o art. 14, § 4º, da Lei 10.259/2001 e art. 18, § 3º, da Lei 12.153/2009, alegando ter sido criado um recurso cujo julgamento foi atribuído ao STJ sem a devida previsão constitucional.

⁵ [...] já está consolidado, inclusive no STF, o entendimento de que o recurso especial não é cabível contra decisões que não sejam oriundas de tribunais (caso das TRs, TRUs e TNU, órgãos que compõem o microsistema dos juizados). Nesse sentido, aliás, a Súmula n.º 203 do STJ (KOEHLER, 2015, p. 663).

Portanto, o mais coerente, para tal autor, seria que os próprios órgãos de uniformização dos juizados fossem responsáveis pela uniformização da jurisprudência, seja nos Juizados Especiais Federais⁶, seja nos Juizados Especiais da Fazenda Pública⁷.

Contudo, surge outro problema no âmbito dos Juizados Especiais Estaduais, já que inexistente previsão legal quanto à uniformização da jurisprudência, apesar de alguns Estados terem criado Turma de Uniformização com base nos arts. 18 e 20 da Lei 12.153/2009.

De acordo com o art. 57 da Resolução 023/2016 do TJES, por exemplo, é cabível IRDR no âmbito dos juizados, devendo ser instaurado, processado e julgado pela Turma de Uniformização, órgão vinculado ao microsistema dos juizados.⁸

Diante do que foi exposto, é preciso ter em mente que os Juizados Especiais fazem parte do Poder Judiciário, que deve ser considerado como um todo. Nesse sentido, é latente a necessidade de que sua jurisprudência seja uniforme e coerente, motivo pelo qual deve haver uma conciliação do microsistema dos juizados e da justiça comum.

A aplicação do IRDR aos juizados, seja de âmbito estadual ou federal, tem o intuito de promover a uniformização das decisões, contribuindo, como dito, para a maior eficácia do próprio ordenamento jurídico.

Portanto, diante da necessidade de coerência sistêmica e de já existir medidas judiciais em tribunais que controlam atos de juízos a eles não vinculados, julgado o incidente, a tese jurídica deve ser aplicada aos processos que tramitam nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.

Cabe uma ressalva, porém, quanto à competência dos juizados especiais de instaurar o IRDR quando a matéria debatida for objeto de demandas tipicamente levadas ao Juizado Especial Estadual. Neste caso, é necessário respeitar a autonomia e as peculiaridades deste órgão jurisdicional.

Além disso, seria possível imaginarmos a possibilidade, em concreto, de haver demandas com questões repetitivas cuja matéria seja de competência concorrente entre os juizados e a justiça comum, mas que inexistente processo no tribunal que justifique o IRDR ou até mesmo que as demandas se repitam apenas no âmbito dos juizados. Neste caso, cremos ser coerente a possibilidade de o Juizado Especial instaurar o incidente, deixando de ser aplicado apenas se houver, posteriormente, divergência com IRDR na justiça comum, a qual prevaleceria.

⁶ Se as Turmas forem da mesma região da Justiça Federal, o julgamento ocorrerá da reunião das Turmas em conflito, sob a presidência do juiz coordenador. Se forem Turmas de regiões diferentes ou alguma decisão contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STJ, o pedido será julgado pela Turma Nacional de Uniformização (TNU), integrada por juízes de Turmas Recursais e presidida pelo Coordenador da Justiça Federal. E se a decisão da TNU for contrária ao STJ, sempre no direito material, cabe a este dar a palavra final (CARBONI, 2018, p. 31).

⁷ Se forem do mesmo Estado as Turmas, será julgado pela reunião das Turmas em conflito, sob a presidência de desembargador indicado pelo TJ. Quando de diferentes Estados, ou se a decisão contrariar súmula do STJ, a decisão é deste Tribunal (CARBONI, 2018, p. 31).

⁸ A eficácia dessa resolução havia sido suspensa pelo CNJ no que se refere ao cabimento do IRDR, IAC e Reclamação no âmbito dos juizados, até o julgamento definitivo do Pedido de Providências pelo CNJ. Contudo, em 26 de junho de 2017 a decisão liminar foi revogada pela Conselheira Maria Tereza Uille Gomes (ABBOUD; CAVALCANTI, 2017).

Por fim, importar mencionar que isso resolveria o problema da chamada “loteria judicial”, já que evitaria entendimentos contrários em uma mesma Região. Além disso, a uniformização prévia pode atuar como mecanismo de desestímulo para o ajuizamento de novas demandas cujo resultado já pode ser previsto pela parte (SOBRINHO, 2016, p. 240).

IRDR no Caso Samarco

A questão do julgamento de IRDR diante de Juizados Especiais ganhou especial relevo no tocante à empresa Samarco Mineração S.A e o emblemático crime ambiental envolvendo o município de Mariana. O incidente responsável por promover tal discussão foi o IRDR nº 040/2016, que fora julgado, por sua vez, não diante do Tribunal de Justiça do estado, mas da Turma de Uniformização Jurisprudencial de Juizados no estado do Espírito Santo, suscitado pelos magistrados componentes da turma recursal da região norte.

Tal IRDR teve sua origem nas ações que tinham por objeto a reparação civil decorrente do ato ilícito que empresa a Samarco teria cometido diante da falha na prestação de serviços que ocasionou o rompimento de barragens de rejeitos no Estado mineiro, crime este que comprometeu diversas regiões banhadas pelo Rio Doce. O rompimento da barragem trouxe reflexos ambientais e sociais catastróficos, entre eles a interrupção do abastecimento de água potável nas cidades que eram banhadas pelo rio.

Segundo informações constantes na própria ementa do julgado, os magistrados da Turma apontaram dissensões nas diversas e numerosas ações protocolizadas diante dos Juizados Especiais Cíveis, onde além de existirem divergências no tocante ao reconhecimento ou não do dano, as decisões divergiam quanto a extensão do mesmo, isto é, os valores fixados para fins indenizatórios nas sentenças eram diferentes.

Diante disso, o julgado do IRDR concluiu, por maioria de votos, que a empresa era de fato responsável pelos danos causados pelo déficit no abastecimento de água potável, ao passo que deveria responder objetivamente por tal. O IRDR fixou que as ações poderiam ser propostas individualmente, levando em conta a responsabilidade por danos morais da Samarco, em sua forma objetiva. Segundo tal julgado, os danos morais fixados, na forma individual, diante da falta de abastecimento nas regiões afetadas, seria de R\$1.000,00 (um mil reais).

O IRDR nº 040/2016 foi, dessa forma, símbolo de um importante embate jurisprudencial e doutrinário no tocante ao reconhecimento da competência dos Juizados para tratar do IRDR. O IRDR mencionado não foi o único suscitado, ao passo que nesse mesmo período teriam sido suscitados dois outros incidentes, inclusive, diante do Tribunal de Justiça, o que apenas acentuou ainda mais a discussão doutrinária acerca do assunto.

Cerca de 4 meses após o incidente ter sido instaurado, na iminência de ser incluído em pauta no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, o TJ-ES editou a Resolução nº 023/2016, na qual foi reconhecida a competência dos Juizados Especiais para o processamento e julgamento de IRDR's, bem como de Incidentes de Assunção de Competência (IAC) e reclamação. A resolução, por sua vez, não apenas conferiu competência aos Juizados Especiais, mas também

buscou promover a regulamentação do procedimento especificamente a ser adotado na esfera sistemática dos Juizados, em parte reproduzindo o previsto no CPC/2015 e em parte alterando, já que previu determinadas peculiaridades.

Ainda no tocante à Resolução nº 023/2016, foi realizado requerimento ao CNJ para que a mesma fosse declarada nula. O conselheiro relator do CNJ, por sua vez, se posicionou no sentido de que os juizados não deteriam, por si só, autonomia para definir teses jurídicas e que deveriam seguir as definidas pelo tribunal, pois o sistema teria sua congruência comprometida diante de tal previsão, já que seria possível que surgissem teses contrárias entre si em uma mesma zona territorial local.

Diante dos diversos apontamentos que embasavam o entendimento da invalidade da resolução, foi determinado, como liminar, que a eficácia da Resolução fosse suspensa. Contudo, em momento posterior, o próprio CNJ entendeu por aguardar o que seria fixado pelos Tribunais Superiores, o que fez com que a liminar fosse revogada e o IRDR nº 040/2016 prosseguisse.

O caso da Samarco evidencia, ainda, um problema quanto à possibilidade de serem fixados valores diversos para indenizar um mesmo dano, pois há ações referentes à falta de água potável tramitando nos Juizados Especiais (IRDR) e no âmbito do TJ-ES, fazendo surgir a chamada "jurisprudência lotérica", já que podem haver indenizações completamente diferentes para um mesmo fato. Tal caso evidencia, ainda, a incoerência sistêmica que pode ser gerada pela falta de previsão do instituto no âmbito dos juizados.

CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado, o IRDR foi um dos institutos mais inovadores previstos no CPC/2015. Tal previsão pode ser entendida a partir de diferentes aspectos, seja na vontade do legislador de criar mecanismos para promover uma maior uniformidade sistêmica ou na de proporcionar um número maior de meios hábeis a contribuir para a concretização do princípio da celeridade processual, a fim de prestar tutela efetiva e tempestiva.

Nessa linha, é fato que o mecanismo do IRDR será mais um aliado ao sistema de precedentes, contribuindo para inibir possíveis oscilações e discussões no tocante à interpretação da lei, bem como uma proteção à denominada "jurisprudência lotérica", além de contribuir, sem dúvidas, para uma maior fluidez do sistema jurídico.

Como apontou Oliveira (2003, p. 22), o processo em si não é apenas um tipo de estrutura técnica do instrumento processual com finalidade determinada, ele é muito mais, sendo uma de suas características mais importantes a das escolhas políticas. O processo toma uma nova importância se entendido sob esta perspectiva; a tarefa de criar mecanismos por meio de tais escolhas políticas para que se destinem a realizar valores essenciais da vida jurídica, principalmente concretizando o previsto na carta constitucional.

Por essas razões, é possível concluir que o IRDR também pode ser suscitado nas causas que tramitam perante os Juizados Especiais, desde que não haja decisão sobre a mesma

questão em IRDR no TJ ou TRF do respectivo estado, ou que diga respeito à matéria que não seja analisada pela Justiça Comum.

É preciso manter em mente que os Juizados não se excluem do sistema jurídico com um todo e é seu dever de possuir mecanismos hábeis não só a promover a unicidade, mas também para concretizar os preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. IRDR e a polêmica acerca da sua aplicação em juizados. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/irdr-e-a-polemica-acerca-da-sua-aplicacao-em-juizados-25092017#_ftn4>. Acesso em: 20 out. 2018.
- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas e riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 240, fev/2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CABRAL. Antônio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In *Revista de Processo*, ano 39, v. 231, mai/2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/10713934/A_escolha_da_causa-piloto_nos_incidentes_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_processos_repetitivos>. Acesso em: 24 out. 2018.
- CABRAL. Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, Vol. 147, mai/2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Forense, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 (reimpresso em 2002).
- CARBONI, Fernando Machado. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Turmas de Uniformização dos Juizados Especiais. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*. Salvador, v. 4, n. 1, jan/jun. 2018.
- CHASE, Oscar G. et al. *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson West, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Coleções Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 10. Coordenador Geral: Fredie Didier Junior. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GOMES, Brenda Janina Falcão. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): sistema de "causa-piloto" ou sistema de "procedimento-modelo"? Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr>>

- sistema-de-causa-piloto-ou-sistema-de-procedimento-modelo,590836.html>. Acesso em: 21 out. 2018.
- KENNE, Ilana Godinho. A extensão da influência do Musterverfahren na criação do incidente de resolução de demandas repetitivas. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/4031/1/2012_IlanaGodinhoKenne.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O NCPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes e os juizados especiais: esqueceram das turmas de uniformização? Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Volume 3, Precedentes, São Paulo, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ROMANO NETO, Odilon. Análise da relação entre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas e o microsistema dos juizados especiais. Revista de Processo, vol. 245/2015, jul/2015.
- _____; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JR., Hermes. Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo. Salvador. Juspodivm, 2016. p. 581-622.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único. 9. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do Juiz e Visão Corporativa do Processo. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. n. 27. Curitiba: Genesis, jan/mar 2003.
- SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. A Inconstitucionalidade da Aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nos Juizados Especiais. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/158906>>. Acesso em: 23 out. 2018.
- SOBRINHO, Marcelo Tadeu de Assunção. Assistemática na aplicação do IRDR ao Sistema dos Juizados Especiais. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 225-243, jul/dez 2016.
- SPADONI, Joaquim Felipe. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord); WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- TEMER, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Salvador: Juspodivm, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais. 50ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- WALTER, Gerhard. Mass tort litigation in Germany and Switzerland. Duke journal of comparative & international law. Vol. 11. N. 2. p. 369. 2001. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=djcil>>. Acesso em: 21 out. 2018.

CONSIDERAÇÕES SOBRE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA DE DIVÓRCIO NO BRASIL

Danilo Ribeiro Silva dos Santos¹

Leonardo Veiga Franco²

Luiza Tosta Cardoso³

Resumo: O presente trabalho analisa a aplicação de sentença de divórcio consensual no Brasil. Nos termos do art. 961, §1º, do CPC, a sentença estrangeira somente terá eficácia no Brasil após homologação pelo STJ. No entanto, o §5º do mesmo dispositivo determina que a sentença de divórcio consensual produz efeitos no Brasil independentemente de homologação. Assim, o divórcio consensual obtido no estrangeiro produz efeitos imediatos no Brasil. No entanto, a validade da sentença consensual de divórcio obtido no estrangeiro poderá ser analisada por qualquer juiz, em caráter principal ou incidental, quando tal questão for suscitada por qualquer das partes.

Palavras-chave: Reconhecimento de sentença estrangeira; Cooperação internacional; Cooperação processual; Divórcio consensual internacional;

INTRODUÇÃO

Em um mundo cada vez mais globalizado, onde as pessoas não se limitam as barreiras locais e estabelecem, com pessoas estrangeiras, relações familiares, comerciais, trabalhistas, etc percebe-se a importância da cooperação internacional.

Diante da importância da cooperação internacional, Nevitton Souza (2018, p. 566) aponta que

A dinâmica das fontes normativas, nacionais e internacionais, em matéria de cooperação jurídica internacional, evidencia uma necessária compatibilização e sistematização das regras aplicáveis ao reconhecimento de sentenças estrangeiras – um dos principais instrumentos de cooperação jurídica internacional.

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Advogado. daniloribeiro19905.adv@gmail.com

² Especialista em gestão empresarial pela Multivix. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim – FDCI. Advogado. l.veigafranco@gmail.com

³ Mestranda no programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Escrivã de Polícia do Espírito Santo. l.tostacardoso@gmail.com

O CPC de 2015, traz normas de cooperação jurídica internacional e estabelece normas gerais, nos artigos 26 e 27, disposições comuns, artigos 37 a 41, e prescreve nos artigos 960 a 965 o tratamento sobre a homologação de decisões estrangeiras e da concessão de exequatur às cartas rogatórias.

O instituto de reconhecimento de sentença estrangeira pela jurisdição brasileira recebeu tratamento mais detalhado no Código de Processo Civil de 2015, do que aquele dispensado ao tema, no Código de Processo Civil de 1973. No CPC/2015, o tema está tratado nos artigos 960 a 965.

Inicialmente, aponta-se que sentença estrangeira é aquela proferida mediante “à soberania de determinado Estado, e não a emanada de um Tribunal internacional que tem jurisdição sobre os Estados” (MAZZUOLI, 2011, p. 99). Não se confunde, portanto, com as decisões e sentenças de Tribunais Internacionais.

Nevitton Souza (2018, p. 579) aponta quatro sistemas de reconhecimento de sentenças estrangeiras: sistema ordinário, sistema mercosulino, sistema arbitral e o sistema extraordinário.

O sistema ordinário se procede mediante ação de homologação. O sistema ordinário é aquele em que é proposta ação de homologação de decisão estrangeira perante o STJ, seguindo o rito estabelecido pelos artigos 216-A a 216-N do RISTJ (SOUZA, 2018, p. 581), onde será realizado o juízo de deliberação (PINHO; HILL, 2016, p. 118).

Guilhemer Gonçalves Strenger (1987, p. 47) aponta que “a homologação tem por finalidade transferir os efeitos da sentença estrangeira para o território onde deva ser executada, isto é, dotá-la de eficácia mandamental no cumprimento do conteúdo decisório”.

O sistema mercosulino se opera mediante um procedimento simplificado entre os países do Mercosul através de carta rogatória, tendo por base o Protocolo de Las Leñas. Já o sistema arbitral tem por base a Convenção de Nova York de 1958.

E, por fim o sistema extraordinário ocorre quando o reconhecimento da sentença estrangeira é feito de forma incidental perante o juiz competente para execução da sentença, nas hipóteses em que dispensada a ação de homologação. (SOUZA, 2018, p. 579/587).

O CPC/15 indica que quanto ao sistema ordinário (ação de homologação) verifica-se “a subsidiariedade do sistema de reconhecimento por ele estabelecido, ao prescrever que será requerida a ação de homologação salvo quando existir disposição diversa contida em tratado internacional (art. 960, caput)”.(SOUZA, 2018, p. 571).

Nos termos do art. 961, do CPC, a execução de decisão estrangeira no território brasileiro deve obedecer às disposições legais, bem como as normas previstas em tratados internacionais. Ao passo, que não havendo nenhum regulamento sobre a referida decisão, quer internamente, quer nos tratados internacionais, a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias.

Importante apontar que, tanto no regramento constitucional (art. 105, I), como no CPC (art. 960 a 965), não há norma que disponha sobre a obrigatoriedade da ação homologatória.

Nesse contexto, o CPC, no art. 961 indica que a norma brasileira ou estrangeira pode excepcionar a exigência de homologação da decisão estrangeira.

Isto porque, nos termos do art. 960 do CPC, a exigência de ação de homologação de decisão estrangeira deve observar às normas internacionais, as quais podem dispensar este trâmite.

JUÍZO DE DELIBAÇÃO

Segundo Nevitton Souza (2018, p. 572), juízo de delibação “compreende a análise estrita, formal e sem se visitar o mérito da decisão estrangeira, apenas com o objetivo de constatar a concorrência ou não de requisitos previamente estabelecidos”, a fim de que se possa reconhecer a sentença estrangeira no Brasil.

O juízo de delibação observará as normas de tratados internacionais, em vigor no Brasil, as disposições do Código de Processo Civil e as determinações do Regimento Interno do STJ (art. 216-A a art. 216-N).

No Brasil, o reconhecimento de decisão estrangeira não atinge o mérito, mas apenas concede, ou não, autorização para que a referida decisão produza efeitos no Brasil. Esta análise é feita através do juízo delibação (SILVA NETO, 2014, p. 81/82).

O reconhecimento de sentença estrangeira tem por objetivo analisar se a referida sentença preenche os requisitos legais, para que possa ser executada no Brasil, e não busca o reexame do mérito da decisão (ARAUJO; MARQUES, 2014, p. 338).

Neste sentido, o Tribunal brasileiro fica adstrito aos aspectos que não interferem o mérito da decisão ou sentença estrangeira, de modo a preservar o conteúdo do julgado estrangeiro (CUNHA; TESHEINER, 2016, p. 37).

Ressalta-se que é possível que a extensão do conteúdo da sentença seja restrito, em face do não atendimento parcial aos requisitos da decisão estrangeira, porém, fica vedado à Jurisdição nacional ampliar o conteúdo da decisão. Assim, após análise do STJ, a sentença poderá ser homologada total ou parcialmente (STRENGER, 1987, p. 48).

O juízo de delibação irá analisar os requisitos legais, os quais estão previstos no art. 963 do CPC. Segundo Souza, “estes podem ser divididos em positivos e negativos, sendo que os primeiros precisam ter a presença confirmada no título decisório a ser reconhecido, enquanto os segundos não podem constar nas sentenças estrangeiras” (SOUZA, 2018, p. 573).

Nos dizeres de Barbosa Moreira (2005, p. 20/21), a observância destes requisitos

se destinam a assegurar, tanto quanto possível, que na formação do julgamento alienígena se hajam observado suficientes garantias de seriedade e de respeito aos direitos das partes. Quer-se ter por certo, ou quando nada por muito provável, que não se está diante de decisão arbitrária, emitida sem aquele mínimo de escrúpulos e de cuidados que se espera de um aparelho judicial “civilizado”. É comum, v.g., exigir-se que a sentença haja emanado de Justiça competente para decidir o litígio, que ao réu se tenha dado a possibilidade de defesa eficaz, e assim por diante.

A presença de um requisito negativo, este obsta a homologação da decisão estrangeira. No entanto, Humberto Pinho e Flávia Hill (2016, p. 119) ressaltam que:

a deficiência na comprovação do preenchimento dos requisitos consiste em questão preliminar, conduzindo à extinção do processo de homologação sem exame do mérito, enquanto que a verificação da efetiva ausência de preenchimento dos requisitos enseja a improcedência da ação de homologação. Cumpre destacar, ainda, que, verificando o Superior Tribunal de Justiça estar presentes todos os requisitos legais, deverá homologar a sentença estrangeira, prolatando sentença de procedência, que se revestirá de coisa julgada material. Trata-se de ato vinculado, não sendo cabível juízo de conveniência e oportunidade quanto à homologação da sentença estrangeira.

A sentença estrangeira somente será homologada se preencher todos os requisitos legais, visto que não há gradação valorativa entre eles, de modo que o não preenchimento de algum deles resulta no indeferimento da homologação da sentença estrangeira (PINHO; HILL, 2016, p. 119).

Requisitos positivos

Autoridade competente

Nos termos do art. 963, I, do CPC, a sentença estrangeira para ser homologada no Brasil deve ter sido proferida por autoridade competente. Analisa-se neste aspecto se a matéria é de competência da Jurisdição brasileira, estrangeira ou concorrente (PINHO; HILL, 2016, p. 119).

Nesse sentido, deve-se observar os artigos 21 a 23 do CPC. Verifica-se que o art. 21, do CPC, aponta as causas de competência concorrente entre a jurisdição brasileira e a estrangeira, e o art. 23, do CPC aponta as matérias de competência exclusiva da jurisdição brasileira.

Nevitton Souza (2018, p. 574) afirma que:

Caso se trate de matéria na qual o Brasil declara ter competência internacional exclusiva, o título decisório estrangeiro não será reconhecido, posto que, sob a ótica nacional, terá sido prolatado por autoridade incompetente. Caso se trate de matéria de competência internacional concorrente (art. 22 e 23 do CPC/15), do ponto de vista legal, não haverá óbice ao reconhecimento. Inclusive, nessa hipótese, caso haja processo idêntico em trâmite na jurisdição brasileira (litispendência), este não impedirá o reconhecimento da sentença estrangeira (art. 24, parágrafo único do CPC/15).

No caso da competência concorrente, nos termos do art. 321 e 322 do código de Bustamante (Decreto nº 18.871/1929), deve ser demonstrado que ambas as partes do processo se submeteram à jurisdição estrangeira de forma voluntária.

Neste caso, a submissão das partes a jurisdição estrangeira pode ser expressa ou tácita. A submissão tácita será “aferível a partir de atos praticados pelas partes que atestem a sua concordância com o julgamento pela autoridade estrangeira” (PINHO; HILL, 2016, p. 121).

Ressalta-se que neste aspecto não será analisada as normas estrangeiras de competência interna. Analisa-se apenas se a competência internacional para julgamento da matéria era exclusiva do país de origem, concorrente ou de competência brasileira (GRUENBAUM, 2017, p. 105). Daniel Gruenbaum (2017, p. 105) esclarece que:

Eventual infração de regra sobre competência (interna ou internacional) à luz do direito estrangeiro deve ser (ou deveria ter sido) suscitada no foro estrangeiro, sendo irrelevante ao juiz brasileiro – que não deve agir como instância revisora da aplicação das normas estrangeiras sobre competência dos tribunais estrangeiros.

Reconhecida a competência estrangeira, “em regra, não incumbe ao Judiciário brasileiro zelar pela correta aplicação da legislação interna de país estrangeiro, mormente se o ato homologando não é mais passível de modificação de acordo com a legislação do país de origem” (PINHO; HILL, 2016, p. 120).

Assim, quanto ao aspecto da competência, a sentença estrangeira não será reconhecida quando a competência for exclusiva dos tribunais brasileiros e na hipótese de competência internacional exorbitante⁴. (GRUENBAUM, 2017, p. 105).

Citação regular

Nevitton Souza (2018, p. 574/575) esclarece que:

o cumprimento de citações está sujeito aos princípios da *lex fori* e da *lex diligentiae*. Pelo primeiro, os atos praticados na mesma jurisdição estrangeira em que se desenvolve o processo deve respeitar as normas deste foro relativas à citação. Pelo princípio da *lex diligentiae*, por sua vez, os atos citatórios a serem praticados fora da jurisdição em que se desenvolve o processo originário devem respeitar as normas do local da citação.

Nos termos do art. 963, II, do CPC, caberá ao autor da ação de homologação comprovar a regular citação do réu no processo estrangeiro.

Moschen e Souza (2012, p. 6029) ensinam que, apesar de o Superior Tribunal de Justiça consignar no artigo 5º, inciso II da Resolução número 9/2005, a conjunção “ou”, se faz necessário substituir para a conjunção aditiva “e”, pois, para haver a depende prévia citação válida.

⁴ No Brasil, a competência exorbitante guarda caráter excepcional. E, se verifica pela não existência de justificativa para outro país exercer a jurisdição, seja porque a causa não guarda relação com o foro, ou até mesmo porque se verifica injusto submeter o réu àquela jurisdição. A competência exorbitante somente pode ser aferida no caso concreto (GRUENBAUM, 2017, p. 111).

Neste aspecto, importante destacar que não há qualquer óbice em se reconhecer uma sentença estrangeira em que se decretou a revelia do réu. Isto porque quando há revelia, houve, por certo, citação válida. Assim, “uma vez citado o réu e deixando ele de apresentar contestação no prazo legal, será legalmente decretada a revelia” (PINHO; HILL, 2016, p. 121).

A verificação da regularidade da citação deve seguir a lei em vigor no país estrangeiro onde tramita o processo. “Todavia, caso a citação tenha sido realizada em país diverso daquele onde esteve em curso o processo que ensejou a sentença homologanda, prevalecerá o princípio da *lex diligentiae*, segundo o qual deverá ser aplicada a lei do local onde a citação foi realizada” (PINHO; HILL, 2016, p. 121).

Cunha (2012, p. 824) leciona que, havendo situação de pedido de homologação de sentença estrangeira, recebida a petição inicial e citado o réu, este deve limitar sua defesa circunscrita à verificação dos requisitos formais da homologação, além de suscitar a desobediência da ordem pública. Isto porque se trata de um contencioso limitado.

Eficácia da decisão estrangeira

Nos termos do art. 963, do CPC, o terceiro requisito para homologação da decisão estrangeira é esta ser eficaz no país onde foi proferida.

Antes do CPC, a Resolução 09/2005 do STJ e o Regimento Interno do STF, art. 217, exigiam o trânsito em julgado da decisão. A modificação trazida pelo CPC se coaduna com Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, e com o Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Judiciária, de 1992, que dispõe que a decisão deve ter “força de coisa julgada e/ou executória”. Isto porque a finalidade é a produção dos efeitos da referida decisão no Brasil, ou seja, a sua executoriedade (SOUZA, 2018, p. 577).

Tradução oficial

Outro requisito para homologação de sentença estrangeira no Brasil é a tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado. Nos termos do Decreto 13.609/1943, a tradução oficial é aquela realizada por tradutores públicos cadastrados nas Juntas Comerciais dos Estados.

Não há mais a exigência que era prevista no art. 5º, IV da Resolução 09/2005 do STJ, em que determinava que a sentença estrangeira estivesse autenticada pelo Consulado brasileiro.

Requisitos negativos

Ofensa à coisa julgada ou à ordem pública

Os requisitos negativos estão previstos no art. 963, incisos IV e VI do CPC, que versam sobre a ofensa à coisa julgada brasileira ou à ordem pública.

Quanto à coisa julgada Francisco Silva Neto (2014, p. 88) aponta que:

Resta nítida a impossibilidade de internalização de julgados estrangeiros que versem sobre matéria amparada, no Brasil, pela autoridade da coisa julgada, diante da impossibilidade de convivência simultânea das duas decisões. Porém, se a demanda intentada no exterior não induzir litispendência em face do processo local, a existência deste processo, ainda que julgado em primeira instância e pendente de análise na esfera recursal, não obsta a homologação da sentença estrangeira. Ambos os processos tramitarão ao mesmo tempo, prevalecendo a decisão que primeiro passar em julgado.

No que tange à ordem pública, este tem por finalidade impedir que situações vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro sejam aplicadas no Brasil através da homologação de uma sentença estrangeira (SOUZA, 2018, p. 579).

Segundo Guilherme Gonçalves Strenger (1987, p. 48), "ordem pública, nesse caso, vem a ser o ato de exercício da soberania nacional, visando a impedir que o Estado escolha como efeitos o que internamente considera atentatório a princípios básicos e irrenunciáveis".

Portanto, preenchidos todos os requisitos, positivos e afastados os negativos, a sentença estrangeira está apta a produzir efeitos no Brasil. A homologação de uma sentença gera duas consequências, a formação de coisa julgada e o título executivo (GUILHERME, 2016, p. 281).

O ato da homologação tem força constitutiva. Assim, ao ser homologada pelo STJ, a sentença estrangeira adquire no Brasil a eficácia que lhe foi conferida no estrangeiro (ASSIS, 2016, p. 620).

SISTEMA EXTRAORDINÁRIO

O sistema extraordinário é aquele em que não se exige a ação de homologação para o reconhecimento da sentença estrangeira. O juízo de delibação será realizado de forma incidental pelo juiz competente para executar a sentença. Ou, caso não haja necessidade de execução, a sentença pode ser impugnada por qualquer das partes. (SOUZA, 2018, p. 585)

Deste modo, o art. 960, caput, do CPC, dispõe que "a homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado". E, ainda, o art. 961, caput, do CPC, determina que "a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado".

A Carta Magna não soergueu o juízo de delibação como condição inafastável para a execução de provimentos estrangeiros em nosso território, podendo, pois, o tratado ou a lei infraconstitucional dispensá-lo" (PINHO; HILL, 2016, p. 116).

Fica claro, nos dispositivos do CPC (art. 960 e 961) que a ação de homologação somente será ajuizada caso a lei ou tratado internacional não disponha de modo diverso.

Dessa forma, havendo previsão legal nacional ou internacional, que dispense o procedimento homologatório, não há que se falar no ajuizamento da referida ação.

Ressalta-se que, apesar da dispensa da ação homologação, o art. 961, §6º, do CPC prescreve que “na hipótese do §5º, competirá a qualquer juiz examinar a validade da decisão, em caráter principal o incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência”.

Neste contexto, pode se destacar a sentença de divórcio consensual prevista no art. 961, §5º, do CPC.

SENTENÇA DE DIVÓRCIO OBTIDO NO ESTRANGEIRO

A sentença estrangeira de divórcio nem sempre foi aceita no Brasil. Inicialmente, não se permitia a homologação de sentença estrangeira de divórcio, sob o fundamento de violação à ordem pública. Posteriormente, passou-se a admitir a homologação apenas para fins patrimoniais. Ainda pode se observar, ao longo da história, jurisprudência que homologava a sentença de divórcio atribuindo no mesmo caso efeitos diversos para o cônjuge brasileiro, concedendo apenas efeitos patrimoniais, e para o estrangeiro, todos os efeitos do divórcio (VALLADÃO, 2012, p. 531/532).

Com a evolução social e da jurisprudência, enfim, o Brasil passou a homologar as sentenças estrangeiras de divórcios, atribuindo-se todos os efeitos, isto é, a ruptura do vínculo conjugal, os efeitos patrimoniais, bem como a possibilidade de contrair novo casamento (VALLADÃO, 2012, p. 532/533).

Atualmente, o CPC/2015 possibilita que as sentenças estrangeiras de divórcio consensual produzam efeitos no Brasil independente de homologação (art. 961, §5º). Souza (2018, p. 571) adverte, neste mesmo sentido, que por força deste diploma processual, os efeitos das referidas sentenças são automáticos na ordem interna.

O casamento se amolda a um contrato, solene e público, em que permite que no caso de não haver conflito entre as partes, possa ser dissolvido por consenso bilateral de forma extrajudicial (SANTOS, p. 3).

A Lei 11.441/07 conferiu a possibilidade de divórcio no Brasil através de escritura pública, sem a necessidade de intervenção judicial. Em razão disso, Humberto Pinho e Flavia Hill (2016, p. 117) apontam que:

Se, no Brasil, o divórcio consensual não mais precisa ser decretado por sentença judicial, correlatamente o ato estrangeiro que decreta o divórcio consensual não depende de prévia homologação pelo STJ para a produção de efeitos no Brasil. Agiu com perspicácia o legislador, posicionando-se de forma coerente e harmônica com as demais normas em vigor.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2016, p. 250), o divórcio consensual simples independe de homologação da sentença, enquanto que o divórcio consensual qualificado (aquele que é

cumulado com guarda, alimentos e partilhas bens) exige anterior homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos moldes do artigo 1º, §3º do Provimento 53/2016.

DISPENSA DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA DE DIVÓRCIO CONSENSUAL

No Brasil, atualmente, após edição da Lei 11.441/2007, é possível a realização de divórcio consensual através de escritura pública, desde que o casal não tenha filhos menores ou incapazes. A referida lei dispensou a exigência de que os divórcios consensuais fossem realizados apenas através de sentença judicial, tornando mais célere os divórcios, quando não existe conflito entre as partes (WAMBIER, et. al, 2016, p. 962).

Em paralelo a essa mudança, o CPC/2015 também dispensou que as sentenças estrangeiras de divórcio consensual também tenham que passar pelo trâmite judicial, isto é, pela ação de homologação. Humberto Pinho e Flávia Hill (2016, p. 116/117) apontam que:

Assim sendo, agiu com extremo acerto o legislador ao deixar claro que o prévio juízo de delibação pelo E. STJ não consiste em exigência peremptória em nosso ordenamento jurídico-processual para o cumprimento de provimentos jurisdicionais estrangeiros. [...] Desse modo, no §5º do artigo 961, agiu com extrema coerência o legislador, adotando entendimento que já apregoávamos, no sentido de dispensar expressamente a homologação de sentença estrangeira de divórcio consensual. Isso porque, desde a edição da Lei Federal no 11.441/07, tornou-se facultativa, no Brasil, a intervenção judicial para fins de decretação do divórcio consensual, podendo os interessados desfazer o vínculo conjugal através da lavratura de escritura pública, portanto, através de um ato administrativo, não-jurisdicional, desde que preenchidos os requisitos legais. Se, no Brasil, o divórcio consensual não mais precisa ser decretado por sentença judicial, correlatamente o ato estrangeiro que decreta o divórcio consensual não depende de prévia homologação pelo STJ para a produção de efeitos no Brasil. Agiu com perspicácia o legislador, posicionando-se de forma coerente e harmônica com as demais normas em vigor.

O texto legal (art. 961, §5º) refere-se à sentença judicial, porém, também terá validade no Brasil, as decisões de divórcio consensual obtidas no exterior, de forma extrajudicial. De igual forma que se permite os divórcios consensuais no Brasil, também tem validade os divórcios consensuais realizados no estrangeiro, ainda que não judicializados, desde que a decisão preencha os requisitos necessários (tópico 1), sendo exequível no país de origem (ÁVILA, 2016, p. 525).

Ao mesmo tempo que o CPC dispensou a ação de homologação das sentenças estrangeiras de divórcio, possibilitou que as partes interessadas questionem, de forma incidental ou principal, os problemas que podem advir da referida sentença (art. 961, §6º, CPC).

Verifica-se que não caberá ao juiz nacional competente para apreciar o caso, rever a decisão prolatada no estrangeiro. Caberá apenas a análise dos requisitos do juízo de delibação. O juízo nacional não pode funcionar como uma segunda instância da sentença estrangeira, mas apenas verificar a sua eficácia dentro do território nacional.

A dispensa prévia da ação de homologação não significa ausência de mecanismos de controle. Não se pode admitir que uma sentença inválida produza efeitos no território nacional. Podem as partes arguir a validade ou invalidade da sentença estrangeira perante o juiz brasileiro. Esse questionamento pode ser feito dentro de um processo já em curso, em que a sentença estrangeira de divórcio consensual é utilizada. Ou ainda, é possível que as partes questionem, de forma autônoma a validade/invalidade da sentença estrangeira (PINHO; HILL, 2016, p. 117/118).

Portanto, as sentenças estrangeiras de divórcio consensual, apesar de não se submeterem a ação de homologação, caso impugnada judicialmente, deve ser observado os requisitos do juízo de delibação, positivos e negativos. Neste ponto, Nevitton Souza (2018, p. 586) explica que:

Embora haja dispensa de ação homologatória, ou outro procedimento autônomo e prévio, não há que se falar em suplantação do juízo de delibação e sua aferição de compatibilidade formal da sentença estrangeira com a ordem jurídica nacional brasileira. Os próprios dispositivos reiteram a necessidade de que a autoridade judicial exerça um “exame de validade” do título decisório alienígena – “examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental” (§6º, art. 961, CPC/15) e “ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento” (§4º, art. 962, CPC/15).

Guilherme Amaral (2018, p. 962) acrescenta que além da validade, as partes podem levar ao Judiciário brasileiro “controvérsia no Brasil quanto à validade, eficácia, interpretação ou cumprimento da sentença, tais questões poderão ser decididas pelo juiz ou tribunal perante o qual tenham sido arguidas”.

Importante observar que o CPC, apenas se refere à sentença de divórcio consensual, não abordando temas que muitas vezes são abordados juntos do pleito de divórcio. Neste ponto, indaga-se acerca das temáticas relacionadas a filhos menores, como aspectos correlatos à guarda, aos alimentos, ao direito de visita, etc., quando estes assuntos vêm arguidos, conjuntamente, na sentença de divórcio consensual.

Tal tema ainda não encontra regulamentação no Regimento Interno do STJ. Verificada a ausência de regulamento legal acerca deste ponto em específico, considerando que o CPC se alinhou à Lei 11.441/2007, busca-se uma interpretação conjunta entre os diplomas legais.

O CPC desburocratizou a sentença estrangeira de divórcio consensual, porém não parece lógico permitir que a dispensa de procedimento judicial em casos em que a Lei nacional o exige. Assim, em interpretação sistemática entre a Lei 11.441/2007 e o CPC, a princípio entende-se que nos casos envolvendo filhos menores, haverá a necessidade de ação de homologação judicial pelo STJ, ainda que de forma parcial, apenas no que tange a estes aspectos (WAMBIER, et al., 2016, p. 962).

Outro ponto que merece destaque é acerca da sentença de divórcio consensual tratar de bens imóveis situados no Brasil. Neste ponto, deve-se observar a prescrição do art. 23 do CPC, que determina a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil.

O art. 23, inciso III do CPC é claro acerca da competência da autoridade judiciária brasileira, em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Deste modo, caso a sentença estrangeira de divórcio consensual trate acerca de bens imóveis situados no Brasil, este aspecto da sentença não tem validade no território nacional, pois viola o requisito da competência, visto ser matéria de competência nacional exclusiva. Nada impede, contudo, que esta sentença estrangeira seja executada, parcialmente, isto é, apenas nos pontos em que não ofenda à lei brasileira, nem nenhum dos outros requisitos para validade da sentença estrangeira no Brasil.

Neste sentido Henrique Ávila (2016, p. 525) esclarece que:

A exceção do art. 961, §5º e 6º, somente será aplicada se a partilha não envolver bens situados no Brasil, porque, do contrário, a sentença estrangeira se porá a contrariar norma de jurisdição exclusiva nacional, o que poderá ser objeto de impugnação pela via principal ou incidental referida pelo §6º do dispositivo. Nada obsta, entretanto, que, ocupando-se a sentença estrangeira de bens situados no Brasil, mas também de outros direitos, seja ela executada parcialmente, no que não ofender a norma do art. 23, III, do NCPC, porque o art. 961, §2º, permite o aproveitamento dos capítulos da sentença que estejam regulares.

Assim, verifica-se que o art. 961, §5º, do CPC trouxe importante avanço na desburocratização da sentença estrangeira de divórcio consensual, o que não significa ausência de controle jurisdicional, cabendo a atuação do Judiciário para assegurar as garantias processuais (PINHO; HILL, 2016, p. 129).

CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu tecer considerações sobre a homologação de sentença circunscrita ao divórcio consensual no Brasil, tendo como ponto de partida a norma inserta no artigo 961, parágrafo quinto do Código de Processo Civil de 2015.

Ao longo do artigo, deixou-se clara a inovação do legislador do diploma processual de 2015 em dispensar a homologação para os casos de sentença estrangeira de divórcio consensual, o que não significa ingerência do Judiciário, pelo contrário, este órgão será instado a se manifestar na ocasião de as partes suscitarem questão da validade ou invalidade da sentença estrangeira.

Igualmente, destacou-se a obediência dos requisitos (positivos e negativos) formais para o Superior Tribunal de Justiça cumprir com a homologação, consignando que nem o autor do pedido de homologação, nem o réu da ação e tampouco o Judiciário pode se imiscuir na questão meritória da sentença, circunscrevendo-se a averiguação do cumprimento ou não das exigências legais para a homologação.

No tocante aos pleitos de divórcio, em conjunto, com situações que envolvam filhos menores, a priori, entendeu-se por aplicar a interpretação sistemática, havendo que recorrer à ação de homologação pelo STJ. Já no que se refere à partilha de bens, a sentença estrangeira tende a ser executada de modo parcial, desde que não ofenda a legislação brasileira e as exigências legais para a validade da sentença estrangeira no Brasil.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. Alterações no novo CPC – o que mudou?: comentários por artigos e precedentes jurisprudenciais. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters, 2018.
- ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. International judicial cooperation in Brazil: recognition and enforcement of foreign decisions at the Superior Court of Justice. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 337-349, 2014.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. atual. 1 v, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ÁVILA, Henrique. Homologação de decisão estrangeira e concessão de exequatur à carta rogatória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Temas essenciais do novo CPC*. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 519-525.
- CUNHA, Daniel Sica da. A homologação de sentença estrangeira no Brasil. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 2, ano 1, 2012.
- CUNHA, Marcelo Garcia da; TESHEINER, José Maria. Homologação de sentença estrangeira e carta rogatória no Novo Código de Processo Civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 70, jan.-fev. 2016.
- GRUENBAUM, Daniel. Competência internacional indireta (art. 963, I, CPC 2015). *Revista de Processo*, v. 266, p. 99-151, abr. 2017.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Homologação de sentença estrangeira. *Revista de arbitragem e mediação*. v. 50, p. 277-293, jul-set. 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. v. 124, p. 19-27, jun. 2005.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HILL, Flavia Pereira. Considerações sobre a homologação de sentença estrangeira no novo código de processo civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 10, v. 17, n. 1, p. 112-134, jan-jun. 2016.
- SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Homologação de “sentenças” estrangeiras de divórcio consensual. *BDJur*. <<https://core.ac.uk/download/pdf/79074622.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2020.

- SILVA NETO, Francisco de Barros e. Breves considerações sobre o reconhecimento de sentenças estrangeiras. *Revista de processo*. v. 288, p. 81-98, fev. 2014.
- SOUZA, Nevitton Vieira. Sistemas de reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. ano 12, v. 19, n. 3, p. 565-590, set-dez. 2018.
- SOUZA, Nevitton Vieira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. A reserva de ordem pública na homologação de decisões estrangeiras sob a ótica do Judiciário brasileiro. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3ba8f1bee1238a2>>. Acesso em: 16 jan. 2020.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. Homologação de sentença estrangeira de divórcio. *Revista dos Tribunais*. ano 76, v. 622, p. 46-54, ago. 1987.
- VALLADÃO, Haroldo. Efeitos das sentenças estrangeiras de divórcio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*. vol. 4, p. 529-548, fev. 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CONTRIBUIÇÕES DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL TRANSNACIONAL ELI/UNDRIT PARA O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO CPC/2015

Frederico Ivens Miná Arruda de Carvalho¹

Resumo: O artigo tem por finalidade a investigação das contribuições inferíveis dos Princípios do Processo Transnacional do Projeto do European Law Institute e do Unidroit para o delineamento do princípio da cooperação tipificado no art.6º do CPC/2015. Para tal desiderato será analisada, inicialmente, a harmonização do sistema processual pátrio com as normas transnacionais, em seguida, será investigado o conteúdo semântico da norma do art. 6º do CPC/2015 e, por fim, a partir do texto dos Princípios do Processo Transnacional, em qual medida estes influenciam no processo cooperativo.

Palavras-chave: Processo Civil Transnacional; Princípios ELI/Unidroit; Cooperação; Deveres.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por desiderato proceder a uma análise das possíveis contribuições dos Princípios do Processo Civil Transnacional do Projeto ELI/Unidroit para a concretização do modelo de processo cooperativo no sistema brasileiro a partir do princípio emanado do Código de Processo Civil de 2015.

Dentro da plêiade de inovações trazidas pelo diploma processual vigente, constata-se que este positivou, a partir da norma fundamental do seu art.6º, um modelo de processo, investido de natureza principiológica, com nítida influência dos sistemas jurídicos alemão e português, designando a instauração de uma comunidade de trabalho entre Estado-Juiz e partes com vistas ao alcance, em tempo razoável, de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Em outra toada, certo é que na sociedade globalizada, as fronteiras para os litígios, não raro, transcendem os limites territoriais dos Estados (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2019, p. 179-180), de modo que o acesso à justiça, sob o viés de que, instrumentalizada pelo processo, se presta à efetiva e adequada tutela dos conflitos, com o resguardo das legítimas expectativas das partes e consequente pacificação das relações sociais, reclama que se revise a ideia

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito/Curso JusPodivim. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *E-mail:* frederico.ivals@gmail.com.

tradicional deste instituto como manifestação estrita da soberania de cada país, dissociada, em absoluto, do influxo das normas estrangeiras.

Nesta linha, o Projeto do European Law Institute e do Unidroit, destinado à produção de regras-modelo para o processo transnacional no continente europeu se funda em estudos contemporâneos sobre a atribuição dos papéis dos sujeitos processuais e contempla, em seu estágio, atual a enunciação de Princípios do Processo Transnacional com expressivo impacto na compreensão e aplicação da norma fundamental do CPC brasileiro quanto ao seu caráter cooperativo, mormente ante sua permeabilidade transnacional e pretérita influência do direito europeu.

Portanto, será objeto de investigação neste estudo em que medida os Princípios do ELI/Unidroit, sobretudo os concernentes aos deveres e obrigações das partes, advogados e da responsabilidade do juízo na direção do processo influenciam na concretização do processo cooperativo erigido por opção legislativa.

Para tal desiderato, inicialmente serão examinadas as formas de harmonização do direito processual civil com os ordenamentos forâneos e sua incidência no sistema jurídico brasileiro, sob a égide do modelo constitucional de processo da lei 13.105/2015.

Em seguida, analisadas a conformação atual da norma fundamental do artigo 6º do CPC/2015 e as nuances da incorporação de normas e valores do direito alemão e português, notadamente no que tange à configuração de uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais e dos deveres consequentes.

Por fim, pesquisados os Princípios do Processo Transnacional do ELI/Unidroit e investigado em que medida estes se coadunam com a atual conformação da norma no direito pátrio e qual sua possível contribuição para os delineamentos do processo cooperativo.

DA HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO COM NORMAS TRANSNACIONAIS A PARTIR DO CPC/2015

A concepção tradicional do processo como manifestação da soberania estatal na instrumentalização de sua jurisdição, disciplinado, assim, por um procedimento legislado com pretensão de completude e hermeticidade a qualquer manifestação de atuação criativa das partes, métodos alternativos à prestação adjudicatória ou influência do direito estrangeiro (MOSCHEN; BARBOSA, 2018, p. 211) não mais se coaduna com sua idoneidade para a resolução a contento dos litígios na sociedade atual.

Desta forma, recebe a jurisdição uma releitura necessária, conquanto relevante mecanismo de resolução de disputas, a partir de uma concepção de Justiça Multiportas (CABRAL, 2019, p. 25-26), atribuída à solução adequada dos litígios, o que influi decisivamente no desenho estrutural do processo, que passa a ser adequado pela vontade criativa das partes e sensível às influências do direito transnacional.

Não se pode descurar, conforme alertam MOSCHEN e CAMPEÃO (2018, p. 17), que a sociedade atual se caracteriza por uma internacionalização das relações humanas, fruto da ampla mobilidade dos fatores produtivos e permeabilidade das fronteiras, sendo, assim, expressivo o trânsito de bens, pessoas e titularidades, o que enseja, como consequência implacável, o aumento de litigiosidade, por meio de demandas com elementos de estrangeira, que quedam por “colocar em xeque as estruturas jurídico-processuais existentes, baseadas em uma concepção de processo adstrita às fronteiras nacionais”.

Deve, portanto, ser superada a ideia de hermeticidade do direito processual, posto como a realidade, que reclama um instrumento apto a tutelar adequadamente os conflitos, indica a impositiva eliminação da fragmentariedade e conseqüente insegurança jurídica e social causada nas relações transnacionais.

A desejada harmonização pode-se dar tanto por meio de reformas internas dos ordenamentos jurídicos, que culminam com a incorporação de especificidades e tendências dos sistemas estrangeiros, através de uma opção do legislador nacional, quanto pela celebração de instrumentos bilaterais, regionais ou multilaterais, que se prestem a padronizar os sistemas internos dos Estados soberanos (MOSCHEN; NOGUEIRA, 2018, p. 203).

Nesta ordem de ideias, o exame do art.6º do CPC/2015 indica que este efetivamente incorporou um arcabouço normativo fruto de nítida influência estrangeira, tendo por fio condutor a doutrina que influenciou na sua elaboração, sendo, outrossim, passível de aprimoramento a partir dos Princípios do Processo Transnacional do ELI/Undroit, conquanto fundados no mesmo conteúdo valorativo.

DA NORMA FUNDAMENTAL DO ART. 6º DO CPC/2015: COOPERAÇÃO COMO PRINCÍPIO, MODELO DE PROCESSO E FONTE DE DEVERES

O texto do Código de 2015 (lei 13.105/2015) externa que vivenciamos uma nova fase metodológica da ciência processual, com a dominância dos valores constantes do texto constitucional.

Em boa hora o processo supera o caráter de mero instrumento de realização do direito material, convolvendo-se em mecanismo democrático destinado à solução adequada dos litígios e ao alcance do ideal de uma justiça material, sob o influxo de valores como igualdade, participação, efetividade e segurança, concretizando-se, assim, a instrumentalidade constitucional (PORTO, 2018. p. 22-24).

Nesta toada, no seu primeiro livro, em adendo às relevantes enunciações de que o processo deve ser ordenado, disciplinado e interpretado à luz da Constituição (art.1º); que o acesso à tutela jurisdicional deve ser assegurado sempre que se vislumbrar ameaça ou lesão a direito (art.3º) e que o ordenamento jurídico deve ser aplicado em consonância com os fins sociais, exigência do bem comum e balizado pela proporcionalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência (art.8º), com a dispensa de tratamento isonômico e oportunidade

de exercício de um contraditório forte (art. 7º, 9º e 10), exalta o CPC/2015 em seu art. 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O enunciado contempla, em si, um caráter revolucionário, posto como, ao mesmo tempo em que se preocupa com o atributo “justa” do resultado da prestação jurisdicional, indica ser este construído conjuntamente por todos os sujeitos que interferem no processo.

Deste modo, conforme assevera MITIDIERO (2015, p. 47-51), a adoção de uma chave de leitura adequada indica a relevância da norma, que, concomitantemente, atua como modelo, ao caracterizar o processo civil brasileiro e como princípio, ao estabelecer um estado de coisas como norte do seu funcionamento.

Percebe-se nitidamente que o dispositivo em epígrafe expressa a influência da *Kooperationsmaxime* do Direito Alemão, que, conforme registro de Reinald Greger traduzido por KOCHER (2016, p. 301), é fundada na ideia de que seja formada uma “comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre partes e juízo, com equilíbrio na divisão de tarefas e imposição do dever de que o processo seja adequadamente conduzido, mediante debate sobre os fatos e questões relevantes; oportunidade de influência e coparticipação, encontrando-se atualmente positivado no § 139 da ZPO com a redação conferida no ano de 2001:

Em tradução livre: § 139 Gerenciamento de Processo Material (1) O tribunal discutirá, na medida do necessário, o assunto e a disputa com as partes do lado fático e jurídico e fará perguntas. Terá o dever de garantir que as partes forneçam explicações oportunas e completas de todos os fatos relevantes, em particular complementando informações insuficientes sobre os fatos alegados, designando as evidências e fazendo as reivindicações pertinentes. (2) Sobre um ponto de vista que uma parte manifestamente ignorou ou considerou insignificante, o tribunal pode, na medida em que diz respeito não apenas a uma reivindicação subordinada, basear sua decisão se tiver sido informada e tiver a oportunidade de comentar. O mesmo se aplica ao ponto de vista que o tribunal julga a partir de fundamento diferente dos trazidos por ambas as partes. (3) O Tribunal Geral deve chamar a atenção para as questões existentes em relação às matérias a serem levadas em consideração *ex officio*. (4) As informações de acordo com esta disposição devem ser fornecidas o mais cedo possível e registradas. O problema delas só pode ser provado pelo conteúdo dos arquivos. Somente a evidência de falsificação é admissível contra o conteúdo do arquivo. (5) Se não for possível para uma parte dar uma explicação imediata de uma ordem judicial, o tribunal, a seu pedido, determinará um período dentro do qual poderá levar a declaração a uma declaração escrita.²

Ademais, verifica-se previsão semelhante à do diploma brasileiro no art. 7º do Código de Processo Civil de Portugal:

Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961) Princípio da cooperação

1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes

² Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_139.html . Acesso em 13/11/2019.

ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

O exame da doutrina brasileira³ indica que os ensinamentos de Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 174-184) quanto à imposição, como decorrência do princípio da cooperação, de um feixe de deveres intersubjetivos para partes e magistrado é esposado em quase unanimidade, sendo, assim, prevalente o entendimento de que às partes são impostos os deveres de esclarecimento, lealdade e proteção e ao juízo os de esclarecimento, diálogo, proteção e auxílio (neste sentido DIDIER, 2011, p. 213-216), de modo que é nítido que esta doutrina influenciou de maneira decisiva na adoção de uma concepção de processo cooperativo no CPC/2015.

Nesta linha, anota Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 115-119) que os deveres de cooperação têm sua origem no direito obrigacional e se destinam a regular melhor o comportamento dos sujeitos processuais, coibindo abusos de direitos e tornando mais leal e ética a busca pelo resultado do processo, sem a eliminação da existência de interesses contrapostos das partes.

Conclui-se, portanto, que o legislador brasileiro, em código construído em consonância com a doutrina contemporânea, perfilhou um princípio e modelo de processo cooperativo como fonte de deveres intersubjetivos, aptos à superação de comportamentos anticooperativos das partes e juízo, dentro de uma espontânea harmonização com o estado da arte no sistema europeu.

Contudo, aí não se exaure a contribuição forasteira para o modelo de processo cooperativo, conforme estudado a seguir.

DOS PRINCÍPIOS DO ELI/UNIDROIT E SUA INFLUÊNCIA NO MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO

Fruto dos estudos realizados pelo European Law Institute e pelo Unidroit, os Princípios ELI/Unidroit do Processo Transnacional têm, conforme registro de seus fundadores Geoffrey C. Hazard Jr, Michele Taruffo, Rolf Sturmer e Antonio Gidi⁴, por desiderato combinar os melhores

³ À guisa de exemplo: DIDIER JR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: *Revista dos tribunais*, vol.127/2005, p. 75-79, set/2005. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. ZANETI JR, Hermes. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo. In: *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Org. Edgard Automar Marx Neto [et al.] Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 142-153. E GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. In: *Revista de processo*, vol. 172/2009, p. 32-53, jun/2009.

⁴ A respeito da origem do projeto confira-se: Introduction to the principles and rules of transnational civil procedure. In: *University of Pennsylvania law school. penn & law: legal schoolship repository*. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016418. Acesso em 14/11/2019.

elementos dos diversos ordenamentos, emanando normas principiológicas passíveis de assimilação pelas tradições legais, com vistas à oferta de um sistema de justiça apto à solução de disputas envolvendo conflitos transnacionais, buscando, assim, a redução da incerteza que paira sobre as partes que litigam em foro estrangeiro.

O desígnio dos princípios, conforme giza C.H Van Rhee⁵ é o de facilitar a aplicação do direito da União Europeia e, por consequência, o exercício das liberdades de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais, por meio da criação de parâmetros equitativos para os cidadãos e empresas no continente europeu.

Desta forma, sendo nítida, conforme já asseverado, a influência no sistema brasileiro de fontes do continente europeu, o estudo dos princípios, indicativos da tendência de futura fixação das normas transnacionais, se revela curial, eis que conforme assevera ZANETI JR (2018, p. 148-153), “algumas das orientações adotadas já nos permitem discutir e aprofundar os potenciais impactos que terá na compreensão do CPC brasileiro, que parte das premissas inerentes ao mesmo caldo cultural no qual surgem as orientações europeias”.

Firmadas estas premissas, passa-se à análise dos princípios relevantes para a compreensão e densificação do modelo cooperativo de processo, notadamente no que tange à imposição de deveres às partes, advogados e Estado-Juiz.

Verifica-se que as enunciações de diversos princípios já encontram guarida no sistema brasileiro, sendo, não raro, incorporados em dispositivos do CPC/2015, que, não raro, repristinam artigos do diploma anterior, do que se infere a contínua influência da ciência processual europeia no nosso sistema jurídico.

Inicialmente, infere-se o modelo dispositivo a partir do Princípio 10.3⁶ que estabelece, em síntese, que o escopo do processo é determinado pelas manifestações das partes, o que se identifica no sistema brasileiro, no qual os limites objetivos da demanda são fixados pelas postulações das partes, o que se estende até mesmo na seara recursal, ante a projeção da devolutividade dos recursos.

Ademais, emerge a manifestação da isonomia e contraditório a partir do Princípio 3.1⁷, que traz a imposição do dever do Estado-Juiz de conferir às partes igualdade de tratamento e oportunidade de alegar e comprovar fatos que confirmam suporte a suas pretensões, e com o Princípio 5⁸, que trata do direito das partes de apresentar as alegações relevantes de matéria

⁵ *Gerenciamento de casos (case management) na Europa: uma abordagem moderna da justiça civil*. Trad. de Daiane Gonçalves Ornellas Lima, Hermes Zaneti Jr. e Marco Antônio Rodrigues, no prelo.

⁶ 10.3 The scope of the proceeding is determined by the claims and defenses of the parties in the pleadings, including amendments.

⁷ 3.1 The court should ensure equal treatment and reasonable opportunity for litigants to assert or defend their rights.

⁸ 5. Due Notice and Right to Be Heard 5.4 The parties have the right to submit relevant contentions of fact and law and to offer supporting evidence. 5.5 A party should have a fair opportunity and reasonably adequate time to respond to contentions of fact and law and to evidence presented by another party, and to orders and suggestions made by the court. 5.6 The court should consider all contentions of the parties and address those concerning substantial issues.

fática e jurídica e consequente dever de oportunizar em tempo razoável, a manifestação da parte adversa e de levar em consideração as alegações das partes na decisão.

Clara, assim, a harmonia dos postulados em epígrafe com o texto do CPC/2015, notadamente seu art. 7º, que assegura às partes a paridade de tratamento em relação ao exercício dos seus direitos e faculdades processuais, meios de defesa e ônus, com o zelo, pelo magistrado, do contraditório.

Há, igualmente, convergência dos princípios em epígrafe com o art. 369 do CPC/2015, que prenuncia que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz e com o art.489,§ 1º, que impõe, na fundamentação analítica da decisão judicial, o enfrentamento “de todos os argumentos deduzidos no processo capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Quanto à disposição da livre valoração e o princípio da comunhão dos meios de prova, independente da parte que os produziu (art.371 do CPC/2015), perceptível a similitude da redação entre o dispositivo em testilha e o Princípio 16.6⁹, que preconiza que tal valoração deve ser livre e veda a atribuição de qualquer significado injustificado conforme o tipo ou fonte da prova ou a parte que a produziu.

Vislumbra-se que a preocupação com a garantia da razoável duração do processo, positivada no art.5º, LXXVIII da Constituição Federal e aprofundada nas normas fundamentais do art.4º e 6º do CPC/2015, que estabelecem, respectivamente, ser esta concernente à solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa e cujo alcance é fruto da cooperação dos sujeitos do processo, guarda compatibilidade com o Princípio 7 do ELI/Unidroit¹⁰ que trata da “prompt rendition of justice”, como dever da corte de resolver a disputa em prazo razoável, com a consequente imposição de procedimentos, prazos e sanções e do dever das partes de cooperar com tal intento.

Lado outro, quanto ao Princípio 9¹¹, que versa sobre a estruturação do procedimento e enuncia que na fase de articulação, as partes devem apresentar suas reivindicações por

⁹ 16.6 The court should make free evaluation of the evidence and attach no unjustified significance to evidence according to its type or source.

¹⁰ 7. Prompt Rendition of Justice 7.1 The court should resolve the dispute within a reasonable time.7.2 The parties have a duty to cooperate and a right of reasonable consultation concerning scheduling. Procedural rules and court orders may prescribe reasonable time schedules and deadlines and impose sanctions on the parties or their lawyers for noncompliance with such rules and orders that is not excused by good reason.

¹¹ 9. Structure of the Proceedings 9.1 A proceeding ordinarily should consist of three phases: the pleading phase, the interim phase, and the final phase. 9.2 In the pleading phase the parties must present their claims, defenses, and other contentions in writing, and identify their principal evidence. 9.3 In the interim phase the court should if necessary: 9.3.1 Hold conferences to organize the proceeding; 9.3.2 Establish the schedule outlining the progress of the proceeding; 9.3.3 Address the matters appropriate for early attention, such as questions of jurisdiction, provisional measures, and statute of limitations (prescription); 9.3.4 Address availability, admission, disclosure, and exchange of evidence; 9.3.5 Identify potentially dispositive issues for early determination of all or part of the dispute; and 9.3.6 Order the taking of evidence. 9.4 In the final phase evidence not already received by the court according to Principle 9.3.6 ordinarily should be presented in a concentrated final hearing at which the parties should also make their concluding arguments.

escrito, especificando os meios de prova; na fase intermediária, o tribunal deve ordenar o procedimento para julgamento, se necessário, com a realização de audiência destinada à tal finalidade, e procedendo à análise das matérias que reclamam deliberação antecipada, como questões de jurisdição, medidas provisórias e prejudiciais de mérito (há explícita alusão à prescrição), sobre os meios de prova e estabelecer cronograma; e que a fase final deve contemplar audiência para a colheita dos meios de prova complementares e apresentação de argumentos finais pelas partes, verifica-se plena consonância com as normas do CPC/2015.

Outrossim, a conformação atual do procedimento no diploma brasileiro, que prevê um saneamento difuso do processo, conglobante desde a complementação do ato postulatório da parte requerente (art.321); a instauração de contraditório e prévia deliberação sobre fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito antes do julgamento antecipado da lide (art.350); a possibilidade de saneamento compartilhado em audiência (art.357, § 3º) e a ampla calendarização procedimental (art.191) e sua adoção impositiva na produção da prova pericial (357, § 8º), indica a adoção da mesma postura ideológica do processo estrangeiro.

Entretanto, a contribuição mais relevante dos Princípios do ELI/Unidroit reside, justamente, no preenchimento de hiatos dos parâmetros de comportamento cooperativo dentro da boa-fé normativamente controlada do processo cooperativo (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016, p. 87-90), sendo, neste aspecto, extremamente rica.

Inicialmente, é possível se vislumbrar a densificação do dever de esclarecimento a partir dos Princípios 9.2 e 11.3¹².

Estabelecem estes o dever das partes indicar, com “razoável detalhamento” os fatos relevantes e fundamentos de seus pleitos, especificando os meios de prova que desejam se utilizar em suporte aos fatos, significando não apenas o dever de dialeticidade das manifestações processuais, como reflexo do dever imposto ao magistrado (MADUREIRA, 2017, p. 184-188), mas, conforme assevera ZANETI JR (2018, p. 149-153) em colocar as “cartas na mesa” já na fase postulatória.

Prospecta-se, assim, a possibilidade de reconhecimento de violação aos deveres do processo cooperativo na conduta de deliberada lacuna na exposição dos fatos com o intuito de se guardar um “trunfo”, o que pode configurar violação ao dever de boa-fé que deve nortear a atuação das partes face a corte e a parte adversária na forma do Princípio 11.1¹³.

Sanciona-se, portanto, não apenas a conduta da “nulidade de algibeira”, mas a utilização antiooperativa da indicação tempestiva dos fatos e meios de prova relevantes, sendo um

¹² 9.2 In the pleading phase the parties must present their claims, defenses, and other contentions in writing, and identify their principal evidence. 11.3 In the pleading phase, the parties must present in reasonable detail the relevant facts, their contentions of law, and the relief requested, and describe with sufficient specification the available evidence to be offered in support of their allegations. When a party shows good cause for inability to provide reasonable details of relevant facts or sufficient specification of evidence, the court should give due regard to the possibility that necessary facts and evidence will develop later in the course of the proceeding.

¹³ 11.1 The parties and their lawyers must conduct themselves in good faith in dealing with the court and other parties.

norte para a compatibilização do agir estratégico das partes – que não deve ser tolhido em absoluto – com um parâmetro de conduta cooperativa com o processo.

Como corolário do referido dever, apresenta-se o direito da parte de alterar ou complementar seus pedidos, desde que seja demonstrada a boa-fé e que de tal não resulte atraso injustificado no procedimento, quando “solução diversa possa resultar em injustiça”, mercê o Princípio 10.4¹⁴.

De mais a mais, as diretrizes da atuação cooperativa por meio da imposição de deveres ao Estado-Juiz encontram relevantes contribuições a partir do Princípio 14¹⁵, que ao tratar do dever de gestão processual das cortes, impõe uma conduta proativa, equilibrada, em cooperação com as partes, atenta ao caráter transnacional do litígio e materializada pela fixação de cronogramas, sujeitos a constante revisão, estabelecendo, portanto, parâmetros para a gestão judicial do processo.

Esta diretriz contribui para o delineamento da atuação judicial no processo cooperativo, que, conforme escólio de Dierle Nunes (2012, p. 195-200) “deve associar, em interdependência, o papel diretivo do juízo e contributivo das partes, num policentrismo processual”, sendo, destarte, o magistrado, conforme clássica lição de Mitidiero (2009, p. 102), “paritário na condução do processo e assimétrico no momento da decisão”.

Nesta toada, verifica-se que o Princípio 15¹⁶, ao tratar das hipóteses de extinção ou julgamento por revelia, impõe especificamente que tenha sido oportunizado à parte revel a informação sobre a necessidade de resposta e tempo suficiente para fazê-lo, do que se deduz manifestação de um parâmetro protetivo imposto ao juízo.

A seu turno, o Princípio 22¹⁷, concretiza uma manifestação do dever de prevenção consistente em convidar as partes para complementar suas alegações, com vistas à fixação

¹⁴ 10.4 A party, upon showing good cause, has a right to amend its claims or defenses upon notice to other parties, and when doing so does not unreasonably delay the proceeding or otherwise result in injustice.

¹⁵ 14. Court Responsibility for Direction of the Proceeding 14.1 Commencing as early as practicable, the court should actively manage the proceeding, exercising discretion to achieve disposition of the dispute fairly, efficiently, and with reasonable speed. Consideration should be given to the transnational character of the dispute. 14.2 To the extent reasonably practicable, the court should manage the proceeding in consultation with the parties. 14.3 The court should determine the order in which issues are to be resolved, and fix a timetable for all stages of the proceeding, including dates and deadlines. The court may revise such directions.

¹⁶ 15. Dismissal and Default Judgment 15.1 Dismissal of the proceeding ordinarily must be entered against a plaintiff who, without justification, fails to prosecute the proceeding. Before entering such a dismissal, the court must give plaintiff a reasonable warning thereof. 15.2 Default judgment ordinarily must be entered against a defendant or other party who, without justification, fails to appear or respond within the prescribed time. 15.3 The court in entering a default judgment must determine that: 15.3.1 There is jurisdiction over the party against whom judgment is to be entered; 15.3.2 There has been compliance with notice provisions and that the party has had sufficient time to respond; and 15.3.3 The claim is reasonably supported by available facts and evidence and is legally sufficient, including the claim for damages and any claim for costs. 15.4 A default judgment may be no greater in monetary amount or in severity of other remedy than was demanded in the complaint. 15.5 A dismissal or a default judgment is subject to appeal or rescission. 15.6 A party who otherwise fails to comply with obligations to participate in the proceeding is subject to sanctions in accordance with Principle 17.

¹⁷ 22. Responsibility for Determinations of Fact and Law 22.1 The court is responsible for considering all relevant facts and evidence and for determining the correct legal basis for its decisions, including matters

da matéria fática e jurídica a ser dirimida, o que se coaduna com o caráter eminentemente dialógico da construção das decisões judiciais, de modo a conferir-lhes maior legitimidade democrática.

A respeito do referido dever, anota SOUSA (1997, p. 66) que “São quatro as áreas fundamentais em que a chamada de atenção decorrente do dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos factos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação”.

Observa-se, em adição, relevante contribuição emanada do Princípio 24¹⁸, que trata da solução negociada dos litígios.

Deste emanam a imposição da conduta do tribunal de, respeitada a opção das partes por judicializar sua controvérsia, incentivar uma solução negociada, fomentando a utilização de meios adequados de resolução em qualquer fase do processo e, com especial relevância, o dever das partes de cooperar, com “esforço razoável” para seu alcance, com a possibilidade de sancionamento.

Neste princípio percebe-se que o ELI/Unidroit transcende os deveres ordinariamente impostos às partes quanto à busca da composição adequada dos litígios, no sistema de justiça brasileiro, pois, atualmente no texto do CPC/2015, estas somente sofrem sanção na hipótese de não comparecimento injustificado à audiência de conciliação prévia (art.334, § 8º), não existindo nenhuma obrigação intrínseca de buscar, mediante propostas razoáveis, a composição do litígio.

Entretanto, certo é que que cada vez mais o sistema caminha para uma previsibilidade do resultado da prestação jurisdicional, fruto do modelo de precedentes adotado pelo CPC/2015, a impor que casos semelhantes recebam soluções idênticas, de modo que as partes devem – sob pena de arcar com o onus pecuniário de não fazê-lo – prospectar estrategicamente, valendo-se inclusive da antecipação de prova pericial (art. 381 do CPC/2015), suas chances

determined on the basis of foreign law. 22.2 The court may, while affording the parties opportunity to respond: 22.2.1 Permit or invite a party to amend its contentions of law or fact and to offer additional legal argument and evidence accordingly; 22.2.2 Order the taking of evidence not previously suggested by a party; or 22.2.3 Rely upon a legal theory or an interpretation of the facts or of the evidence that has not been advanced by a party. 22.3 The court ordinarily should hear all evidence directly, but when necessary may assign to a suitable delegate the taking and preserving of evidence for consideration by the court at the final hearing. 22.4 The court may appoint an expert to give evidence on any relevant issue for which expert testimony is appropriate, including foreign law.22.4.1 If the parties agree upon an expert the court ordinarily should appoint that expert. 22.4.2 A party has a right to present expert testimony through an expert selected by that party on any relevant issue for which expert testimony is appropriate.22.4.3 An expert, whether appointed by the court or by a party, owes a duty to the court to present a full and objective assessment of the issue addressed.

¹⁸ 24. Settlement 24.1 The court, while respecting the parties’ opportunity to pursue litigation, should encourage settlement between the parties when reasonably possible. 24.2 The court should facilitate parties’ participation in alternative-dispute-resolution processes at any stage of the proceeding. 24.3 The parties, both before and after commencement of litigation, should cooperate in reasonable settlement endeavors. The court may adjust its award of costs to reflect unreasonable failure to cooperate or bad-faith participation in settlement endeavors.

de êxito, as soluções adotadas para casos semelhantes e a presença ou não de hipóteses de distinção do paradigma, identificando, assim, o que se reputa uma proposta razoável de solução do litígio e possível de efetiva concretização do modelo processual do CPC/2015.

Neste sentido, a partir da constatação de que o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça indicou que o advento do CPC/2015 não implicou em variações significativas do percentual de acordos, que apresenta uma lenta evolução, GAJARDONI (2019) propugna que para os conflitos onde seja evidente quem está certo e quem está errado, haveria o indigitado dever das partes e procuradores de buscar a solução consensual do conflito, de modo que submetido o litígio ao Judiciário, "aquele que resistiu sem razoabilidade à solução consensual (seja demandante ou demandado), impondo arbitrariamente que o caso seja decidido pelo juiz, deve sofrer as consequências do seu comportamento processual conflitivo, em violação ao espírito do art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC".

Portanto, os parâmetros semânticos que impõem às partes uma atuação cooperativa, sobre o prisma da boa-fé, associado à séria possibilidade de prospecção da tendência do resultado da prestação jurisdicional quando já formado sobre a matéria precedente formalmente vinculante e ao intuito de solução adequada dos litígios, sob o influxo do princípio forâneo em epígrafe, indicam a exigibilidade de um parâmetro de conduta que transcenda o comparecimento formal a audiência conciliatória.

Portanto, estas diretrizes de comportamento objetivo trazidas pelo princípios em epígrafe indicam uma tendência que deve ser objeto de aprofundamento, conquanto apta à concretização dos deveres trazidos pelo CPC/2015.

CONCLUSÕES

A compreensão tradicional do processo hermético como manifestação da soberania nacional e adstrito às normas internas, tem sido progressivamente superada com vistas à solução adequada dos litígios, que na sociedade contemporânea, apresentam cada vez mais, elementos de estrangeira, sendo que esta harmonização se dá tanto por meio da incorporação de especificidades e tendências nos ordenamentos nacionais, como pela imposição, a partir de instrumentos bilaterais ou plurilaterais, dentre os quais se inserem os Princípios do Processo Transnacional do ELI/Unidroit.

Os princípios emanados dos estudos do European Law Institute e do Unidroit intentam a sistematização de postulados básicos para a aplicação no processo dos países da União Européia, buscando a salvaguarda das legítimas expectativas dos litigantes em demandas transnacionais, sendo seu estudo relevante, ante a influência do referido caldo cultural para o sistema brasileiro.

O código de processo civil de 2015 trouxe a partir da norma fundamental do seu art.6º, a cooperação entre os sujeitos do processo como princípio, do qual emana um modelo de processo que, sob influência histórica dos sistemas alemão e português, funda-se na premissa

da existência de uma comunidade de trabalho entre os sujeitos, destinada ao alcance da prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, sendo, desta forma, fonte de deveres impostos às partes e ao Estado-Juiz.

Do cotejo dos princípios do ELI/Unidroit, identifica-se diversas manifestações que guardam compatibilidade com o sistema brasileiro, conquanto já incorporadas ao texto do CPC/2015.

Do cotejo dos princípios do ELI/Unidroit, identifica-se diversas manifestações que guardam compatibilidade com o sistema brasileiro, conquanto já incorporadas ao texto do CPC/2015, como o 10.3, que estabelece que o escopo do processo é determinado pelas manifestações das partes; o 3.1, que contempla os valores de isonomia e contraditório, trazendo a imposição do dever do Estado-Juiz de conferir às partes igualdade de tratamento e oportunidade de alegar e comprovar fatos que confirmam suporte a suas pretensões; o de número 5, que trata do direito das partes de apresentar as alegações relevantes de matéria fática e jurídica e conseqüente dever de oportunizar em tempo razoável, a manifestação da parte adversa e de levar em consideração as alegações das partes na decisão e o 16.6, que trata da livre valoração e comunhão dos meios de prova.

Identifica-se, ademais, uma preocupação com a *prompt redention of justice* no Princípio 7, compatível com a garantia da razoável duração do processo e imposição do dever da corte de resolver a disputa em prazo razoável, com a conseqüente imposição de procedimentos, prazos e sanções e do dever das partes de cooperar com tal intento e com a estruturação do procedimento no Princípio 09.

Identifica-se, ademais, manifestações, sobretudo concernentes aos deveres das partes e juízo que tendem a contribuir para concretizar a semântica do art.6º do CPC/2015, tal como no dever imposto aos litigantes de indicar com razoável detalhamento os fatos relevantes e meios de prova em seu suporte, colocando, assim “as cartas na mesa”, conforme Princípios 9.2 e 11.3, configurando sua violação ato atentatório à boa-fé a ser objeto de sanção na forma do Princípio 11.1.

Observa-se no Princípio 14 uma diretriz para a análise de pedido de aditamento das postulações quando demonstrada a boa-fé, a inexistência de atraso injustificado no procedimento e o resultado injusto do processo na hipótese de sua proscricção.

A seu turno, o Princípio 14 que estabelece às cortes o dever de condução do processo de maneira proativa, equilibrada e em cooperação, por meio da fixação de cronogramas e constante revisão, fixa parâmetros para a postura do magistrado, sendo corroborado pelos Princípios 15 e 22 que tratam do dever de prevenção em momento anterior à extinção do feito.

Por fim, o Princípio 24 traz relevante contribuição ao fixar, concomitantemente, o dever do Judiciário de incentivar a solução negociada do litígio e às partes de cooperar com esforço razoável para seu alcance, sendo neste aspecto salutar complemento ao dever de comparecimento a audiência de conciliação previsto no art.334 do CPC/2015.

A medida de compatibilização dos referidos deveres com a realidade do Poder Judiciário Brasileiro e com a atuação estratégica das partes é matéria que reclama uma reflexão contínua e aprofundada.

Denota-se, portanto, que os Princípios do Processo Civil Transnacional representam a manifestação contemporânea da cultura processualista europeia que influi, a tempo considerável, no sistema de justiça brasileiro, tendo muito a contribuir na concretização do modelo de processo cooperativo eleito pelo legislador pátrio como método para o alcance da prestação jurisdicional justa, efetiva e tempestiva.

REFERÊNCIAS

- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limites da liberdade processual. Editora Foco: Indaituba, 2019.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Normas fundamentais do novo CPC brasileiro. In: SILVA, João Calvão da. CUNHA, Leonardo Carneiro da. CAPELO, Maria José. THOMAZ, Osvir Guimarães. Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal. São Paulo: Forense, 2017, p. 115-119.
- DIDIER JR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: Revista dos tribunais, vol.127/2005, p. 75-79, set/2005.
- DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: Revista de processo, vol. 198/2011, p. 213-226, ago/2011.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/TendenciasdoProcessoCivil/134,-MI310064,101048Levando+o+dever+de+estimular+a+autocomposicao+a+serio>. Acesso em 18/11/2019.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. In: Revista de processo, vol. 172/2009, p. 32-53, jun/2009.
- GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. (tradução de Ronaldo Kochem) In: DIDIER JR, Fredie. NUNES, Dierle. FREIRE, Alexandre (coord). Normas fundamentais: Coleção grandes temas do novo CPC, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 301-310.
- HAZARD JR, Geoffrey C. TARUFFO, Michele. STURNER, Rolf. GIDI, Antonio. Introduction to the principles and rules of transnational civil procedure. In: University of pensylvania law school. penn & law: legal scoolship repository. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016418 . Acesso em 14/11/2019.
- MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- MITIDIÉRO, Daniel. A Colaboração como Norma Fundamental no Novo Processo Civil Brasileiro. *Revista do advogado: o novo código de processo civil*. São Paulo: AASP, 2015, n. 126 p. 47-51.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. BARBOSA, Luiza Nogueira. O processo civil internacional no CPC/2015 e os princípios ALI/Unidroit do processo transnacional: uma análise de consonância da harmonização processual. In: *Revista eletrônica de direito processual – REDP*, vol. 19, número 02, p. 200-228, mai- ago/2018.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. CAMPEÃO, Paula Soares. A cooperação jurídica internacional na harmonização do direito internacional privado e o código de processo civil brasileiro. In: *Caderno especial: cooperação jurídica internacional*, vol.01, p. 17-35, abr/2018.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologia e perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- RHEE, C.H. Van. *Gerenciamento de casos (case management) na Europa: uma abordagem moderna da Justiça Civil*. Trad. de Daiane Gonçalves Ornellas Lima, Hermes Zaneti Jr. e Marco Antônio Rodrigues, no prelo.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. In: *Revista de processo*, vol.86/1997, p. 174-184, abr-jun/1997.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa: Lex, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ZANETI JR, Hermes. O princípio da cooperação e o código de processo civil: cooperação para o processo In: *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Org. Edgard Automar Marx Neto [et al.] Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 142-153.

JURISDIÇÃO BRASILEIRA NA PARTILHA CONSENSUAL INTER VIVOS

Graziela Belmok Charbel¹
João Victor Pereira Castello²

Resumo: O Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105/15, em seu artigo 23, inciso III, introduziu no ordenamento regra de competência exclusiva da jurisdição brasileira para julgamento de partilha de bens *inter vivos* que disponha sobre bens situados no Brasil. O regramento, por não distinguir se abrange partilha litigiosa ou consensual, traz à lume, novamente, a discussão acerca da possibilidade de reconhecimento de sentença estrangeira que homologue partilha consensual de bens *inter vivos*. Desse modo, a pesquisa pretende trazer indagações e compreensões a partir de ensinamentos da doutrina e breve análise da jurisprudência. Assim, busca-se analisar os temas de jurisdição, homologação de sentença estrangeira e da regra processual em estudo para, então, trazer indagações quanto à imposição das regras de competência exclusiva quando inexistente litígio e a aplicação do princípio da autonomia da vontade em análise da regra processual estudada.

Palavras-chave: partilha de bens; regra de competência; jurisdição brasileira.

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Processual Internacional vive em constante busca de harmonização da Jurisdição dos Estados com o objetivo de tornar mais pacífica a solução de conflitos provenientes dos fenômenos da Globalização e da Transnacionalização.

É diante desse cenário que se pretende o estudo da jurisdição e, em específico, de uma das regras de competência brasileiras, a fim de avançar na compreensão do tema e na reflexão sobre o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria.

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Pós-graduada em MBA Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Email: grazielabelmok@gmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1453219230465601>>.

² Tabelião de Notas e Oficial de Registro de Pessoas Naturais. Graduado em Direito pela Faculdade Brasileira. Pós-graduado em MBA Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Pós-graduado em Tributário e Processual Tributário pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Email: joaov.castello@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2534840876232312>>.

Nesse sentido, o presente estudo busca analisar e apresentar o debate acerca da competência brasileira na hipótese de partilha consensual *inter vivos*, realizada no exterior, que abranja bens situados no Brasil.

A discussão se mostra relevante, principalmente, pois fora expressamente prevista no Código de Processo Civil de 2015 regra que dispõe sobre a competência exclusiva para partilha de bens *inter vivos*, de forma inédita no ordenamento. A regra trouxe à lume a discussão com relação à possibilidade de se admitir a partilha de bens *inter vivos* realizada no exterior, quando proveniente de acordo entre as partes.

Como será demonstrado adiante, o entendimento anteriormente formado pela jurisprudência – que afirmou possível a aceitação de partilha de bens *inter vivos* quando realizada de forma consensual – volta a gerar debate com a inovação do regramento processual.

Ademais, é interessante avaliar o debate também à luz da intenção do legislador brasileiro, expressa na atual codificação processual, que demonstrou primar pela solução consensual de disputas.

É nessa linha que se busca desenvolver o presente estudo, permitindo uma breve abordagem da jurisdição, dos princípios aplicáveis e, por fim, da jurisprudência e doutrina sobre o objeto de estudo.

JURISDIÇÃO

O direito processual internacional tem na jurisdição um de seus pilares, atuando como ponto de partida para a solução adequada de litígios que apresentem conexão internacional.

Seu estudo é de relevância prática, porquanto a submissão de uma demanda a um tribunal que não possui jurisdição para julgamento – ou que viole a jurisdição exclusiva de outro – pode importar na ausência de efetividade da decisão obtida.

Assim, a análise da jurisdição é imprescindível para o encaminhamento à adequada solução do litígio, sendo necessário observar a regulamentação em nível internacional, nacional – de cada um dos Estados com os quais se tenha elementos de estraneidade –, além de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido, trazemos as lições de Ralph Michaels (2016), que entende a jurisdição como a mais importante e complexa área do direito internacional privado. Ciente da necessidade de se encontrar um conceito de jurisdição que atenda aos distintos sistemas jurídicos, o jurista elaborou um conceito “funcional”, assim dispendo:

Functionally, for purposes of private international law, the law of jurisdiction can be defined as those rules and principles that determine the circumstances under which a court is entitled to adjudicate and render a substantive judgment with regard to the international and/or interstate connections involved.³

³ Funcionalmente, para fins do direito internacional privado, a lei de jurisdição pode ser definida como regras e princípios que determinam as circunstâncias em que o Tribunal possui o poder de adjudicar e

Em linhas gerais, o conceito se assemelha aos ensinamentos de Polido (2013, p. 29), que, ademais, no contexto brasileiro, faz um paralelo de distinção entre jurisdição e competência, que pode ser assim resumido:

Em síntese, a jurisdição é o poder decorrente da soberania do Estado para julgar, apreciar litígios nos limites de seu território e de ditar as decisões a estes concernentes. A competência, por sua vez, é o mesmo poder, admitido, compreendido em relação aos juízes e tribunais, uns em relação aos outros; é, assim, uma parcela, medida de jurisdição. A primeira é resultado de atribuição, a segunda, de distribuição.

Assim, se tem na jurisdição a extensão e o limite de atuação de um Estado, dentro do qual lhe é permitido adjudicar demandas e julgá-las, como expressão do poder da soberania do Estado.

Em nosso ordenamento, os conceitos de jurisdição e competência não são dissociados, estando este compreendido naquele. Essa distinção é aqui oportuna, tendo em vista que o ordenamento pátrio faz uso do termo competência, utilizado para a regra que será aqui objeto de estudo.

É interessante observar, ainda, que o debate sobre jurisdição não é recente. A despeito de ser mais nítido o expressivo volume de relações e negócios jurídicos transnacionais nos tempos atuais, que naturalmente geram demandas de natureza internacional, há muito já se nota registros relacionados à regulamentação da jurisdição.

Segundo as lições de Jathay (JATHAY, 2003, p. 81-83), desde o império já se reconhecia ao estrangeiro o exercício dos direitos civis. Durante o período em que o Brasil era Reino avançou-se com a previsão expressa nas Ordenações do Reino do direito de acesso aos Tribunais em igualdade para brasileiros e estrangeiros. Outro exemplo, em 1847, é o reconhecimento da jurisdição de tribunais estrangeiros com a previsão de homologação de sentenças estrangeiras no Aviso do Governo Imperial de 1º de outubro de 1847.

Especificamente no tocante ao objeto do estudo, a primeira disposição expressa sobre a partilha de bens veio no CPC/73, em seu art. 89, inciso II. Todavia, o referido dispositivo se valia do termo "herança", gerando dúvidas sobre sua aplicabilidade à partilha *inter vivos*. Foi na atual codificação processual de 2015 que a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira para decidir sobre partilha de bens *inter vivos* foi expressamente prevista, no art. 23, inciso III. (TIBURCIO, 2016, p. 91-93). A evolução do regramento processual será melhor abordada adiante.

A fim de auxiliar na melhor compreensão da formação das regras de jurisdição, é oportuno discorrer brevemente sobre alguns dos princípios aplicáveis.

realizar o julgamento substantivo, considerando as conexões internacionais e/ou nacionais envolvidas.

Princípios relacionados à jurisdição

A aplicação dos princípios é basilar nas criações legislativas, na interpretação das leis e na formação da doutrina e jurisprudência. Portanto, impensável prosseguir no estudo sem tecer mínimos comentários sobre os princípios que circundam o tema.

Nesse sentido, os princípios gerais norteadores das normas de delimitação da jurisdição, pela perspectiva de Jatahy (2003, p. 24-40), são: (i) *plenitudo jurisdictionis* (exclusividade e unilateralidade); (ii) imunidade de jurisdição; (iii) não-denegação de justiça; (iv) autonomia da vontade; (v) efetividade; (vi) maior interesse.

Para fins do debate aqui proposto, os princípios da *plenitudo jurisdictionis*, da autonomia da vontade e da efetividade serão ora apresentados.

Princípio da Plenitudo Jurisdictionis

A Autora leciona que o princípio da *plenitudo jurisdictionis* decorre naturalmente da soberania do Estado e se manifesta como poder irrestrito no exercício da jurisdição em território nacional. É assim que, quando confrontada com a concorrência de jurisdição de Estado estrangeiro, a nacional deve prevalecer (JATAHY, 2003, p. 24).

Por este princípio, compreende-se que o Estado, dentro de seu território nacional, tem liberdade para legislar livremente sobre as regras de competência internas e externas. Portanto, igualmente possui a soberania de exercer a jurisdição.

A intransigência natural do referido princípio é, por vezes, a origem de conflitos de competência entre Estados para solução de lides.

Quando dispendo sobre o irrestrito poder de produzir normas de jurisdição, garantido pelo princípio da *plenitudo jurisdictionis*, Jatahy (2003, p. 25) pondera:

Para superar os inconvenientes desta disparidade é que tanto na Europa como nas Américas, vem se empreendendo um esforço comum no sentido da elaboração de tratados que, fruto do consenso, possam restringir a liberdade excessiva geradora de conflito, em descompasso com o crescente movimento de cooperação internacional na administração da justiça.

É que diante do pleno e ilimitado poder dos Estados de legislarem sobre as regras de jurisdição em seu território, por vezes se verificam regras exorbitantes, que não encontram respaldo em bases razoáveis de jurisdição. Assim, os tratados funcionariam como um meio garantidor de harmonização sem infirmar o poder soberano dos Estados, expresso por meio de aderência ao tratado.

Não obstante, a realidade dos tratados sobre jurisdição ainda está em construção, de modo que permanecem diversos debates acerca das regras individuais de jurisdição e seus reflexos.

Revolvendo à expressão do princípio da *plenitudo jurisdictionis*, especificamente em nosso ordenamento, tem-se que a essência desse princípio pode ser percebida também nas regras do art. 23 do regramento processual civil. Nele o legislador resguarda de modo exclusivo à jurisdição nacional o poder de julgar sobre bens situados no Brasil, nas hipóteses de bens imóveis e partilha de bens.

Por julgar haver interesses de ordem pública relacionados à bens imóveis e partilha de bens situados no Brasil é um dos motivos pelos quais o legislador criou as regras de competência exclusiva ali dispostas.

A rigidez da legislação, nessas hipóteses, tem reflexos diretos sobre a autonomia da vontade dos indivíduos, adiante abordada.

Princípio da Autonomia da Vontade

No contexto do exercício da *plenitudo jurisdictionis*, especialmente em matéria de competência exclusiva, seus reflexos se relacionam diretamente com a limitação ao princípio da Autonomia da Vontade, também pilar fundamental da jurisdição.

Exemplificando situações em que a autonomia da vontade é limitada pelo interesse do legislador, Jatahy ressalta a hipótese de direito de família, onde o interesse público, *a priori*, deve prevalecer sobre a vontade das partes. Nesse sentido:

Neste caso, a vontade das partes tem como obstáculo o interesse público predominante, a ordem pública envolvida. Os direitos em questão situam-se num campo onde estão em jogo não apenas os direitos e interesses individuais, mas também os interesses da sociedade local, ainda que com projeção internacional. *A não-aplicação do princípio visa evitar a ocorrência de fraude à lei de determinado país, o abuso de direito, assim como as relações claudicantes que, válidas pela lei do foro escolhido, não são reconhecidas onde deveriam produzir seus efeitos.* Contudo, em matéria de divórcio, considerando-se que a dissolução do casamento já é permitida na grande maioria das legislações, há hoje uma tendência em se admitir o princípio da autonomia da vontade com algumas restrições, visando à incidência de uma lei mais benéfica, como corolário do *favor divorcii*. Este resultado evidentemente pode ser alcançado com a escolha de determinado foro (JATAHY, 2004, p. 35-36, grifo nosso).

A autonomia da vontade, portanto, é uma liberdade garantida às partes de determinar a jurisdição e, por vezes, a lei aplicada ao caso concreto conforme seus interesses. Contudo, o direito não é absoluto, podendo ser limitado quando o interesse público se sobrepuser, com o objetivo de evitar fraudes, abuso de direito e a existência de relações claudicantes, além de interesses sócio-econômicos do Estado, como bem esclarecido por Jatahy (2004).

Nesse contexto, cabe ao legislador, ao judiciário e aos demais operadores do direito avaliar sempre o dueto entre interesse privado e interesse público. Exemplo é a hipótese do

divórcio, que já à época era levantada pela Autora e até o presente momento é objeto de análise e debate.

Princípio da Efetividade

Por fim, para o debate aqui proposto é importante, também, abordar o princípio da efetividade. Esse princípio orienta o exercício da jurisdição quando verificada a possibilidade de dar aplicabilidade àquilo que será decidido em sentença. De outro modo, é dizer que o tribunal provocado deve ser abster de exercer a jurisdição quando verificar que a sentença não poderá produzir seus efeitos, ser efetiva.

A Autora ainda destaca que “no campo de direito de família, direito sucessório e principalmente dos direitos reais sobre imóveis o princípio tem grande aplicação” (JATAHY, 2004, p. 39). Essa observação tem lógica bastante clara, uma vez que tais matérias costumeiramente são reguladas como competência exclusiva, como é o caso do Brasil.

Assim, uma vez que a matéria é submetida à competência exclusiva de um Estado, a sentença produzida por outro não seria reconhecida, ou seja, não seria homologada, tornando-se ineficaz.

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

Em complemento à compreensão de jurisdição, é necessário tecer breves comentários acerca da homologação de sentença estrangeira.

Com efeito, em regra, se proferida em violação à jurisdição de outro Estado, a sentença estrangeira não será reconhecida e, portanto, não produzirá seus efeitos. A regulamentação da homologação de sentenças funciona, assim, como filtro de proteção da jurisdição e de direitos fundamentais.

Nesse sentido, oportuno trazer os registros de Polido (2013, p. 104) sobre o procedimento do *exequatur*:

Trata-se de um meio de autorização necessária para a execução da sentença em determinado ordenamento, advindo genuinamente da expressão latina “*exsequi*”, a qual, conjugada na terceira pessoa do singular, significa “seja executado”, “execute-se”, “cumpra-se”. Quanto ao critério para desenvolvimento do procedimento de *exequatur*, alguns ordenamentos jurídicos adotam o “juízo de delibação”. A partir deste, atribui-se força executiva à sentença estrangeira pelo tribunal em cuja jurisdição ela será executada, verificando-se tão somente se foi proferida pela autoridade competente; se não contém disposição contrária à ordem pública; se tenha transitado em julgado e se a parte sucumbente tenha sido legalmente citada ou constituída revel no curso do processo instaurado no Estado de origem da sentença.

O regramento brasileiro regula a homologação de sentença estrangeira nos artigos 960 a 965, dispondo sobre seus procedimentos e requisitos.

Especificamente no art. 963 estão presentes os requisitos inafastáveis para a homologação da decisão estrangeira. Em sua maioria, os requisitos são aqueles apontados por Polido acima mencionado. Vejamos:

Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:
 I - ser proferida por autoridade competente;
 II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;
 III - ser eficaz no país em que foi proferida;
 IV - não ofender a coisa julgada brasileira;
 V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;
 VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.

Dessa forma, observa-se que o procedimento do *exequatur*, mesmo não adentrando ao mérito da sentença estrangeira, faz análise de requisitos mínimos para sua homologação, especialmente relacionados ao contraditório e a vedação de ofensas à ordem pública.

Essa compreensão é importante, principalmente para o objeto deste estudo, para ponderar e equilibrar a aplicação dos princípios da autonomia da vontade, *plenitudo jurisdictionis* e da efetividade. Ou seja, é necessário se questionar se são razoáveis as bases de jurisdição impostas ou se há injustificada limitação da vontade das partes.

ART. 23, INCISO III, CPC – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA PARA JULGAR DEMANDAS RELATIVAS A PARTILHA DE BENS INTER VIVOS

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 23, traz as regras de competência exclusiva para julgar demandas, assim dispondo:

Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:
 I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;
 II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;
 III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional (BRASIL, 2015).

A inovação processual veio com a prescrição do seu inciso III, que definiu a competência exclusiva brasileira para a partilha de bens *inter vivos* que disponha sobre bens situados no Brasil.

Todavia, segundo relatos de Carmen Tiburcio (2016, p. 91-92), a inovação do texto processual não traria o estopim do debate jurídico. Com efeito, a discussão acerca da competência exclusiva para partilha de bens *inter vivos* já ocupava espaço na doutrina e jurisprudência pátria por ocasião da regra insculpida no art. 89, inciso II, do regramento processual de 1973:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional (BRASIL, 1973).

O dispositivo, a despeito de claramente se referir ao termo “herança”, tomou contornos diversos perante o Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, Tiburcio (2016, p. 91) ressalta que, num primeiro momento, o entendimento da Corte estendeu a competência exclusiva também para partilha de bens *inter vivos*⁴. Posteriormente, a Corte Suprema passou a modificar o pretérito entendimento, dispondo que a regra processual apenas estabelecia a exclusividade da competência brasileira para inventários e partilhas *causa mortis*⁵.

Em sua obra, Jatahy (2003, p. 146) reafirma a evolução do tema ora apresentada, traz o entendimento do STF à época e assim conclui:

O STF entendeu passível de homologação não somente a sentença estrangeira que chancela um acordo de divisão de bens, mas também a que decide diretamente sobre a partilha envolvendo bens situados no Brasil, aplicando a lei brasileira, de conformidade com a regra de conexão pertinente. Em se tratando de bens resultantes da dissolução da sociedade conjugal, portanto, não há que se cogitar a *vis attractiva* da norma de privilégio, prevista no art. 5º, XXXI, que também contribui para a regra de competência exclusiva do art. 89, II, mas que se destina a regular somente a sucessão *causa mortis*.

No âmbito doutrinário, Tiburcio (2016, p. 92) registra não ter havido dúvidas quanto à extensão da regra do art. 89, inciso II, CPC/73:

E interessante esta dúvida jamais ocorreu à nossa doutrina. Pontes de Miranda, Celso Agrícola Barbi, Tornaghi, José Carlos Barbosa Moreira, Arruda Alvim, Donaldo Armelin e Oscar Tenório jamais estenderam este dispositivo também a partilhas *inter vivos*.

⁴ Vide Tiburcio (2016, p. 91) acerca dos julgados que sustentam o entendimento: “STF, DJ 17.12.1079, SE nº 2446-Paraguai, Rel. Min. Antonio Neder. STF, DJ 08.02.1980, SE 2544-EUA, Rel. Min. Antonio Neder. STF, DJ 22.08.1980, Sentença Estrangeira 2709-EUA, Rel. Min. Antonio Neder. STF, DJ 17.08.1981, SE 2920-República Dominicana, Rel. Min. Xavier de Albuquerque. [...] STF, DJ 30.03.1984, SE 3228-EUA, Rel. Min. Cordeiro Guerra. STF, DJ 02.10.1989, SE 4182-EUA, Rel. Min. Neri da Silveira.”

⁵ Vide Tiburcio (2016, p. 91-92) acerca dos julgados que sustentam o entendimento: Em STF, DJ 06.04.1983, Sentença Estrangeira 2883-EUA, Rel. Min. Xavier Albuquerque, a homologação da sentença estrangeira de divórcio ocorreu ainda com restrição. A mudança ocorreu no julgamento do mesmo Tribunal, DJ 14.05.1982, agravo regimental Sentença Estrangeira 2883 (AgRg), Rel. Min. Xavier Albuquerque: ‘Sentença estrangeira de divórcio. Homologação concedida, com restrição quanto a bens imóveis situados no Brasil. Cancelamento de tal restrição’. A partir de então, vejam-se por exemplo STF, DJ 24.06.1986, Sentença Estrangeira 3663-EUA, Rel. Min. Moreira Alves. STF, DJ 18.08.1989, Sentença Estrangeira 3750-EUA, Rel. Min. Moreira Alves. STF, DJ 24.04.1987, Sentença Estrangeira 2885-Israel, Rel. Min. Rafael Mayer. STF, DJ 18.03.1991, Sentença Estrangeira 4448-Inglaterra, Rel. Min. Neri da Silveira. STF, DJ 10.11.1993, Sentença Estrangeira 4907-EUA, Rel. Min. Octavio Gallotti. STF, DJ 02.12.1994, SEC 4512-Suiça, Rel. Paulo Brossard [...].

Malgrado tenha havido a consolidação do entendimento relativo à partilha de bens *inter vivos* nas Cortes Brasileiras, a mencionada alteração no regramento processual fez novamente relevante o estudo da regra do atual art. 23, inciso II, CPC/15, mudando o paradigma anterior.

Diante do cenário atual, Tiburcio (2016, 93) lançou palpites sobre o cenário futuro e opinou:

Parece que faz sentido que se mantenha a distinção [entre inventário e partilha consensual e litigiosa], admitindo-se a homologação de divórcios e separações consensuais perante o Judiciário estrangeiro com partilha de bens no Brasil, tendo em vista que se trata de jurisdição voluntária e que as próprias partes poderiam dispor dos bens em negócios no exterior [...].

O presente estudo busca avançar nesta mesma análise, avaliando acerca da possibilidade de se reconhecer as partilhas consensuais *inter vivos* que, ainda que homologadas no exterior, sejam decorrentes da expressão de vontade das partes e exercício da jurisdição voluntária.

ANÁLISE DA COMPETÊNCIA EM MATÉRIA DE PARTILHA CONSENSUAL *INTER VIVOS* DE BENS SITUADOS NO BRASIL

A regra processual, como vista anteriormente, não faz ressalvas quanto à natureza da partilha *inter vivos*, quando consensual ou litigiosa.

Diante dessa lacuna – ou omissão intencional –, necessário introduzir duas indagações.

Em primeiro lugar, questiona-se, retoricamente, se seria viável a adjudicação pelo judiciário de uma demanda que não envolve litígio. Ora, se as partes estão de comum acordo e os direitos negociados são disponíveis, que interesse público poderia se sobrepôr à vontade das partes?

Aqui não se questiona a necessidade de se homologar o acordo de partilha de bens *inter vivos*, mas a eventual necessidade de que seja homologado exclusivamente pela jurisdição Brasileira, quando dispuser sobre bens situados no Brasil.

Em segundo lugar, imperioso avaliar se cabe aqui a aplicação do princípio da autonomia da vontade; admitir o reconhecimento de sentença estrangeira que homologue partilha de bens em divórcio que disponha sobre bens situados no Brasil.

Retomando os ensinamentos de Jatahy (2003, p. 35 e 36), aqui cabe a ponderação entre o interesse público sobre a solução da lide que envolva partilha de bens *inter vivos*, limitador da autonomia da vontade, e o exercício da liberdade individual.

De um lado, é de se compreender que a matéria relativa à partilha de bens *inter vivos* tenha reflexos dentre as partes envolvidas e mesmo perante a sociedade. De outro, assegurados os direitos fundamentais, parece não ser razoável tolher das partes o direito de convencionar livremente sobre direitos disponíveis.

É exatamente a reflexão feita por Tiburcio, trazida no tópico anterior; às partes é garantido dispor de seus bens em negócios no exterior, de igual modo deveria ser com a partilha em divórcio, quando consensual.

A limitação ao direito da autonomia privada, ou seja, a construção de regras estatais que concentrem o exercício da jurisdição sobre demandas, especificamente no art. 23, CPC, visa, sobretudo, evitar fraude, abuso de direito e relações claudicantes.

Entretanto, como visto, o procedimento do *exequatur*, mesmo adstrito ao juízo de deliberação, determina a observância de direitos essenciais. Desse modo, se o acordo submetido ao crivo de Estado estrangeiro violar direitos intrínsecos de alguma das partes ou a ordem pública, o Estado Brasileiro poderia negar sua homologação.

Nessa linha de interpretação, seria desarrazoado aplicar a limitação do art. 23, inciso III, CPC, também às hipóteses de partilha consensual *inter vivos* de bens situados no Brasil.

Em pesquisa de posicionamento recente da Corte Superior sobre o tema, verificou-se uma tendência de se manter o entendimento construído sobre a possibilidade de homologação de sentença estrangeira de partilha *inter vivos*, quando proveniente de acordo, fugindo à limitação do art. 23, inciso III, CPC/15.

Em julgamento do SEC 14.233/EX⁶ (BRASIL, 2018), na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, fora submetida demanda que pretendia a homologação de sentença estrangeira de homologação de acordo de partilha de bens. A partilha foi realizada de comum acordo entre as partes, sendo submetida à homologação na Comarca de Fairfield, nos Estados Unidos da América.

⁶ PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. DECISÃO PROFERIDA PELA JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. PARTILHA DE BENS IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL. ACORDO ENTRE AS PARTES NA JUSTIÇA ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA SENTENÇA ESTRANGEIRA E DO RESPECTIVO TRÂNSITO EM JULGADO. HOMOLOGAÇÃO INDEFERIDA.

1. Esta Corte possui precedentes no sentido de que o acordo quanto à partilha de bens imóveis situados no Brasil pode ser homologado pelo STJ. Precedentes: SEC 15.639/EX, de minha relatoria, Corte Especial, j. em 4/10/2017, DJe 9/10/2017.

2. Entretanto, entendo que não houve a devida comprovação da homologação do acordo de partilha de bens pela autoridade judicial estrangeira, bem como do respectivo trânsito em julgado, requisitos indispensáveis para a chancela pelo STJ.

3. A diferença de forma entre o documento de fl. 14 (N.FBT-FA-07-40197811) e a sentença que anteriormente deferira o divórcio (N. FBT-FA-07-4019213-S: e-STJ, fls. 31-32), demonstra que, de fato, não houve a comprovação da existência de sentença estrangeira homologando a proposta de partilha de bens, o que torna impossível sua chancela pelo STJ.

4. Condono a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com fundamento no art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015. Registre-se que o CPC/2015 é aplicável ao caso, porquanto a sentença está sendo prolatada sob a vigência do novo estatuto normativo, e, conforme recente precedente da Corte Especial do STJ: "O marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015 em relação aos honorários advocatícios é a data da prolação da sentença. Precedentes." (SEC 14.385/EX, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 15/8/2018, DJe 21/8/2018).

5. Pedido de homologação de sentença estrangeira indeferido.

(SEC 14.233/EX, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/11/2018, DJe 27/11/2018, grifo nosso).

No julgado, a Corte reafirma, de plano, a possibilidade de homologação de sentença estrangeira que o homologue partilha de bens originária de acordo:

Inicialmente, rejeito o argumento da Defensoria Pública da União de que a homologação da sentença estrangeira não poderia ocorrer por ser a autoridade brasileira a única competente para conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil, com base no art. 12, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e no art. 23, III, do novo Código de Processo Civil. No ponto, acolho o bem elaborado parecer do MPF, o qual recorda que esta Corte possui precedentes no sentido de que o acordo quanto à partilha de bens imóveis situados no Brasil pode ser homologado pelo STJ.

O r. julgado faz menção ao SEC 15.639/EX⁷ (BRASIL, 2017), onde houve o acolhimento e remissão às razões do Ministério Público no sentido de afirmar que a competência exclusiva, prevista no art. 23, III, CPC, não impede o reconhecimento de sentenças estrangeiras que ratifiquem acordo feito pelas partes.

Observa-se, portanto, que vem sendo mantido o entendimento firmado à época do CPC/73 quanto à possibilidade de homologação de sentença estrangeira que homologa acordo de partilha de bens *inter vivos*.

⁷ DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. PARTILHA DE BENS DECRETADA PELA JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ARTS. 15 E 17 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. ARTS. 216-C, 216-D E 216-F DO RISTJ. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA DEFERIDO PARCIALMENTE.

1. A homologação de sentenças estrangeiras pelo Poder Judiciário possui previsão na Constituição Federal de 1988 e, desde 2004, está outorgada ao Superior Tribunal de Justiça, que a realize com atenção aos ditames do art. 15 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB) e do art. 216-A e seguintes do RISTJ.

2. Nos termos dos arts. 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e dos arts 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que, atualmente, disciplinam o procedimento de homologação de sentença estrangeira, constituem requisitos indispensáveis ao deferimento da homologação, os seguintes: (i) instrução da petição inicial com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira; (ii) haver sido a sentença proferida por autoridade competente; (iii) terem as partes sido regularmente citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; (iv) ter a sentença transitado em julgado; e (v) não ofender “a soberania, a dignidade da pessoa humana e/ou ordem pública”.

3. No caso, a partilha de bens imóveis situados no Brasil, em decorrência de divórcio ou separação judicial, é competência exclusiva da Justiça brasileira, nos termos do art. 23, III, do Código de Processo Civil. *Nada obstante, a jurisprudência pátria admite que a Justiça estrangeira ratifique acordos firmados pelas partes, independente do imóvel localizar-se em território brasileiro.* Contudo, tal entendimento não pode se aplicar à situação em exame, em que não houve acordo, inclusive porque o réu, devidamente citado, não compareceu ao processo estrangeiro.

4. Assim, a partilha decretada no estrangeiro é válida tão somente em relação ao imóvel adquirido no Brasil em data anterior ao casamento, não havendo como homologar a partilha do imóvel cuja aquisição se deu já na constância do casamento e nem, tampouco, cabe discutir a partilha dos bens situados no estrangeiro.

5. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido parcialmente.

(SEC 15.639/EX, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/10/2017, DJe 09/10/2017, grifo nosso).

CONCLUSÃO

O presente estudo não tem – nem poderia ter – pretensão de esgotar o tema ou de impor o entendimento que deveria ser o mais correto. Pretendeu, sim, trazer uma breve explanação sobre a nova regra processual do art. 23, inciso III, do vigente Código de Processo Civil, os institutos e princípios relacionados para colocar indagações, questionamentos sobre a incerteza com relação à partilha consensual *inter vivos*.

Como é possível observar da construção do texto, tende-se a acreditar que a autonomia da vontade deve prevalecer na hipótese, admitindo a competência concorrente de Tribunais estrangeiros para homologar partilhas consensuais *inter vivos* que disponham sobre bens no Brasil. Assim, limitando a competência exclusiva à hipótese de partilha de bens *inter vivos* que envolvam litígio.

Essa inclinação é decorrente da compreensão de que sobrepor o interesse público à autonomia da vontade das partes não se justificaria, porquanto o procedimento de homologação de sentença estrangeira assegura, ainda que por meio de juízo de delibação, que tenham sido respeitados princípios basilares do ordenamento, como o contraditório, assim como a própria ordem pública.

Ademais, não fosse em decorrência de divórcio, os bens poderiam ser livremente negociados no estrangeiro, sem que fosse necessário recorrer ao judiciário brasileiro para validar ou reconhecer o negócio jurídico.

Noutro giro, a matéria já havia sido debatida nas Cortes do País, sendo firmado o entendimento de que a homologação de partilha consensual *inter vivos* seria possível, o que vem sendo reafirmado até o presente momento.

A partir destas constatações, tem-se que a inovação processual do art. 23, inciso III, do Código de Processo Civil, *a priori*, deve ser interpretada e aplicada com a devida distinção entre partilha litigiosa e consensual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 14.233/EX. Rel. Min. Og Fernandes, Brasília, pub. 27 nov. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1774285&num_registro=201501809646&data=20181127&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 15.639/EX. Rel. Min. Og Fernandes, Brasília, pub. 9 out. 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1625888&num_registro=201601093241&data=20171009&formato=PDF>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- JATAHY, Vera Maria Barrera. Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MICHAELS, Ralph Christian. Jurisdiction, Foundations. jan. 2016. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/311409795_Jurisdiction_Foundations>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- POLIDO, Fabrício Pasquot, Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional Privado, Curitiba:Juruá, 2013.
- TIBURCIO, Carmen. Extensão e Limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição. Salvador: Jus Podium, 2016.

ANTI-SUIT INJUNCTION: REMÉDIO PROCESSUAL CONTRA AÇÕES PARALELAS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL? UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O NORTE-AMERICANO

Karina Agatti Pacheco¹

Resumo: O trabalho analisa a utilização da *anti-suit injunction* como possível solução ao problema das ações paralelas em arbitragem internacional. Realiza-se o estudo comparativo entre o sistema jurídico norte-americano, onde são tipicamente empregadas, e o sistema jurídico brasileiro, para evidenciar como as diferentes concepções sobre o exercício da jurisdição afetam a compatibilidade da medida. Por fim, reflete-se sobre a perspectiva futura do instituto.

Palavras-chave: Anti-suit injunctions; Ações paralelas; Arbitragem comercial internacional; Direito comparado; Jurisdição internacional.

INTRODUÇÃO

A intensificação das relações transnacionais em matéria civil e comercial e a consolidação da vontade das partes como um dos pilares do acesso à justiça foram determinantes para a ascensão da arbitragem como principal meio de resolução de disputas nas relações comerciais internacionais.

Entretanto, diante da multiplicidade de jurisdições vinculadas a essas relações, a conjuntura da litigância transnacional esbarra no problema das ações paralelas, termo que se refere à existência de ações idênticas ou conexas perante dois órgãos jurisdicionais, seja tribunais judiciais ou arbitrais. Como potencial solução, a *anti-suit injunction* destaca-se como ordem que impõe ao litigante a obrigação de não iniciar ou abster-se de continuar a disputa em foro estrangeiro (TIBURCIO, 2019, p. 215).

Precipuamente, realiza-se breve contextualização do problema das ações paralelas na arbitragem comercial internacional como desdobramento da insuficiência do princípio da competência-competência aplicável à arbitragem.

Prossegue-se ao estudo comparado entre o Direito norte-americano e o brasileiro, por meio da análise das particularidades da jurisdição nos dois sistemas jurídicos, a fim de se

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: karinapacheco2009@gmail.com.

averiguar como os limites à jurisdição nacional, a fixação de competência, a concepção do juiz natural e a admissibilidade dos efeitos da litispendência internacional afetam o modo como cada Estado enfrenta as *anti-suit injunctions*. Assim, os principais impasses à aplicação das *anti-suit injunctions* no sistema brasileiro são demonstrados.

Por fim, cumpre discorrer sobre as possíveis modificações de barreiras às transposições de institutos jurídicos entre sistemas jurídicos nacionais para o nível internacional, atentando-se às modernas concepções sobre o acesso à justiça.

O PROBLEMA DAS AÇÕES PARALELAS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

No âmbito do comércio internacional, a busca por uma jurisdição imparcial, especializada e célere tornou a arbitragem a principal forma de resolução de litígios. Entretanto, a litigância transnacional torna-se complexa na medida em que os elementos de estraneidade envolvidos podem significar uma pluralidade de foros competentes e, eventualmente, conflitos de jurisdição (TIBURCIO, 2019, p. 22, 23).

A multiplicidade de procedimentos referentes ao mesmo litígio ou com ele diretamente conexos submetidos à jurisdição de diferentes tribunais judiciais ou arbitrais consiste nas manifestações de ações paralelas. Não obstante a existência de uma convenção de arbitragem válida entre as partes, a busca pelo êxito na demanda pode levá-las a submeterem ações onde considerem que seus interesses serão tutelados da melhor forma, de maneira que as ações paralelas podem existir perante dois tribunais arbitrais, duas cortes judiciais ou à presença de ambos (AYMONE, 2011, p. 11).

O fenômeno pode ocorrer, ainda, quando há uma dúvida genuína sobre o objeto da arbitragem, sobre a continuidade da validade da cláusula em caso de mudança do contrato principal, ou quando não iniciada a arbitragem no prazo estipulado (MA, 2009, p. 7).

Trata-se de problema que gera o risco de decisões conflitantes, além de um alto custo para manutenção das duas demandas, tanto para as partes, quanto para os tribunais, e, enfim, propicia uma situação de injustiça (MA, 2009, p. 29)².

Note-se que os diplomas normativos aplicáveis à arbitragem conferem à convenção de arbitragem efeitos positivos e negativos, de modo a estabelecer, respectivamente, a instituição da arbitragem e a impossibilidade que o Judiciário resolva o mérito da causa (TIBURCIO, 2019, p. 180).

Neste íterim, cumpre mencionar o principal tratado que regula a matéria: a Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, feita em Nova Iorque

² Consequências consideradas, inclusive, nas Recomendações da ILA sobre *Lis pendens* em matéria de Arbitragem, n. 2, *in verbis*: "Nevertheless, in the interest of avoiding conflicting decisions, preventing costly duplication of proceedings or protecting parties from oppressive tactics, an arbitral tribunal requested by a party to decline jurisdiction or to stay the arbitration on the basis that there are Parallel Proceedings should decide in accordance with the principles set out in paragraphs 3, 4, and 5 below".

em 10 de junho de 1958, da qual 161 Estados são partes³, incluindo os Estados Unidos da América e o Brasil, neste último promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 24 de julho de 2002.

Aponta-se, dentre os dispositivos da Convenção de Nova Iorque, a previsão do princípio da competência-competência, assim expresso:

II.3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Sob a égide deste princípio, a autoridade que deve decidir sobre a competência do tribunal arbitral, ou seja, verificar se a convenção de arbitragem preenche os requisitos de existência, validade, legalidade e se sua extensão abarca o conflito a ser analisado, são os árbitros (BORN, 2014, p. 1047). Assim, segundo este raciocínio, cabe ao árbitro decidir sobre sua própria jurisdição, sujeito, somente posteriormente, a uma revisão judicial (BORN, 2014, p. 1205).

O princípio da competência-competência foi incorporado pela quase totalidade de instituições que envolvem a arbitragem internacional e pelas legislações nacionais. A Lei Brasileira de Arbitragem, inclusive, o estabelece no parágrafo único do artigo 8º e no *caput* do artigo 20 (FITCHNER; MANHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 299).

Há uma ressalva, porém, pela qual o dispositivo II.3 da Convenção de Nova Iorque permite a análise do caso pelo tribunal judicial: quando este constata que a convenção é nula e sem efeitos, inoperante ou inexecutável (ARAGÃO, 2007, p. 180, 181). Para Fitchner, Manheimer e Monteiro (2019, p. 300), tratam-se de casos em que notadamente há vício na manifestação de vontade ou quando a inarbitrabilidade é facilmente aferida.

Malgrado a exceção pareça simples, a “manifesta nulidade” é interpretada de maneiras diferentes de acordo com cada ordenamento jurídico, de forma que a aplicação da Convenção pode sofrer variações propensas à insegurança jurídica (BORN, 2014, p. 1052).

Assim, a falta de uniformidade sobre a aplicação do princípio da competência-competência favorece a ocorrência de ações paralelas, tipicamente na hipótese de o tribunal judicial entender que a convenção que instituiu a arbitragem é inválida, enquanto o tribunal arbitral prossegue com o procedimento ao manifestar-se competente (MA, 2009, p. 6).

A fim de dirimir o imbróglio, a International Law Association, em 2006, preocupou-se em elaborar as Recomendações sobre Litispêndência em matéria de Arbitragem, pela qual fixou critérios para que os tribunais arbitrais possam suspender ou prosseguir com o julgamento do caso quando verificadas ações paralelas levando em consideração itens como a possibilidade de execução da sentença arbitral, *case management* e a vontade das partes (MA, 2009, p. 51, 52).

Não obstante o avanço no assunto, as regras tratam do problema de forma *a posteriori*, não no intuito de efetivamente prevenir as ações paralelas. Vale dizer que as referidas Recomendações

³ Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en>. Acesso em 15 dez. 2019.

deixaram de adotar os critérios de fixação de competência internacional usualmente utilizados, seja o critério da *lis pendens*, comum nos países da família jurídica romano-germânica, seja o *forum non conveniens*, típico dos países de *Common Law*, de modo a considerar a excessiva rigidez do primeiro e a imprevisibilidade do segundo (MA, 2009, p. 10).

Em verdade, tais critérios servem à fixação da competência para julgamento do mérito da questão, não propriamente a competência para reconhecimento da jurisdição, ocorrido em momento prévio, pelo que as ações paralelas em arbitragem escapam às soluções usualmente conhecidas (MA, 2009, p. 10).

Neste sentido, convém destacar a utilização de medidas como as *anti-suit injunctions*.

A ANTI-SUIT INJUNCTION COMO MEDIDA PARA A BOA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

As *injunctions* são medidas destinadas a prevenir ou impedir a comissão futura de um ato ilícito, com origem no Direito Inglês, quando remédios jurídicos passaram a ser decretados pelo Chanceler através da jurisdição da *Equity*, um "conjunto de normas jurisprudenciais fixadas em precedentes, que em caso de conflito primam sobre as do *common law*" (VICENTE, 2008, p. 237, 239).

Incorporado pelo direito norte-americano, o *writ of injunction* possui emprego amplo para pretensões preventivas ou inibitórias, mas o manejo do instrumento pressupõe a necessidade de se impedir injustiças ou o descumprimento de ordem judicial (BARBOSA, 2010, p. 41).

Na litigância transnacional, a *anti-suit injunction* é uma ordem judicial dirigida a uma das partes para impedir o ajuizamento ou prosseguimento de uma ação num tribunal estrangeiro (BORN, 2014, p. 1291). Apesar de direcionada a uma das partes do litígio, fato é que tal medida gera impactos na jurisdição do tribunal estrangeiro, suscitando questões de *comity* e de ordem pública (MOSES, 2017, p. 100).

O termo *anti-suit injunction* também pode ser utilizado de forma ampla para abarcar tanto as *anti-suit injunctions* quanto as *anti-arbitration injunctions*. Estas últimas são medidas utilizadas para impedir a instauração da arbitragem quando uma das partes alega não ter concordado com a arbitragem ou quando afirma que ela não se aplica ao caso (MOSES, 2017, p. 102).

As *anti-arbitration injunctions* possuem uma receptividade maior nos países de *civil law*, visto que são direcionadas aos tribunais arbitrais, de modo que não há problemas referentes à limitação da jurisdição estatal, enquanto as *anti-suit injunctions*, em regra, são dificilmente admitidas nesses países por constituírem uma interferência à soberania estatal em determinar sua própria jurisdição (BORN, 2014, p. 297, 298).

Na jurisprudência brasileira verificou-se a concessão de uma *anti-arbitration* no caso *Copel (Companhia Paranaense de Energia) v. UEG Araucária (UEGA)*. As empresas firmaram contrato para construção e operacionalização de usina elétrica que previa que as controvérsias

seriam resolvidas pelas regras da arbitragem da Câmara Internacional do Comércio (ICC) em Paris. Apesar de instituída a arbitragem, a Copel demandou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba a declaração de nulidade da cláusula arbitral, sob o fundamento de que a empresa, controlada pelo Estado do Paraná, não poderia ser submetida à arbitragem, bem como requereu fosse a UEGA condenada a não dar prosseguimento ao procedimento arbitral, pretensão julgada procedente com a incidência de multa em caso de descumprimento da obrigação (LEW, 2007, p. 212). Apesar de reformada a sentença nos tribunais superiores, as bases para a reforma não representaram uma rejeição às *anti-arbitration injunctions*, mas referiram-se a aspectos processuais (LEW, 2007, p. 213).

Esclarece-se, porém, que o objeto de estudo deste trabalho consiste nas *anti-suit injunctions* em seu sentido restrito, para designar ordens que determinam à parte o não ajuizamento ou prosseguimento de uma ação perante um tribunal judicial estrangeiro em violação à convenção de arbitragem.

Neste sentido, essas ordens são utilizadas como recursos em casos excepcionais. Em que pese a aptidão de cortes norte-americanas ao uso de *anti-suit injunctions* para proteger a arbitragem, Chetan Phull (2011, p. 2, 13) pôde vislumbrar, através da análise dos precedentes, cinco questões que normalmente são analisados pelo julgador diante do pleito mandatário, com a ressalva de que o tratamento da matéria não é uniforme entre os diferentes Circuitos Federais. São elas: a) há uma recusa de uma das partes pela arbitragem e o risco de prejuízo diante de ações paralelas, como inconveniência, inconsistência, excessiva demora, etc, na manutenção dos dois procedimentos?; b) a autoridade competente para reconhecer e executar a sentença arbitral poderá rejeitá-la?; c) há decisão proferida pelas cortes nacionais em favor da arbitragem?; d) a cláusula arbitral é redigida de forma ampla a permitir às cortes norte-americanas a aplicação de sua política pública em favor da arbitragem?; e) a parte que busca frustrar a arbitragem demonstrou agir por má-fé?.

Sublinha-se, por fim, que o sucesso de uma *anti-suit injunction* na nação estrangeira depende, também, do poder coercitivo sobre a parte à qual se dirige, pois a medida pode não ser reconhecida no referido território (MOSES, 2017, p. 105), posto que inviável a interferência de um Estado na jurisdição de outro.

Lado outro, questões como o princípio da efetividade e da boa administração da justiça são centrais na resolução dos conflitos de jurisdição (TIBURCIO, 2019, p. 196), de modo que o regime da competência internacional adotado por um país interfere diretamente na compatibilidade das *anti-suit injunctions* com o tecido jurídico, conforme se demonstrará através do estudo comparativo entre a jurisdição no direito brasileiro e no direito norte-americano.

JURISDIÇÃO INTERNACIONAL NO ESTUDO COMPARATIVO

A jurisdição consiste no poder/dever para dirimir litígios através da aplicação de lei específica, compreendida na forma tradicional como expressão da soberania estatal e regulada

pela *lex fori* (TIBURCIO, 2019, p. 21). Ressalve-se que a jurisdição não se confunde com competência, pois, na qualidade de poder uno e indivisível, aquela possui forma genérica, ao passo que esta se refere à autoridade específica para julgar determinado caso, pressupondo desde já a existência de jurisdição, como ocorre com a distribuição de competência no plano interno (TIBURCIO, 2019, p. 21, 22).

Assim, Carmen Tibúrcio (2019, p. 23) elucida que na hipótese de questionamento acerca da existência de poder de um Estado para solucionar litígios que possuam elementos de estraneidade está-se diante da jurisdição no plano internacional. Outrossim, pode-se vislumbrar a competência internacional quando já considerada a jurisdição, mas organizada a competência de acordo com tratados ou normas internacionais.

De modo semelhante, Ralf Michaels (2016, p. 2) conceitua *jurisdição* em Direito Internacional Privado como “as regras e os princípios que determinam as circunstâncias em que uma Corte tem a prerrogativa de analisar e proferir uma decisão sobre um conflito que envolva conexões internacionais (tradução livre)”.

Ao servir-se desta definição, o autor afirma ser possível dividir a jurisdição em três níveis: num primeiro nível estão normas hierarquicamente superiores ou abstratas que instituem limites à jurisdição, como os princípios e normas de Direito Internacional Público, a observância de legislações supranacionais sobre direitos humanos, os tratados em Direito Internacional Privado quando surgem como restrições ao exercício da jurisdição e não propriamente representam um sistema de bases, e as normas constitucionais dos Estados; no segundo nível encontram-se as regras específicas que delimitam as bases da jurisdição de cada Estado; o terceiro nível, por fim, diz respeito à discricionariedade de decidir sobre a jurisdição caso a caso, dependendo dos interesses e fatores que estão em jogo (MICHAELS, 2016, p. 4, 5).

Esta divisão aclara, de modo preliminar, as diferenças estruturais da jurisdição em ordenamentos jurídicos distintos, visto que no sistema jurídico norte-americano vislumbra-se a predominância do primeiro e terceiro nível de jurisdição, contraposto a uma menor relevância das normas do segundo nível, de modo que o exercício da jurisdição está intrinsecamente relacionado à atividade discricionária. A fonte normativa da jurisdição, para o Direito norte-americano, consiste majoritariamente em normas constitucionais, designadamente as referentes ao devido processo legal (*due process of law*), preceituado na 5ª e 14ª Emendas à Constituição, sobre as quais se desenvolveu a jurisprudência a respeito da matéria, enquanto na família jurídica romano-germânica o segundo nível, pelo qual são fixadas as bases de jurisdição, é o mais importante, e o exercício da atividade jurisdicional observa a parâmetros rígidos (MICHAELS, 2016, p. 4, 7).

Limitações à jurisdição nacional segundo o ordenamento jurídico brasileiro

No Direito brasileiro, as normas que instituem os limites da jurisdição nacional estão contidas nos arts. 21 a 25 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015). A legislação

prevê hipóteses de competência concorrente e exclusiva, de modo que, na primeira situação, o caso pode ser submetido tanto à jurisdição brasileira quanto estrangeira, já no segundo, somente a autoridade nacional é reconhecida, de forma que às duas sistemáticas recaem normas próprias (TIBURCIO, 2019, p. 41, 42).

Nos casos em que a ação possa ser ajuizada tanto em território brasileiro quanto em outro país (competência concorrente), admite-se a possibilidade de existência de duas ou mais demandas idênticas perante jurisdições diferentes (artigo 24 do CPC/15), de maneira que, diferentemente do que ocorre no plano interno, não se reconhece o efeito impeditivo da litispendência em âmbito internacional (RODRIGUES; VELMOVITSKY, 2019, p. 230).

Neste sentido, a existência de ação que contenha as mesmas partes, pedido e causa de pedir pendente em tribunal estrangeiro não o torna preventivo ou implica na suspensão da ação perante tribunal nacional por prejudicialidade, ressalvada a existência de tratados internacionais ou bilaterais em sentido diverso (RODRIGUES; VELMOVITSKY, 2019, p. 231).

A regra, conjugada ao fato de que o país não é signatário de instrumentos internacionais de alcance significativo em matéria de competência, não propicia as relações comerciais e econômicas com outros países, visto que a existência de decisões diferentes acerca da mesma questão causa insegurança jurídica e compromete a efetividade das decisões (RODRIGUES; VELMOVITSKY, 2019, p. 236).

Assim, surgem os negócios processuais como instrumentos capazes de garantir às partes contratantes em relações comerciais internacionais efetiva previsibilidade sobre o tribunal competente para o julgamento de possíveis conflitos, tais como a convenção de arbitragem e a cláusula de eleição de foro.

Entretanto, mesmo com o modelo cooperativo do processo instituído pelo Código Civil de 2015 (artigo 6º do CPC/15) e com a permissão de negócios processuais atípicos (artigo 190 do CPC/15), não podem as partes afastarem a jurisdição do Poder judiciário brasileiro nos casos de jurisdição exclusiva e, caso haja conflito entre a lei contratual e a lei nacional que fixa a competência, esta prima sobre àquela, em virtude da prevalência das normas de direito público sobre a norma privada (NERY, 2014, p. 4).

Apesar dos avanços relativos ao reconhecimento da arbitragem, é possível deparar-se com ações paralelas ainda que se tente evitá-las através do princípio da competência-competência. Assim, a busca pela jurisdição adequada aos interesses das partes aponta pela premente necessidade de adoção de medidas capazes de impedir as ações paralelas na arbitragem comercial internacional ante os efeitos indesejáveis da litispendência.

A discricionariedade quanto ao exercício da jurisdição no Direito norte-americano

O sistema jurídico norte-americano estabelece os limites à jurisdição estatal parte através de normas de direito internacional, parte através de doutrinas desenvolvidas com base em *international comity* (DODGE, 2015, p. 2124).

Apesar da nebulosidade acerca do conceito de *comity* na doutrina e jurisprudência norte-americanas, William S. Dodge define que, nas relações jurídicas transnacionais, *international comity* consiste na deferência ou respeito a atores estrangeiros envolvidos quando tal consideração não possui caráter obrigatório sob as normas de direito internacional, mas é internalizada pelo ordenamento jurídico doméstico (DODGE, 2015, p. 2076, 2078).

Em verdade, David L. Shapiro leciona que as disposições da Constituição norte-americana facultam aos tribunais judiciais, conjuntamente ao poder jurisdicional que lhes é conferido, o poder discricionário para não proceder com determinada demanda, de modo que a jurisdição é percebida como uma autorização para o julgamento da causa, mas não uma obrigação inflexível (SHAPIRO, 1985, p. 574).

Na conjuntura do poder discricionário do juiz, destaca-se a doutrina do *forum non conveniens*, um sistema de controle de competências pelo qual se analisa a conveniência e adequabilidade do juízo quando há mais de um competente para julgar o caso (PEIXOTO, 2019, p. 378).

A determinação da competência adequada a partir do *forum non conveniens* permite que o tribunal judicial norte-americano decline sua competência a partir da observação de alguns critérios, alguns deles elencados no caso *Piper Aircraft Co. c. Reyno*⁴, quais sejam a existência de jurisdição alternativa competente, a presunção de que o foro estrangeiro é adequado, e a ponderação dos interesses privados e públicos envolvidos, sendo aqueles exemplificados como o acesso às provas e conexão com o local do fato, enquanto este vincula-se a necessidade de se evitar um grande volume de processos perante determinados foros e de impedir uma onerosidade excessiva às Cortes nacionais (PEIXOTO, 2019, p. 380).

Há que se observar que o *forum non conveniens* passou por uma evolução jurisprudencial, pois quando inicialmente utilizado para o afastamento da competência do tribunal nacional em favor de um foro estrangeiro no caso *Gulf Oil Corp v. Gilbert*, fundou-se numa situação excepcional de abuso de direito, enquanto a jurisprudência atual aponta para a centralidade da análise da conveniência (PEIXOTO, 2019, p. 380, 381).

A identificação do foro mais adequado para processar e julgar a ação favorece a construção de um sistema transnacional de cooperação jurídica na gestão dos conflitos, de modo que, para além da doutrina do *forum non conveniens*, os juízes atentos às facetas da globalização podem fazer uso de outros mecanismos, como a suspensão de um processo sob o fundamento da *lis alibi pendens* ou o direcionamento das partes ao foro adequado através de *anti-suit injunctions* (BUXBAUM, 2004, p. 187).

Relativamente aos procedimentos paralelos, na tradição anglo-saxônica não há uma correspondência ao reconhecimento ou não dos efeitos da litispendência internacional. Em verdade, a doutrina *lis pendens* possibilita a suspensão ou extinção do processo ante a pendência em tribunal estrangeiro, desde que observada a aptidão deste para resolver o litígio,

⁴ Disponível em: <<https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/454/235.html>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

apesar de o ponto central normalmente consistir na determinação acerca da necessidade de se restringir ou não o procedimento em trâmite no estrangeiro (AYMONE, 2011, p. 43, 45).

(IN)APLICABILIDADE DA *ANTI-SUIT INJUNCTION* NO DIREITO BRASILEIRO

A princípio, a compatibilidade das *anti-suit injunctions* parece limitar-se aos países de tradição jurídica anglo-saxã.

Vale dizer que no Direito Comunitário tais medidas foram consideradas inaplicáveis, posto que as normas de fixação da competência, sobretudo as previstas no Regulamento nº 44/2001 (Regulamento Bruxelas I), já proveem os mecanismos necessários à prevenção de ações paralelas, tais como os efeitos da litispendência, as normas de conexão e de coisa julgada (TIBURCIO, 2019, p. 219,220)⁵.

Todavia, como se demonstrou, a matéria de competência internacional no Brasil pauta-se basicamente em normas unilaterais sobre jurisdição, ante a ausência de tratados internacionais expressivos, diversamente ao contexto Comunitário, de modo que, como se demonstrou, admite-se a pendência de ações idênticas em matéria de jurisdição concorrente.

Apesar do novo Código de Processo Civil possuir inovações importantes para garantir a segurança jurídica no plano transfronteiriço, Flávia Pereira Hill (2016, p. 2, 14) entende que a manutenção da regra da inexistência dos efeitos da litispendência internacional conserva o caráter restritivo e autocentrado da competência internacional do Código anterior, de maneira a dificultar o acesso à justiça do envolvido em conflitos transnacionais, bem como representa o desbaratamento de recursos financeiros e temporais de tribunais que já enfrentam grande volume de processos, problema comum a múltiplas nações.

Em contrapartida, a previsão do artigo 25 do CPC/15 sobre a exclusão da competência da autoridade brasileira para processar e julgar demanda quando eleito pelas partes o foro de tribunal estrangeiro demonstra a atenção do legislador à autonomia privada (MOSCHEN; ZANETI; LINO, 2019, p. 472, 473).

Lado outro, quanto à posição da jurisprudência brasileira sobre a observância da vontade das partes, Carmen Tiburcio (2019, p. 212) observa a opção do aplicador do Direito pelo exercício da jurisdição nas hipóteses legais inobstante a existência de fatores a contrassenso, como os negócios processuais, o que suscita a necessidade pela discussão da questão.

Neste sentido, um caso paradigmático indicou a posição do Superior Tribunal de Justiça pelo não reconhecimento no Brasil de uma *anti-suit injunction* ordenada por um tribunal norte-americano.

⁵ A Corte Europeia decidiu pela inaplicabilidade das *anti-suit injunctions* no Direito Comunitário no julgamento do caso *Allianz Spa and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.* Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72841&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1207595>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

O caso originou-se de contrato firmado entre *Paramedics Electromedicina Comercial LTDA (Tecnimed)*, distribuidora brasileira de produtos, e *GE Medical Systems Information (GEMS IT)*, empresa sediada nos Estados Unidos da América. O contrato entre elas possuía cláusula arbitral que elegia a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), então em vigor, como instituição responsável para julgar eventuais conflitos entre as partes. A *Tecnimed*, no entanto, ajuizou ação no Supremo Tribunal do Estado de Nova Iorque pela qual requereu a suspensão definitiva da arbitragem iniciada pela GEMS IT perante a CIAC, e paralelamente ajuizou ação na Décima Vara Cível de Porto Alegre para análise da mesma matéria. A GEMS IT, por sua vez, ajuizou reconvenção na ação que tramitava na Justiça americana demandando fosse mantida a jurisdição arbitral e que fosse determinado à *Tecnimed* o não prosseguimento da ação intentada na justiça brasileira, uma *anti-suit injunction*.

O Tribunal Distrital Federal dos Estados Unidos – Distrito Sul de Nova Iorque reconheceu a validade da cláusula arbitral e concedeu a *anti-suit injunction*, e, não tendo a *Tecnimed* desistido do processo no Brasil, aplicou-lhe multa pelo descumprimento da ordem.

A GEMS IT requereu, portanto, o reconhecimento da sentença no Brasil para que pudesse executá-la. No entanto, ao decidir o caso, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), na Homologação Sentença Estrangeira Contestada (SEC) nº 854/US, julgado em 2013, reconheceu parcialmente a sentença, pois, apesar de reconhecer a competência da jurisdição arbitral, considerou que a “medida cautelar obstativa de ação judicial” viola o princípio de acesso à justiça consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, XXXV, bem como configura uma afronta aos princípios de direito internacional no que concerne à soberania estatal e ao princípio de jurisdição concorrente adotado em matéria de processo civil no âmbito internacional no país, sendo considerada válida a sentença que primeiro transitar em julgado.

Vale sublinhar, neste aspecto, o fundamento do Ministro Relator Luiz Fux (STJ, SEC nº 854/EX, p. 26) de que “[...]o direito de agir é abstrato, por isso que o recurso ao judiciário é cláusula pétrea e o seu acesso não pode ser criminalizado, sob pena de ofensa à ordem pública, que ocorre quando atenta-se contra os direitos fundamentais”.

Assim, apesar de reconhecer a parte da sentença estrangeira que preserva a cláusula arbitral, o STJ não reconheceu a parte que determina a *anti-suit injunction*. Até a decisão da Corte Superior, entretanto, estenderam-se múltiplas ações referentes ao reconhecimento da jurisdição arbitral, às penas de recursos humanos e financeiros despendidos pelas partes e tribunais, além do risco de decisões conflitantes.

O caráter intervencional da *anti-suit injunction* sobre a jurisdição estrangeira e seus reflexos à soberania estatal são, de fato, impensáveis sob o enfoque romano-germânico e temeráveis à manutenção das relações harmônicas entre os países, de modo que mesmo no sistema jurídico norte-americano há controvérsias quanto a sua aplicação (PHUL, 2011, p. 2). Entretanto, o instituto jurídico é recepcionado de modo mais favorável quando o manejo tem por fim assegurar a arbitragem (TIBURCIO, 2019, p. 218).

Convém destacar que a Corte Europeia, ao julgar o caso *Gazprom OAO v. Lituania*⁶ em 2015, decidiu pela possibilidade de um tribunal arbitral expedir uma *anti-suit injunction* contra uma parte que pretenda ajuizar ação judicial perante um Estado-Membro (TIBURCIO, 2019, P. 221), apesar de constatada a incompatibilidade da medida com o Regulamento n. 44/2001 na hipótese desta ser expedida por um tribunal judicial no caso *Allianz Spa and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*

Além disso, o debate sobre a importação de institutos jurídicos originários da tradição anglo-saxônica no Brasil tem-se expandido.

A formação do ordenamento jurídico nacional, em verdade, é híbrida, posto que, apesar da influência advinda do direito português, incorporou também institutos da *common law* após a constitucionalização, como o controle de constitucionalidade das normas e o *judicial review*, o que lhe permite uma maior abertura às técnicas utilizadas para o alcance da justiça, denominada por Hermes Zaneti Júnior (2014, p. 51, 52) como a “vantagem dos mestiços”.

Na virada do milênio, José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 4) alertou para a existência de alguns mitos referentes às perspectivas futuras para o desenvolvimento do campo jurídico, dentre eles a “supervalorização de modelos estrangeiros”. Na oportunidade, o jurista clarificou que a importação de técnicas alienígenas deve ser antecedida tanto por minucioso exame de seu funcionamento no país de origem, quanto pelo convencimento acerca da compatibilidade com o ordenamento pátrio (BARBOSA MOREIRA, 2000, p. 5).

Assim, enquanto possível solução às ações paralelas em arbitragem internacional, a aplicação das *anti-suit injunctions* no Brasil encontra, em suma, duas barreiras inevitáveis: I) o fato de serem vistas como uma afronta à soberania estatal ao indiretamente imporem limites à jurisdição de outro Estado e; II) a incompatibilidade com a ordem pública, visto que a medida é interpretada como violação ao princípio da não denegação da justiça.

PERSPECTIVAS FUTURAS

Em que pese as alegadas incompatibilidades entre as *anti-suit injunctions* e o sistema jurídico brasileiro, tem-se por oportuno, à semelhança de Barbosa Moreira (2000, p. 1), o momento de virada da década para a elucidação de alguns mitos referentes ao futuro da justiça.

Primeiramente, o conceito de jurisdição afasta-se gradualmente da tradicional correspondência com a soberania estatal e passa por uma modulação frente às tendências do Estado Democrático Constitucional, pois procura atender à “tutela dos direitos e das pessoas” (ZANETI, 2019, p. 110, 111).

Em segundo lugar, a concepção de ordem pública está em constante construção. Malgrado seja um conceito indeterminado que depende do exercício cognitivo do juiz em atenção ao caso concreto, pode ser entendida como o atendimento ao interesse público,

⁶ Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164260&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1210201>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

fundada no equilíbrio e na regularidade das relações e prima pelas garantias da segurança e da justiça (NERY JR., 2014, p. 7, 11).

Por fim, a concepção moderna do acesso a justiça amplia as portas disponíveis para a resolução do conflito para além do Poder Judiciário, de modo que o princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ser ressignificado sob o enfoque dos princípios da cooperação, efetividade e adequação (PINHO; STANCATI, 2016, p. 5).

Apesar das prospecções feitas indicarem uma conjectura futura mais favorável à importação das *anti-suit injunctions* pelo sistema jurídico brasileiro no contexto da arbitragem, sabe-se que, atualmente, as *injunctions* não são recepcionadas pelos tribunais brasileiros.

Assim, diante da permanência de ações paralelas e em reconhecimento ao princípio da efetividade, cumpre considerar alguns métodos capazes de atenuar a incidência deste problema.

Neste ínterim, quanto à necessidade de evolução principiológica do aplicador do Direito, afirma Carlos Alberto Carmona:

A interpretação gramatical (e aplicação automática) de normas de procedimento, cujo envelhecimento é sempre galopante em qualquer ordenamento jurídico, é um equívoco imperdoável e o juiz que age de modo tão conservador erra por medo de errar. As normas processuais, portanto, exigem arejamento diário (2009, p. 2).

Em que pese o referido "arejamento" das normas processuais, tema já considerado pela doutrina concerne à aplicação da doutrina do *forum non conveniens*, visto que a noção de competência adequada adquiriu destaque no processo civil internacional. Ravi Peixoto propõe, inclusive, uma releitura do princípio do juiz natural a permitir maior flexibilidade e adaptabilidade ao caso concreto (PEIXOTO, 2019, p. 987, 389), o que certamente possibilitaria a atuação jurisdicional em maior atenção ao procedimento arbitral, com ênfase ao princípio da competência-competência, deixando de valer-se da rígida e decadente inafastabilidade do Poder Judiciário e da inexistência dos efeitos da litispendência internacional.

CONCLUSÃO

A discussão acerca de métodos para a harmonização das relações transnacionais está na ordem do dia. O processo civil internacional depara-se com os desafios desencadeados pela multiplicidade de foros competentes para julgar disputas transfronteiriças.

O problema adquire relevo em matéria de arbitragem comercial internacional, visto que põe em xeque a observância da vontade das partes ao convencionarem a arbitragem.

Verificou-se a ocorrência das ações paralelas a despeito do efeito negativo da convenção de arbitragem e de as normas aplicáveis à arbitragem, notadamente a Convenção de Nova Iorque de 1958, estipularem o princípio da competência-competência, pelo qual cabe aos árbitros decidirem sobre sua própria competência.

Nesta conjuntura, as *anti-suit injunctions* surgem como potencial instrumento para a boa administração da justiça, na medida em que tem por finalidade evitar ações paralelas. Não obstante, enquanto institutos jurídicos advindos da tradição anglo-saxônica, há que se examinar preliminarmente as condições à importação da medida, sobretudo em que pese suas implicações aos limites à jurisdição nacional.

O estudo comparativo realizado apontou para a discricionariedade do julgador para exercer a jurisdição como principal divergência entre o sistema jurídico norte-americano e o brasileiro, de modo que, enquanto neste o Poder Judiciário vincula-se às hipóteses legais em que deve atuar quando demandado, naquele a jurisdição é vista como simples autorização para julgar.

A referida discricionariedade permitiu o desenvolvimento de doutrinas como o *forum non conveniens* e *lis pendens*, que flexibilizam o procedimento de acordo com o caso concreto, ambiente que permite, em situações extraordinárias, a expedição de *anti-suit injunctions*.

Apesar de se reconhecer a controvérsia da medida jurídica quanto à interferência indireta à jurisdição de outro Estado soberano e, particularmente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, quanto à incompatibilidade com normas processuais que ditam a inafastabilidade do Poder Judiciário e a inexistência de efeitos da litispendência internacional, a reflexão é pertinente frente à releitura do princípio do acesso à justiça no Estado Democrático Constitucional, pelo qual a apreciação jurisdicional é ampliada para além da atividade desempenhada pelo Estado.

Em síntese, face à multiplicidade das relações transfronteiriças e a conseqüente pluralidade de jurisdições, a aplicação de normas rígidas e prévias de competência internacional mostra-se insuficiente à garantia dos princípios da efetividade e do acesso à justiça, enquanto a existência de ações paralelas perante um tribunal arbitral e judicial configura situação indesejável às relações comerciais, enfraquecendo a atratividade do país.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Paulo Cezar. A Brazilian View of the Kompetenz-Kompetenz Principle. In: Albert Jan van den Berg, International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, Volume 13. Kluwer Law International, 2007.
- AYMONE, Priscila Knoll. A problemática dos procedimentos paralelos: os princípios da litispendência e da coisa julgada em arbitragem internacional. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://teses.usp.br/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: Revista de Processo, vol. 99/2000, p. 141-150, jul-set. 2000. Revista dos Tribunais Online, 2000.

- BARBOSA, A.V.O. O contempt of court no direito brasileiro e norte-americano. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.ufes.br/handle/10/2708>>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- BORN, Gary. International commercial arbitration. 2 ed. Kluwer Law International, 2014.
- BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras. Brasília, DF, 23 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC nº 854/EX, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 16/10/2013, DJe 07/11/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501238031&dt_publicacao=07/11/2013>. Acesso em: 20 de abril de 2019.
- BUXBAUM, Forum selection in international contract litigation: The Role of judicial discretion. In: Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution, v. 12, n. 2, p. 185-210, 2004. HeinOnline.
- CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. In: Revista Brasileira de Arbitragem, vol. VI, p. 7-21, 2009. Kluwer Law International, 2009.
- DODGE, William S. International Comity in American Law. In: Columbia Law Review, vol. 115, n. 8, p. 2071-2142, dec. 2015. HeinOnline.
- FINKELSTEIN, Cláudio; SKITNEVSKY, Karin; VIEIRA, Fábio. A função dos tribunais nacionais estatais no processo arbitral. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos; a prática no CAM-CCBC. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- FITCHNER, José Antônio; MANHEIMER, Sergio Nelson e MONTEIRO, André Luis. Reconhecimento de Decisões Arbitrais Estrangeiras e Código de Processo Civil de 2015. In: Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC. V. 13. Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues. JusPodivm, 2019.
- HILL, Flávia Pereira. Os limites da jurisdição nacional no Código de Processo Civil e a densificação do acesso à justiça. In: Revista de Processo. Vol. 262/2016, p. 23-59, dez. 2016. Revista dos Tribunais Online, 2016.
- LEW, Julian D. Control of jurisdiction by injunctions issued by national courts. In: International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series, v. 13, ed. Albert Jan van der Berg, p. 185-220. Kluwer Law International, 2007.
- MA, Winnie. Parallel Proceedings and International Commercial Arbitration: The International Law Association's Recommendations for Arbitrators. Contemp. Asia Arb. J. 2, 2009.
- MICHAELS, Ralf. Jurisdiction, foundations. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series, n. 2016-53, 2016.
- MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETI JUNIOR, Hermes; LINO, Daniela Bermurdes. A autonomia da vontade como expressão democrática do exercício jurisdicional: a cláusula de eleição de foro na harmonização jurídica multilateral e regional e no Código de

- Processo Civil Brasileiro de 2015. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13, Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues, JusPodivm, 2019.
- MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Cambridge University Press, 2017.
- NERY JR., Nelson. *Competência Concorrente - Jurisdição Internacional e jurisdição brasileira*. In: *Soluções Práticas de Direito - Nelson Nery Júnior*. Vol. 3/2015. p. 123-165, set. 2014. *Revista dos Tribunais Online*, 2014.
- PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o Processo Civil Brasileiro: limites e possibilidade*. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13, Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues, JusPodivm, 2019.
- PHULL, Chetan. *U.S. Anti-suit injunctions in support of international arbitration: five questions american courts ask*. In: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, v. 28, p. 21-50, 2011.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. *A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015*. In: *Revista de Processo*, vol. 254/2016, p. 17-44, abril 2016. *Revista dos Tribunais Online*, 2016.
- RODRIGUES, Marco Antonio; VELMOVITSKY, Alex. *A litispendência internacional entre as expectativas por maior interação entre países, os limites legais e a vontade das partes*. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13, Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues. JusPodivm, 2019.
- SHAPIRO, David L. *Jurisdiction and discretion*. In: *New York University Law Review*, vol. 60, n. 4, p. 543-589, out. 1985. HeinOnline.
- TIBURCIO, Carmen. *As regras sobre o exercício da jurisdição brasileira no novo Código de Processo Civil*. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13. Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues. JusPodivm, 2019.
- TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. 2ª ed. rev e atual., Ed. JusPodivm: Salvador, 2019.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: introdução e parte geral*. Almedina, 2008.
- ZANETI JR., 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.
- ZANETI, Graziela Argenta. *Jurisdição adequada no Brasil (competência internacional): uma técnica de tipicidade flexível aplicável também aos processos coletivos transnacionais*. In: *Cooperação Internacional. Grandes Temas do Novo CPC*, v. 13, Coord.: Hermes Zaneti Jr. e Marco Antonio Rodrigues. JusPodivm, 2019.

OS PREJUÍZOS CAUSADOS PELA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO NA PROTEÇÃO À DEFESA DOS INTERESSES DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Aline Moreira de Souza¹

Tatiana Mascarenhas Karninke²

Resumo: O presente estudo se dispõe a analisar as incongruências entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência o Código Civil e o Código de Processo Civil. Busca apontar alguns dos prejuízos causados pela sobreposição legislativa e as inseguranças geradas.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa Com Deficiência; Código Civil; Código de Processo Civil; Sobreposição legal; Lacuna.

INTRODUÇÃO

A nova sistemática trazida para o ordenamento jurídico pátrio com o advento da Convenção Internacional Sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, (caráter constitucional trazido pelo Decreto Presidencial nº 6.949/2009) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD (Lei 13.145/2015) causou significativas alterações na legislação pátria no que concerne ao direito das pessoas com deficiência, cujo objetivo atual é preservar e possibilitar ao máximo sua autonomia e independência individuais.

Ocorre que, com essa sistemática atual, só é considerado absolutamente incapaz o menor de 16 anos. A interdição, agora reservada aos relativamente capazes, foi relegada à condição de exceção sendo o instituto da Tomada de Decisão Apoiada – TDA, o novo mecanismo criado para resguardar os interesses da pessoa com deficiência, mantendo, contudo, seu status de absolutamente capaz.

Com isso, vários questionamentos surgem quanto a não adequação de outras legislações a essa nova sistemática (em especial o Código de Processo Civil e o Código Civil) deixando várias lacunas capazes de gerar insegurança jurídica ou até mesmo enormes prejuízos para as próprias pessoas com deficiência tanto quanto para os terceiros que com elas convivem ou tratam, como é o caso da invalidade de negócios jurídicos praticados pelo incapaz sem

¹ Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela UNESC – Centro Universitário do Espírito Santo. Advogada e Professora. Email: aline@vksadvogados.com.br

² Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada e Professora. Email: tatiana.karninke@gmail.com

assistência ou representação do curador; suspensão do prazo de decadência e prescrição contra o incapaz; invalidade de quitação dada pelo incapaz, dentre tantos outros.

Não é outra razão que antes mesmo de entrar em vigor o EPD já existia projeto de lei para alterá-lo (PL 757/2015), ainda em trâmite.

Enquanto não há alteração legislativa, é preciso trazer ao debate os pontos nevrálgicos existentes nas lacunas abertas no rol das garantias legais às pessoas que por falta de discernimento suficiente ou mínima capacidade comunicativa, resultante de deficiência ou de qualquer outra causa precisam de apoio para prática dos atos jurídicos da vida civil, e neste momento, estão legalmente desprotegidas, tendo seu acesso à justiça prejudicado.

BREVE HISTÓRICO SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO, VALORIZAÇÃO E INCLUSÃO - VULNERABILIDADE

A deficiência pode ser física, psíquica, sensorial ou intelectual. Limitaremos nosso estudo às pessoas com transtorno mental ou deficiência intelectual, uma vez que o EPD foi bastante cuidadoso ao resguardar as deficiências físicas e sensoriais.

Historicamente é justo dizer que as pessoas com deficiência sempre foram estigmatizadas. Isso porque, já nos primórdios a deficiência era considerada uma punição divina, sendo, portanto, motivo de vergonha para família e para o deficiente, razão pela qual era comum que fossem escondidos ou abandonados. De lá pra cá houve muita evolução, mas vários estigmas ainda permanecem vivos, e um deles é quanto a suposta incapacidade da pessoa com deficiência.

No Brasil, no âmbito jurídico, podemos dizer a principal diferença dos modelos legislativos anteriores³ é que presumiam a incapacidade pelo simples diagnóstico da deficiência, e a forma de solucionar o “problema” era através da interdição ou curatela, preservando assim a sociedade e os direitos patrimoniais do incapaz. Desse modo, a pessoa com deficiência deveria se encaixar na sociedade como estabelecida.

Atualmente, o novo modelo normativo, trazido pelo EPD, através de uma visão humanista, determina que em regra, todas as pessoas são capazes, independente de terem alguma deficiência, e impõe à sociedade a necessidade de se adequar para incluí-los em todos os âmbitos, derrubando as barreiras criadas de forma a minimizar os efeitos das deficiências que os acometem, promovendo “a relação da pessoa com deficiência com o meio que ela vive”.⁴

³ Código Civil 1916 - Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos; II - os loucos de todo o gênero; III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Da mesma forma, o Código Civil de 2002 também associava a incapacidade à doença.—Art. 3º—São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

⁴ EXPÓSITO, Gabriela. **A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 21.

Nesse sentido, podemos utilizar a lição de Salles, Passos e Zaghetto, explicando de forma didática o modelo atual de inclusão da pessoa com deficiência

Diversamente, no modelo social, a deficiência é um problema geral que exige intervenções na sociedade e pela sociedade; as causas da deficiência não são religiosas, nem somente médicas; são predominantemente sociais. As raízes dos problemas não são as restrições ou diferenças individuais, mas as limitações ou impedimentos impostos pela sociedade, que não tem meios, serviços ou instrumentos adequados para realizar a inclusão. Noutros termos, o problema está "na sociedade" e, não, no indivíduo. A valoração do indivíduo como pessoa e a necessidade de sua inclusão aproximam o modelo social de premissas dos direitos humanos, máxime do princípio da dignidade, ao considerar, em primeiro plano, o respeito à pessoa, seguido, quando necessário, de circunstâncias particulares específicas, relacionadas propriamente à deficiência, entre elas a história clínica da pessoa (SALLES, 2019, p. 29).

Essa evolução foi tardia. O tratamento da deficiência como questão de direitos humanos só foi possível através da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, resultado de um processo que contou com forte participação ativa da sociedade civil, incluídas aí organizações não governamentais e pessoas com deficiência.

Tudo isso pode ser resumido na busca pela inclusão das pessoas com deficiência em todos os meios, social, cultural, laboral de forma ativa. Todavia, não podemos ignorar a vulnerabilidade presente em cada ser, independentemente de estarem ou não acometidos por uma doença, mas que influenciam diretamente em sua autonomia.

Nesse sentido, citamos a conceituação de vulnerabilidade elaborada por Heloisa Helena Barbosa:

Todos os seres humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhes é inerente (BARBOSA, 2009, p. 107).

A legislação busca proteger os vulneráveis de forma coletiva, instituindo normas protetivas nos âmbitos econômicos e sociais, uma vez que estes resultam diretamente na redução da autonomia, que caracteriza a vulnerabilidade, como por exemplo, a Convenção Internacional⁵ e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

[...] a autonomia que se faz referência aqui diz respeito à capacidade que tem um indivíduo de forjar, ele mesmo, sua própria normatividade em função daquilo que ele considera que deve orientar sua vida. Isso significa, portanto, um processo de construção de "consciência". Assim, a autonomia se manifesta

⁵ Art. 13 da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: Os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares.

na lucidez que pressupõe o ato de criação de uma tal normatividade pessoal” (MELKEVIK, 2017, p. 647).

Ante o exposto, é importante perceber que as pessoas com deficiência possuem condições específicas pessoais que as tornam únicas, estando, portanto, também sujeitas a fatores e formas distintos de vulneração e, portanto, diferentes autonomias ou falta delas.

Quanto as possibilidades para os diversos tipos de vulnerabilidades que incidem sobre as pessoas com deficiência e suas consequências no ordenamento jurídico, citamos a didática lição de Nelson Rosendal

[...] a vigência da Lei n. 13.146/15 impõe uma graduação tripartite de intervenção do ordenamento na órbita de autonomia pessoal: a) pessoas com deficiência em regra terão capacidade plena; b) pessoas com restrição de autogoverno se servirão da Tomada de Decisão Apoiada – tenham ou não alguma forma de deficiência – a fim de que exerçam a sua plena capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais; c) pessoas com deficiência qualificada pela curatela em razão da impossibilidade de autogoverno serão curateladas, na condição de relativamente incapazes (ROSENVALD, 2018, p. 524).

Assim, não cabe a todas um modelo único de proteção, sendo necessário avaliar de forma isolada cada caso, avaliando as necessidades, superando as vulnerabilidades e assim, assegurar os meios de possibilitar a maior autonomia.

Esse é o objetivo da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência bem como do EPD, todavia, a introdução no ordenamento jurídico pátrio foi feita de maneira ineficiente, onde se se vendem muitos direitos, mas na prática, foram retiradas várias garantias.

DESCOMPASSO LEGISTALIVO ENTRE O CPC/2015 E O EPD

O EPD entrou em vigor em janeiro de 2016 enquanto o CPC/15 passou a vigor a partir de março de 2016. Seus projetos legislativos tramitaram quase simultaneamente por aproximadamente 05 (cinco) anos, todavia, existe um atropelamento legislativo em relação a vários artigos, conceitos e institutos, o que ocasiona insegurança jurídica, como passaremos a demonstrar.

De acordo com o critério cronológico, que disciplina as regras de lei no tempo, a norma posterior revoga a anterior naquilo que for incompatível, conforme art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶. O novo CPC revogou tacitamente dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência por conta de incompatibilidades, como no que diz respeito aos legitimados para a promoção do processo de definição da curatela.

⁶ Decreto-Lei nº 4.657/1942: Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

De outro turno, a incapacidade absoluta, profundamente alterada pela pelo EPD que inclusive modificou totalmente os dois artigos do Código Civil (3º e 4º)⁷ que tratam do tema, foi mantida ao longo do CPC/15 de modo que por 37 (trinta e sete) vezes utiliza os termos “incapaz” ou “incapacidade”⁸, baseando-se nas definições até então vigentes no Código Civil.

Esse ponto é nevrálgico, já tendo sido abordado inúmeras vezes pela doutrina que vem estudando a nova legislação e seus impactos e, no âmbito dos Tribunais, é responsável por incontáveis decisões contraditórias. Fato é que não existe consenso nem doutrinário, nem jurisprudencial.

Ademais, não houve preocupação do legislador em alinhar a capacidade processual das pessoas com deficiência no CPC/2015, com as regras instituídas pelo EPD. Essa lacuna vem sendo preenchida pela doutrina processualista (aqui é preciso ter atenção, visto que muitos doutrinadores não analisam essas questões) e pelo judiciário ativista, em verdadeiro malabarismo legal.

Em decorrência do reconhecimento da plena capacidade civil das pessoas com deficiência, a regra acerca da capacidade processual dessas pessoas também é da plena capacidade processual (art. 84⁹ do EPD). Apesar dessa correlação não ser absoluta, uma vez que a capacidade processual é mais ampla que a de fato¹⁰, não sendo possível traçar uma correspondência absoluta entre ambas (arts. 70, 71 e 72 do CPC e art. 3º e 4º do CC).

Em regra, a capacidade processual é mais ampla, mas precisam ser analisadas conjuntamente. Por exemplo, a pessoa declarada incapaz pode ter capacidade processual para requerer o levantamento da curatela, uma vez que tenha cessado a causa que a determinou. Art. 756, §1º do CPC. De outro lado, a pessoa com capacidade de fato, mas coberta pela curatela de apoio ou TDA pode não ter capacidade processual para ajuizar ações de natureza patrimonial e negocial, representando restrição a sua capacidade processual.

⁷ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

8 FARIA, Márcio Carvalho. Direito, Vulnerabilidade e Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. p. 644

⁹ EPD, Art. 84: A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

¹⁰ Para Fredie Didier Jr. a capacidade processual e a capacidade material são autônomas e distintas, desse modo, “o sujeito pode ser processualmente capaz e materialmente incapaz ou processualmente incapaz e materialmente capaz.” DIDIER, Jr. Fredie. Curso de direito processual civil. P. 357

Assim, é certo que essa questão também não está pacificada pela doutrina, em posições opostas, podemos citar Renato Beneduzi¹¹ defendendo que no âmbito processual,

o deficiente precisaria de seu curador para praticar atos em todo e qualquer processo, independentemente da natureza jurídica da pretensão nele deduzida. A razão de ser da necessidade de assistência seria a presunção do estado de fragilidade das pessoas com deficiência e a "complexidade inerente a todo litígio judicial" (BENEDUZI, 2016, p. 44).

Já Gabriela Exposito (2019, p. 148), em sentido diametralmente oposto, contesta esse entendimento dizendo ser justamente esse pensamento que o EPD buscou combater, no qual, existindo deficiência não inexistente a capacidade. Assim, a autora defende a gradação da capacidade processual de acordo com o grau da deficiência, podendo ser a) plena: pode praticar todos os atos sozinho; b) incapacidade absoluta e relativa: quando é necessário a presença de representante/assistente.

Fato é que, inexistindo curatela de apoio ou tomada de decisão apoiada que limite a atuação em juízo, legalmente as pessoas com deficiência possuem plena capacidade para demandar ou serem demandados judicialmente, independente de se tratar de processo com natureza patrimonial ou direito de personalidade.

Outro ponto que restou totalmente ignorado pelo Código de Processo Civil foi a Tomada de Decisão Apoiada. Este novo instituto foi trazido pelo EPD objetivando conferir maior independência a pessoa com deficiência que necessite de apoio para prática dos atos da vida civil.

Nela, a própria pessoa com deficiência poderá requerer ao Poder Judiciário que sejam nomeados duas ou mais pessoas de sua confiança para serem seus apoiadores, estabelecendo os limites do apoio que julga necessário para o exercício da sua capacidade de forma plena e o período pelo qual perdurará. Aos que não puderem exprimir sua vontade de maneira alguma, caberia de forma excepcional o instituto da curatela.

Contudo, o EPD alterou o Código Civil, incluindo um único artigo, 1.783-A contando este com onze parágrafos para disciplinar o tema, misturando normas de caráter material e processual. Sobre esse novo instituto não há qualquer menção no CPC o que ocasiona inúmeros problemas práticos, principalmente no âmbito forense.

Outra questão que não foi observada pela legislação foi sobre a notoriedade do termo, ROSENVALD (2018, p. 536) sugere que fosse dada publicidade à existência do termo de tomada de decisão apoiada através de averbação no registro de nascimento ou casamento, de forma que terceiros pudessem se resguardar quanto à validade de negócios jurídicos celebrados com as pessoas com deficiência. Contudo, não existe qualquer previsão nesse sentido. Infelizmente, após quase 05 (cinco) anos de vigência deste novo instituto, ele ainda é praticamente desconhecido até mesmo no âmbito jurídico.

¹¹ BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 70 ao 187. Marinoni, Luiz Guilherme (diretor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. II, p. 44.

DESPROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Como o Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu do rol de incapazes as pessoas que não possuem discernimento intelectual mínimo, todas as proteções jurídicas disponibilizadas pela legislação para defender os interesses destes, não estão mais disponíveis a essas pessoas, com ou sem deficiência.

Nesse ponto são incontáveis os prejuízos que estão sofrendo ou podem vir a sofrer as pessoas acometidas por deficiência. Podemos citar o artigo 245¹² do CPC/2015 onde está previsto que não se realizará a citação quando o citando for mentalmente incapaz ou impossibilitado de recebê-la. Nos parágrafos seguintes referido artigo descreve pormenorizadamente quais condutas deverão ser tomadas processualmente. Da mesma forma, a alínea II do artigo 247¹³ determina como exceção à regra da citação por via postal para o caso do citando ser incapaz.

Na prática, imaginemos uma pessoa acometida por perda de memória recente, pelo mal de Alzheimer ou mesmo demência senil recebendo uma citação, seja pelo correio ou por oficial de justiça. Essa pessoa esquece que recebeu a citação ou sequer sabe o que fazer em referida situação. A pessoa, naquele momento pode não aparentar ter a doença aos olhos de um desconhecido, e pode, até mesmo, não ser curatelada nem ter uma tomada de decisão apoiada. Todavia, é diagnosticada com uma deficiência que irá prejudicar sua defesa processual. Desde o primeiro ato já existe o prejuízo.

EXPOSITO (2019, p. 159) entende que tais benesses deveriam ser estendidas às pessoas com deficiência capazes cobertas pela TDA ou pela curatela de apoio. Mas na prática, com a legislação atual, estão entregues à própria sorte, legalmente desamparadas.

Considerando, como bem salientam Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, que uma das principais bandeiras do EPD é inverter a presunção de incapacidade, reduzindo, por consequência, as hipóteses de incapacidade absoluta, será que o legislador, sabendo que o CPC/15 reiteradamente tratou do tema, não deveria minimamente procurar enfrentar os principais dispositivos do CPC/15 em que tal conceito é utilizado?" (FARIA, 2019, p. 645).

¹² Art. 245, CPC: Art. 245. Não se fará citação quando se verificar que o citando é mentalmente incapaz ou está impossibilitado de recebê-la.

§ 1º O oficial de justiça descreverá e certificará minuciosamente a ocorrência.

§ 2º Para examinar o citando, o juiz nomeará médico, que apresentará laudo no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 3º Dispensa-se a nomeação de que trata o § 2º se pessoa da família apresentar declaração do médico do citando que ateste a incapacidade deste.

§ 4º Reconhecida a impossibilidade, o juiz nomeará curador ao citando, observando, quanto à sua escolha, a preferência estabelecida em lei e restringindo a nomeação à causa.

§ 5º A citação será feita na pessoa do curador, a quem incumbirá a defesa dos interesses do citando.

¹³ Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:

II - quando o citando for incapaz;

Hoje as divergências trazidas pelo atropelamento legislativo estão não apenas no âmbito doutrinário, mas também no jurisprudencial, com decisões diametralmente opostas, o que deixa os mais vulneráveis desprotegidos, contando com a sorte.

Nesse ponto, surge a PL 757/2015 (foi proposta antes mesmo do EPD entrar em vigor), apresentando proposições de alteração legislativa para resguardar os interesses das pessoas com deficiência, sem retrocessos, mas sem desproteção, como ocorre no cenário atual.

PRINCIPAIS PONTOS DA PL 757/2015

Como já mencionado, antes mesmo de sancionado o EPD já existia uma proposta legislativa para alteração não apenas da referida lei, mas também do Código Civil e do Código de Processo Civil (sensivelmente alterados pela sua promulgação, como demonstramos) buscando assim, que a legislação geral esteja alinhada com a lei específica. Todas em uníssono, garantindo que a pessoa com deficiência tenha a proteção e o apoio que lhe forem necessários, sem que seja considerada automaticamente incapaz.

Isso porque, é certa a capacidade para prática de atos da vida civil de muitos dos acometidos por deficiência mental. Todavia, é inegável que estas mesmas pessoas estão em uma posição de vulnerabilidade em relação aos demais, e é justamente esse o objeto da proteção estatal. Nesse ponto, vale a máxima de tratar os desiguais de forma desigual, buscando assim a tão almejada igualdade.

É fato que a legislação previa vários mecanismos de proteção jurídica aos incapazes descritos nos artigos 3º e 4º do Código Civil, atualmente alterados pelo EPD, como é descrito na justificativa do referido PL 757/2015¹⁴:

- a) Invalidez dos negócios e atos jurídicos praticados pelos incapazes sem assistência ou representação do curador (arts. 166, I, 171, I, 185 e 1.767 e seguintes do Código Civil);
- b) Nulidade do casamento (e, por consequência, de eventual união estável) no caso de total falta de discernimento (arts. 1.548, I, e 1.727 do Código Civil);
- c) Suspensão do prazo de prescrição e de decadência contra o absolutamente incapaz (arts. 198, I, e 208 do Código Civil);
- d) Descabimento de repetição de indébito contra o incapaz no caso de invalidação do negócio jurídico, salvo prova de proveito dele (arts. 181, 588 e 589 do Código Civil);
- e) Invalidez da quitação dada pelo incapaz (art. 310 do Código Civil).
- f) Inexigibilidade de aceitação da doação pura pelo absolutamente incapaz (art. 543 do Código Civil).
- g) Direito do incapaz de pedir a devolução do valor pago em jogo ou aposta (art. 814 do Código Civil);
- h) Responsabilidade civil subsidiária com valor de indenização fixado com base na equidade e na garantia de sobrevivência do incapaz (art. 928 do Código Civil).

¹⁴ PL 757/2015 – Justificativa.

Além destes ora transcritos, ainda podemos citar outros, a exemplo do Art. 178 do CPC – Necessária intervenção do MP em processos que envolvam interesse de incapaz. Não houve atualização legal para interesses da pessoa com deficiência. Assim, não há normativo que determine a participação do MP para assegurar a proteção dos interesses destes.

Uma opção de solução seria utilizar o artigo 79, §3º, EPD: “a defensoria e o MP tomarão as medidas necessárias à garantia dos direitos previstos nesta Lei”. Todavia, na prática, já vimos vários casos em que o MP se manifesta como “não tendo interesse no feito” quando intimado.

Atualmente, ante a desproteção gerada pelo EPD a pessoa com deficiência está sob risco de perder direitos e pretensões em virtude da ocorrência de prescrição e decadência; poderá dar quitação de dívidas, sem que tenham sido necessariamente pagas; responderá direta e integralmente por danos que causar a terceiros, ainda que em estado de surto em razão de transtorno mental; poderá doar bens ainda que sem total discernimento das consequências de seus atos; poderá celebrar negócios jurídicos com terceiros, estando obrigado a todos os seus termos.

Pode ainda ser obrigada a cumprir deveres previamente contraídos ainda que não tenha discernimento ou capacidade comunicativa alguma, ou seja, não tenha condições objetivas de praticar esses atos; não conseguirá constituir advogado para se defender em juízo caso venha a ser acusada ou demandada, justa ou injustamente, pois será presumida juridicamente capaz, ainda que não tenha capacidade real de compreender ou de agir, inclusive para outorgar procurações.

Ademais, outras possibilidades de prejuízo à pessoa com deficiência é que não poderá recuperar os valores que tenha perdido em jogos, ainda que a sua falta de lucidez o tenha arremessado em um estado de ganância compulsiva e irresponsável; terá de manifestar aceitação para receber uma doação pura por exigência da lei, embora não tenha condições práticas, reais, para tanto, dentre vários outros.

Esses são apenas algumas das situações as quais a pessoa com deficiência está sujeita atualmente, após a entrada em vigor do EPD. Muitos outros cenários ainda irão ser descortinados, até que medidas eficazes sejam tomadas.

CONCLUSÃO

O prejuízo de se criar múltiplas legislações específicas no ordenamento, é a sobreposição de leis, criando uma verdadeira colcha de retalhos onde é necessário pinçar trechos legais e diversas interpretações para alcançar o objetivo da proteção legal.

No caso do EPD, a criação de uma nova lei sem a correta adequação do Código Civil e do Código de Processo Civil, trouxe para o ordenamento lacunas que ao invés de proteger a pessoa com deficiência, acabaram por desproteger.

É certo e importante enfatizar que em momento algum a Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência objetivou exterminar as proteções jurídicas já conferidas às pessoas

com deficiência. Pelo contrário, o objetivo da Convenção sempre foi de garantir que as pessoas com discernimento limitado não sofram qualquer tipo de discriminação em razão dessa condição, e que tenham acesso aos mesmos mecanismos de apoio disponíveis para quaisquer outras pessoas. Contudo, ao invés de alinhar o Código Civil e o Código de Processo Civil aos comandos da Convenção, o Estatuto da Pessoa com Deficiência eliminou garantias que favorecem pessoas com ou sem deficiência que precisam de assistência.

O que a Convenção sempre buscou foi viabilizar o pleno exercício de suas capacidades por todas as pessoas independentemente de qualquer deficiência, impedindo que pessoas que tenham comprometimento de suas capacidades físicas, motora, sensorial ou até intelectuais, sem comprometimento de sua cognição ou capacidade de raciocínio, mas no âmbito social ou comunicativas sejam taxadas como incapazes e marginalizadas.

Contudo, no caso de pessoas sem o discernimento mínimo para se autodeterminar, no sentido mais amplo da palavra vulnerável, cabe ao Estado o dever de proteção, uma vez que, ela está impossibilitada de fazê-lo por si mesma, seja em virtude de deficiência, seja por outra razão.

Em alguns casos, entendemos que a mera interpretação das leis existentes não seria suficiente para suprir essas lacunas, sendo, de fato, necessária a atualização legislativa para preservar integralmente os interesses da pessoa com deficiência.

Assim é certo que hoje, as pessoas com deficiência, em especial aquelas acometidas pela incapacidade absoluta, estão mais desprotegidas, verdadeiramente a mercê de interpretações diferentes quanto a legislação vigente.

REFERÊNCIAS

- BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 70 ao 187. Marinoni, Luiz Guilherme (diretor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, vol. II.
- EXPÓSITO, Gabriela. A capacidade processual da pessoa com deficiência intelectual. Salvador: JusPodivm, 2019.
- KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. As aberrações da lei 13.146/2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberra-coes+da+lei+131462015> Acesso em 06 de janeiro de 2020.
- MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. In: Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n.71,2017, p. 647
- MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito de família entre o código civil e a lei brasileira de inclusão ou estatuto da pessoa com deficiência. Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.
- ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Famílias e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

- SALLES, Raquel Bellini, Aline Araújo Passos, Juliana Gomes Lage. Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. O direito vivo da interdição. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-62-o-direito-vivo-da-interdicao> Acesso em 06 de janeiro de 2020.
- SIQUEIRA, Carlos André Cassani Siqueira. Tutela processual dos incapazes: à luz do estatuto da pessoa com deficiência e do novo CPC. Curitiba: Juruá, 2019.
- TARTUCCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015: Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Primeira parte. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015> Acesso em 06 de janeiro de 2020.
- TARTUCE, Flávio. Projeto de Lei no Senado pretende alterar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, harmonizando-o com o Novo CPC. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/324039287/projeto-de-lei-no-senado-pretende-alterar-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-harmonizando-o-com-o-novo-cpc>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

RECONHECIMENTO E ACESSO À JUSTIÇA POR VENEZUELANOS PARA A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO NO BRASIL

Beatriz de Barros Souza¹

Isabella Thalita Andretto Oliveira²

Luma Vilela Ramos Fonseca³

Resumo: Buscando aproximar as áreas do Direito Processual Civil e Penal, o presente artigo busca refletir sobre como os processos de reconhecimento da pessoa refugiada e seu acesso à justiça podem impactar no seu direito a um devido processo, com um recorte sobre os venezuelanos. No que tange ao tratamento de condenados, o Brasil tem seguido a direção mundial do olhar mais de direitos humanos. Isso, entretanto, implica em certos desafios que serão abordados em três partes. Na primeira parte, será discutido o desafio da reformulação para a aplicação do conceito de refugiado aos venezuelanos em nosso país e sua luta por reconhecimento na esfera cível. Na segunda, serão abordados os desafios trazidos pela nova Lei de Imigração no que tange ao acesso à justiça por tais pessoas, bem como as questões processuais civis e penais mais centrais dentre as que emergem desse instrumento legal. Na última parte, por fim, serão trazidos os desafios de se efetivar os direitos humanos dos venezuelanos condenados face a todas as violações de direitos civis e fundamentais que a população carcerária enfrenta em nosso país. Esperamos que o fortalecimento do Estado de Direito seja um remédio eficaz para tais violações.

Palavras-chave: Imigração; Justiça; Reconhecimento; Refúgio; Venezuelanos.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os fluxos migratórios advindos da Venezuela têm crescido devido a uma séria crise econômica e política nesse país, que conta com doze anos de recessão econômica, queda de 37% do Produto Interno Bruto (PIB) entre 2013 e 2017 (CORAZZA E MESQUITA, 2018) e a piora em vários índices sociais do país. Neste cenário, países

¹ Bacharel em Relações Internacionais (PUC-SP), Mestra em Direitos Humanos (USP), Doutoranda em Psicologia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: biadegiz@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade Vila Velha (UVV) e Pós-Graduada em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito (EPD). E-mail: andretto.isabella@gmail.com.

³ Graduada em Direito pela Faculdades Integradas de Vitória (FDV) e Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: lumavramos@gmail.com.

da América Latina, como o Brasil, tem recebido grande parte desses imigrantes, sobretudo, devido à proximidade territorial.

Ocorre que, até a edição da Lei nº 13.445/2017, a situação dessas pessoas em solo brasileiro era regulada pelo Estatuto do Estrangeiro (lei 6.815/1951), editado no período da ditadura, quando o imigrante era visto sob uma ótica de ameaça à segurança e aos interesses nacionais. A nova Lei de Migração, por sua vez, traz um outro olhar sobre esse sujeito, que passa a ser visto sob a perspectiva da proteção aos direitos humanos (OLIVEIRA, 2017).

Apesar de a Lei 13.445/2017 não ter inovado quanto ao conceito de refugiado, outros relevantes avanços se fizeram presentes na legislação que substituiu o Estatuto do Estrangeiro. Nesta Introdução, destacamos apenas três: a proteção aos apátridas, a garantia da igualdade e a possibilidade de regularizar documentos sem a necessidade de sair do Brasil. A proteção dos apátridas que antes estava disposta apenas em tratados e convenções internacionais em que o Brasil é signatário, agora passa a integrar o ordenamento interno do país, assegurando, desta forma, direitos mínimos aos indivíduos que se encontrem na condição de apátrida, como residir no Brasil até a resposta do seu pedido e a facilitação para a aquisição de nacionalidade brasileira. Afora esse avanço trazido pela Lei 13.445/17 no tratamento dos apátridas, a doutrina critica o fato de não haver a distinção de tratamento do apátrida que cumula a condição de refugiado e daquele que perdeu a nacionalidade por inadequação jurídica das leis de nacionalidade de determinado Estado (BICHARA, 2017).

Ato contínuo, a Lei de Migração trouxe a garantia de igualdade com os nacionais, em seu artigo 4º, estabelecendo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade privada, e constituiu ainda na proteção interna a garantia ao direito de reunião para fins pacíficos e o direito a associação, inclusive sindical. Até a edição da Lei 13.445/17, o direito a manifestação política e de associação só estavam previstos em tratados e convenções internacionais.

Além disso, a nova Lei de Migração prevê em seu artigo 50 a possibilidade de regularização eventualmente verificadas na documentação do imigrante, sem que o mesmo tenha que se retirar do país para tanto. Anteriormente, os imigrantes precisavam sair do Brasil para regularizar sua documentação, contudo tal situação gerava-lhes inúmeros problemas, visto que muitas vezes não podiam voltar ao seu país de origem ou mesmo ir para um outro até que se situação fosse normalizada no Brasil. Desta forma, a possibilidade de regularização dentro do território trouxe aos imigrantes maior segurança.

À luz de todas essas inovações, necessário se faz analisar a eficácia das garantias trazidas aos imigrantes venezuelanos pela Lei 13.445/17 frente ao seu movimento migratório iniciado em 2016 na fronteira, atingindo sobretudo Pacaraima (RR), município que registrou 17.865 pedidos de refúgio em 2017 (CONARE, 2018). Aponta-se, quanto ao seu perfil sociodemográfico, pesquisa do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) com apoio do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), do Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra) e da Cátedra Sérgio Vieira de Melo da Universidade Federal de Roraima (CSVM/UFRR). Esta revelou que a crise econômica e política é apontada por 77%

dos como o principal motivo para emigrar pelos participantes venezuelanos, dos quais 67% imigraram para o Brasil em 2017 (SIMÕES, 2017, p. 25).

Nas próximas partes, o presente artigo pretende abordar os desafios da nova Lei de Imigração no que tange à garantia do acesso à justiça por tais pessoas, bem como as questões processuais civis e penais mais centrais dentre as que emergem desse instrumento, com foco no tratamento dos venezuelanos condenados em seu país de origem na terceira parte. Nesta, serão elencados os desafios considerados principais no momento de se efetivar seus direitos face a todas as violações de direitos civis e fundamentais que a população carcerária enfrenta em nosso país.

O RECONHECIMENTO DA PESSOA REFUGIADA

O movimento migratório faz parte da história da humanidade, seja por motivos econômicos, pela busca por melhores condições de vida, por identificação cultural, por conflitos armados, dentre outros. Atualmente, no entanto, a doutrina distingue os tipos de movimento migratório a partir de suas motivações fundamentais.

Nesse sentido, tem sido apontada a existência de dois tipos de migrantes: os voluntários e os forçados. Os migrantes voluntários seriam aqueles que optam por deixar seu país de origem rumo a um novo destino escolhido pelas chances de se vir a obter melhores condições de vida. De modo diverso, o migrante forçado, como se diz, não encontra outra opção para viver de forma digna, senão a migração.

A Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados (ONU, 1951), editada pelo Protocolo Adicional de Nova York (ONU, 1967), limita o reconhecimento do *status* de refugiadas às pessoas que sofram perseguições no país de origem em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. Tais limites tem sido ampliados historicamente em contextos regionais, algo exemplificado tanto pela Declaração de Cartagena de 1984, na América Latina, quanto pela Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) sobre esse tema, datada de 1969.

Por Cartagena (1984), podem ainda ser reconhecidas refugiadas as pessoas deslocadas em casos de grave e generalizada violação de direitos humanos. Tanto esta visão como a de Genebra foram incorporadas pelo instrumento brasileiro, como se verá na primeira seção *infra*.

O Reconhecimento da Pessoa Refugiada no Brasil

Em âmbito nacional, a Lei 13.445/17 e o respectivo Decreto 9.199/2017 não trouxeram inovações quanto ao conceito de refugiado, repetindo o trazido pela Lei 9.474/97 – a lei federal sobre o refúgio. Esta legislação considera, em seu artigo primeiro, como “refugiado” aquele que sofra temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo

social ou opiniões políticas, e devido a graves e generalizadas violações de direitos humanos em seu país de origem.

Alguns críticos à lei afirmam, porém, que outras causas poderiam embasar a necessidade de refúgio, além das consagradas nos instrumentos citados, como seria o caso da migração por questões socioeconômicas e por questões ambientais. Para as Nações Unidas, no entanto, a distinção entre migrantes forçados e voluntários ainda seria atual, o que eliminaria a possibilidade de reconhecimento do refúgio por tais razões que seriam, segundo a ONU, exógenas à Convenção de 1951.

Para Farena (2012), o que distingue o migrante forçado do voluntário é o grau de necessidade do ato. Para o migrante forçado, no qual se incluem os refugiados, a permanência em seu país de origem ofereceria risco à sua sobrevivência e de sua família. Já o voluntário teria a opção de permanecer, visto as condições de vida no país de origem não obrigarem sua saída, sendo esta devida a vantagens percebidas em ganhos econômicos que poderá obter no destino escolhido (FARENA, 2012).

Nesse sentido, apesar do reconhecimento universal de outros fatores além da perseguição direta que podem ameaçar a segurança, a dignidade e os direitos humanos, não há reconhecimento expresso da necessária proteção às pessoas que migrem por colapso econômico, devastação ambiental, conflitos civis generalizados e outros que também ameacem sua sobrevivência (FARENA, 2012). Dessa forma, seria necessário que os tratados e convenções, assim como as legislações internas dos países, olhassem para os refugiados sob uma ótica mais ampla, englobando na definição a proteção das pessoas que deixam suas pátrias em consequência de violação dos direitos econômicos, sociais e culturais (FARENA, 2012).

Em suma, apesar dos avanços da nova Lei de Migração no tratamento dos imigrantes sob a perspectiva dos Direitos Humanos, como a proteção aos apátridas, a garantia da igualdade, a possibilidade de regularização dos documentos sem a necessidade de sair do Brasil, entre outros, esse diploma deixou a cargo da lei federal de 1997 o tratamento de questões relacionadas ao refúgio. A impossibilidade de conceder essa proteção específica a pessoas que se deslocassem por razões mais puramente socioeconômicas ou ambientais, em certo momento, no Brasil, impactou diretamente nas primeiras solicitações de refúgio dos venezuelanos e, antes deles, dos haitianos, tal como se verá na próxima seção *infra*.

A Acolhida Humanitária a Solicitantes de Refúgio no Brasil

Antes desse influxo de venezuelanos, o Brasil pensou a acolhida humanitária como forma de remediar o crescente influxo de haitianos em 2010, quando um terremoto de magnitude 7MW atingiu cerca de três milhões de pessoas em Porto Príncipe. Cabe destacar que a solução dada pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) para esse influxo impactou na nova Lei de Migração, a qual normatizou, por fim, a acolhida humanitária.

Naquela época, porém, a principal justificativa para o pedido de refúgio dos haitianos se consubstanciava nas consequências trazidas pelo terremoto. Tal como anteriormente visto, contudo, a migração forçada por razões ambientais não está protegida no Brasil, que adota o conceito restrito de refúgio. Nesse contexto, o CNlg, a fim de responder à sociedade civil, bem como aos haitianos que aqui chegavam em busca de melhores condições de vida, sem, contudo, ter seu status de refugiado reconhecido, autoriza a permanência com base na Resolução Normativa 27/1998 a 199 haitianos que tiveram o pedido de refúgio negado pelo CONARE.

A medida encontrada pelo CNlg para organizar o fluxo migratório no país, acabou resultando, todavia, no aumento do mesmo, com a esperança de que mais haitianos fossem se regularizar após entrarem no país. Nesse sentido, aumentou todo o influxo migratório, inclusive o irregular. Estudos indicam que os haitianos eram convencidos por coiotes que se aproveitavam da situação, cobrando valores de U\$2.000,00 (dois mil dólares) a U\$4.000,00 (quatro mil dólares) a buscarem o Brasil, sob o argumento de que havia insuficiência de mão de obra e promessas de emprego instantâneo, com salários de até R\$1.000,00 (hum mil reais), sem falar dos custos de vida (FERNANDES E FARIA, 2017).

Toda essa situação levaria o governo brasileiro a criar uma nova via, regular, de migração para os haitianos. A solução encontrada foi a edição da Resolução Normativa 97, de 12 de janeiro de 2012, que dispôs sobre a concessão de visto de permanência aos haitianos, no consulado de Porto Príncipe. O resultado desta RN 97/2012 ainda não foi satisfatório, porém, visto que o limite de mil e duzentos vistos anuais era muito inferior à demanda da época.

Isto acabou por fortalecer ainda mais a ação dos coiotes, visto que a chegada ao Brasil pela fronteira norte ainda se apresentava como a melhor opção aos haitianos (FERNANDES E FARIA, 2017). Neste panorama, foi editada a Resolução Normativa nº 102 em abril de 2013, que retirou a limitação anual de vistos, o que tampouco foi satisfatório devido a questões como os custos para a retirada do visto, a documentação vasta e a estrutura consular precária para atendimento em Porto Príncipe.

Em 2015, por intermédio de uma parceria com a OIM, foi criado um centro de processamento de vistos no consulado em Porto Príncipe, o que possibilitou a emissão de até 500 vistos semanais. Tal medida, combinada com ações de outros países da América do Sul, como Chile e Argentina que passaram, a partir de 2015, a receber um número expressivo de imigrantes haitianos, possibilitou que a situação dos solicitantes de refúgio no Brasil fosse controlada.

O impacto da criação do centro de processamento se deu logo, uma vez que, conforme a 3ª edição do relatório do CONARE (2018), o número de solicitantes de refúgio em 2014 teve sua maior alta, contando com 16.779 pedidos, o que veio a se alterar no ano seguinte, caindo para 646 pedidos no ano de 2016, após a criação do centro de processamento, em Porto Príncipe.

A acolhida humanitária se revela de suma importância, tendo em vista o ainda restrito conceito de refugiados, que não engloba os refugiados ambientais e socioeconômicos. Desta

forma, a Lei de Migração, ainda que tenha mantido o conceito restrito de refugiado, traz um importante mecanismo de proteção daqueles que não se enquadrem nesse conceito, socorrendo aqueles que se encontrem em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário.

A próxima parte, portanto, tratará especificamente das questões processuais civis e penais mais centrais dentre as que emergem desse instrumento legal, com foco nos desafios trazidos pela nova Lei de Imigração no que tange ao acesso à justiça por tais pessoas, notadamente, aquelas condenadas processualmente.

O ACESSO À JUSTIÇA PELA NOVA LEI DE IMIGRAÇÃO

No geral, o mundo tem olhado com maior cuidado o tratamento das pessoas apenadas, como demonstra a revisão das *Regras Mínimas para o Tratamento de Presos* (1955), no âmbito das Nações Unidas, em Genebra, a qual culminou na sua substituição pelas *Regras de Mandela* (ONU, 2015).

Consoante às *Regras Mínimas* (1955), que ampliaram à época o respeito à dignidade dos presos ao garantirem seu acesso à saúde e à defesa, regulando punições disciplinares como o isolamento solitário e a redução de alimentação, as *Regras de Mandela* (2015) prevêm, de início, a proteção dos condenados contra tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. Ações que vão nesse sentido, infelizmente, são muito comuns ainda hoje em diversos presídios.

Na Venezuela, segundo gráfico apresentado pela ONG *Una Ventana a la libertad*, as principais causas de morte, no ano de 2017, nos presídios venezuelanos, seriam o disparo de armas de fogo, a falta de assistência médica e a desnutrição. Haveria, inclusive, relatos de canibalismo dentro desses presídios, movidos pela falta de comida. Nesse sentido, será analisada adiante outra novidade expressiva da Nova Lei de Imigração: a possibilidade de transferência da execução da pena de pessoa condenada no exterior para o Brasil, impactando, inclusive, o Código Penal.

O Acesso à Justiça na Nova Lei de Migração

A nova Lei de Migração confirma entendimento constitucional de que é direito humano o acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuitas aos imigrantes que “comprovarem insuficiência de recursos” (Art. 4º, IX). Ademais, garante aos “integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica” a isenção das taxas e emolumentos para concessão de vistos ou para a obtenção de documentos para regularização migratória (Art. 113, § 3º). Esta isenção, conforme lembra Carvalho Ramos (2017), constitui em uma

inovação importante, pois era algo que antes apenas poderia ser obtido mediante litígio (DPU, 2016).

A regulamentação da nova Lei de Migração pelo Decreto 9.199/17, porém, seria de caráter eminentemente *contra legem* e *praeter legem* segundo comissão autora do *Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil* (2013-2014) no Ministério da Justiça. (CARVALHO RAMOS *et. al.*, 2017). Na opinião desses especialistas, o Decreto desvirtuaria, em vários pontos, o espírito da nova lei, tanto por “ação” quanto por “omissão”. Segundo os autores:

[...], o Decreto atribui a regulamentação de importantes dispositivos a atos normativos posteriores, sem que um prazo seja estipulado para a adoção de tais atos, como é o caso da concessão do relevantíssimo visto temporário e da autorização para residência relativos à acolhida humanitária, cuja disciplina fica pendente de um ato conjunto dos Ministérios das Relações Exteriores, da Justiça e da Segurança Pública, e do Trabalho. Esse adiamento *sine die* do exercício do poder regulamentar, além de incompatível com a natureza do próprio visto, tumultua a incorporação à legislação desta prática do Estado brasileiro, já utilizada em relação aos migrantes haitianos e aos refugiados sírios, que foi promovida pela nova lei.

Extrapolando um pouco o objeto do presente artigo, mas cabe inclusive aqui observar que as barreiras erguidas por essa característica do referido Decreto pode ser uma das razões para o recente reconhecimento em massa de venezuelanos como refugiados pelo Governo brasileiro (O Estado de São Paulo, 2019). A próxima seção, infelizmente, também nota esse adiamento *sine die* do poder regulamentar no que se refere à transferência de execução penal, como se verá adiante.

A Transferência de Execução da Pena na Nova Lei de Migração

A medida de transferência de execução da pena está prevista pela nova Lei de Migração na Seção II (Da Transferência de Execução da Pena) e Seção III (Da Transferência de Pessoa Condenada), que abrangem os artigos 100 a 105. Neste artigo, defendemos a posição de que tal medida poderia servir como meio de proteção dos que se encontrem sob graves violações de Direitos Humanos no exterior, como tem sido denunciado que se ocorre atualmente na Venezuela.

Anteriormente a essa norma, o Código Penal (art. 9º) só reconhecia a eficácia da sentença estrangeira para aplicação de medidas de segurança e para efeitos civis. Ainda sem prejuízo do disposto no referido Código, a legislação ora vigente estabelece alguns requisitos para a sua solicitação, tais como a existência de vínculo pessoal no Brasil (art. 100), que poderiam se aplicar aos venezuelanos condenados em seu país de origem, cujas famílias residam regularmente em território nacional.

Pela lei, o processamento do pedido de transferência da execução da pena será feito pelo Ministério da Justiça, o qual analisará o preenchimento dos seguintes requisitos impostos pelo Decreto 9.199/2017: a comprovação do atendimento das limitações e garantias constitucionais no momento da condenação, bem como o vínculo pessoal. Para a doutrina, a possibilidade de transferência da execução da pena, imposta por meio de sentença estrangeira, emprega maior densidade ao princípio do reconhecimento mútuo, elemento fundamental para dar efetividade à cooperação internacional, assim como os princípios da duração razoável do processo e da economia processual. Nesse sentido, leciona Aras (2017):

Doravante, sentenças condenatórias impostas no exterior poderão ser reconhecidas no Brasil, para imposição de penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e penas pecuniárias, sem necessidade de início da persecução penal, a partir da estaca zero no Brasil, como se dava sob a égide da legislação anterior. [...] Com a possibilidade reconhecimento da decisão estrangeira transitada em julgado, também ganham maior corpo os princípios da duração razoável do processo e da economia processual, devido ao aproveitamento dos atos processuais praticados no exterior, desde a investigação e o julgamento e até a condenação.

Não obstante, a nova Lei de Migração não estabelece o que seria vínculo pessoal, ou mesmo, quais seriam os limites de tal vínculo, trazendo problema para a efetivação da medida, visto que o entendimento do que seria vínculo pessoal ficaria por conta da autoridade brasileira responsável pela análise do pedido. Ademais, a Lei 13.445/17 estabelece que o pedido de transferência será processado por órgão do Poder Executivo e, ato contínuo, o Decreto 9.199/17, estipula que a solicitação será processada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, colocando como requisito para a efetivação da transferência a concordância de ambos os Estados.

Nesse mesmo sentido, o Decreto nº 9.199/17 reforçou esse entendimento ao definir como transferência ativa aquela em que o condenado pela Justiça estrangeira solicita ou concorda com a transferência para o Brasil (art. 278). Nesse sentido, estabeleceu o Ministério Público Federal em um Informativo:

O instituto de Transferência de Pessoas Condenadas (TPC) é uma medida humanitária que possibilita à pessoa, que cumpre pena no Brasil ou no exterior, solicitar ou concordar com a transferência para seu país de nacionalidade ou país em que tenha residência habitual ou vínculo pessoal, para cumprir o restante de sua pena. Tal instituto tem como objetivo aproximar o condenado de sua família e de seu ambiente social e cultural, facilitando sua reabilitação durante e após o cumprimento da pena (MPF, 2018).

Apesar de relevante e inovadora, portanto, a transferência da execução das penas de venezuelanos para o Brasil não será tarefa fácil. Tal como explanado nesta seção, para que seja possível a transferência do estrangeiro para cumprimento da pena no Brasil, a Lei de Migração estabelece alguns requisitos, os quais deveriam ser interpretados como medidas

que buscam garantir o cumprimento dos princípios constitucionais, sobretudo a garantia do devido processo.

Apenas com a regulamentação específica de suas lacunas, porém, é que se poderá analisar com maior precisão se o Brasil seguiu de fato a direção mundial de um olhar mais humano às pessoas condenadas em seu território. Na próxima seção, serão elencados alguns desafios centrais à consecução desse objetivo em território nacional, com destaque para o caso dos venezuelanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: CUMPRIMENTO DE PENA NO BRASIL

A nova Lei de Migração trouxe em seu bojo inúmeras mudanças necessárias para atender as demandas migratórias da atualidade, e que não eram atendidas pela legislação anterior, editada durante o período de ditadura militar no Brasil. O novo texto retira o enfoque de proteção da segurança e interesses nacionais, colocado sobre o imigrante, e o coloca sobre a perspectiva de proteção dos direitos humanos.

Ademais, a Lei 13.445/17 incorpora as experiências obtidas com a crise de refugiados haitianos entre os anos de 2010 e 2015, e passa a prever no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da acolhida humanitária, que se apresentou como a melhor solução para proteção das pessoas em situação de refúgio ambiental e socioeconômico, ainda não incluídas no conceito de refugiado.

Outrossim, a Lei de Migração traz a possibilidade de transferência para o Brasil da execução da pena de pessoas condenadas em países estrangeiros, e que possuam alguma ligação com o Brasil.

A transferência de presidiários venezuelanos para o Brasil se apresenta como uma medida para minimizar a constante violação de Direitos Humanos sofridas nas penitenciárias venezuelanas. Ocorre que para a implementação de tal política se fazem necessários esforços conjuntos do governo de ambos os países, o que pode se revelar uma verdadeira cláusula de barreira para a efetividade do art. 100, da Lei 13.445/17, tendo em vista que atualmente os presidentes de ambos os países não tem se posicionado de maneira favorável a efetivação de medidas como a acima proposta.

A medida de transferência da execução da pena, portanto, apesar de representar importante avanço na rede de proteção daqueles que sofrem grave violação dos direitos humanos, é medida que depende do interesse político de ambos os países, o que pode impedir a efetivação da medida, uma vez, atualmente, os governos do Brasil e Venezuela não tem tido uma boa relação diplomática.

Sendo assim, necessário se faz que conceitos jurídicos abertos, como a definição de vínculo pessoal, sejam definidos pela legislação pátria, a fim de que interesses e ideologias políticas não representem um óbice à proteção dos que sofrem violações de direitos humanos e necessitam da transferência da execução de suas penas para o Brasil.

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. A nova Lei Migratória. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2017/11/21/a-nova-lei-migratoria/>>. Publicado em 21 de nov. de 2017. Acesso em: 15 dez 2019.
- BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 236-252. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4619>>. Acesso em: 15 dez 2019.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- _____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940: dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 dez 2019.
- _____. Decreto nº 9.199, de 20 de nov. de 2017: Regulamenta a Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9199.htm>. Acesso em: 15 dez 2019.
- _____. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961: promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Disponível em: <www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-50215-28-janeiro-1961-389887-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 dez 2019.
- _____. Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1972: promulga o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D70946.htm>. Acesso em: 15 dez 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017: Institui a Lei de Migração. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 15 dez 2019.
- _____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980: Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm>. Acesso em: 15 dez 2019.
- _____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997: define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 15 dez 2019.
- CARVALHO RAMOS, André de. "Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração." IN: *Conjur* [online]. 26 de maio de 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>. Acesso em: 15 dez 2019.
- _____, RIOS, Aurelio, CLÈVE, Clèmerson, VENTURA, Deisy, GRANJA, João Guilherme, MORAIS, José Luis Bolzan de, PIRES JR., Paulo Abrão, DALLARI, Pedro B. de Abreu, REIS, Rossana

- Rocha, JARDIM, Tarciso Dal Maso e BERNER, Vanessa. Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem e praeter legem. IN: Conjur [online]. 23 de novembro de 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-nov-23/opinio-regulamento-lei-migracao-praeter-legem> Acesso em: 15 dez 2019.
- Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Refúgio em números. Relatório. Brasília. 2018. Disponível em: <www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/04/refugio-em-numeros_1104.pdf>. Acesso em: 15 dez 2019.
- Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Resolução Normativa nº 27, de 25 de novembro de 1998: disciplina a avaliação de situações especiais e casos omissos pelo Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-162-36-1998-11-25-27>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.
- _____. Resolução Normativa nº 102, de 29 de abril de 2013: Altera o art. 2º da Resolução Normativa nº 97, de 12 de janeiro de 2012. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=253792>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.
- _____. Resolução Normativa nº 97, de 13 dez 2012: dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.
- CORAZZA, Felipe; MESQUITA, Lígia. "Crise na Venezuela: o que levou o país vizinho ao colapso econômico e à maior crise de sua história." IN: BBC Brasil. São Paulo, 22 de out. de 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45909515>>. Acesso em: 15 dez 2019.
- Defensoria Pública da União (DPU). "DPU assegura isenção de taxa para emissão de documento de cidadã boliviana". IN: JusBrasil [online], 2016. Disponível em: <<https://dpu.jusbrasil.com.br/noticias/360969245/dpu-assegura-isencao-de-taxa-para-emissao-de-documento-de-cidada-boliviana>> 15 dez 2019.
- FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. Direitos Humanos dos migrantes: Ordem jurídica Internacional e Brasileira. Curitiba: Juruá, 2012. 202 p.
- FERNANDES, Duval; FARIA, Andressa Virgínia de. O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos. Rev. bras. estud. popul. [online]. 2017, vol.34, n.1, pp. 145-161. ISSN 0102-3098. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-30982017000100145&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 15 dez 2019.
- G1. Cobertura completa: terremoto no Haiti. São Paulo, 10 de fev. de 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL1446514-5602,00-COBERTURA+COMPLETA+TERREMOTO+NO+HAITI.html>>. Acesso em: 15 dez 2019.
- JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. 240p. Disponível em: <www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados>

e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 15 dez 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Informativo nº 7, de julho de 2018. Transferência de pessoas condenadas. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/informativo-sci/informativo-no-7-2013-transferencia-de-pessoas-condenadas>>. Acesso em: 15 dez 2019.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Comitê Nacional para os Refugiados reconhece condição de mais de 21 mil venezuelanos. 06 dezembro 2019. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,comite-nacional-para-os-refugiados-reconhece-condicao-de-mais-de-21-mil-venezuelanos,70003116353>>. Acesso em: 15 dez 2019.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. Rev. bras. Estud. Popul. São Paulo, v. 34, n.1, p. 171-179, abril de 2017. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982017000100171>. Acesso em 15 dez 2019.

POLANCO, Anggy. Venezuela investiga relatos sobre assassinato seguido de canibalismo em prisão. Reuters. [online]. 17 de out. de 2016. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKBN12H1ZC>>. Acesso em: 15 dez 2019.

SIMÕES, Gustavo da Frota (Org.). Perfil Sociodemográfico e Laboral da imigração venezuelana no Brasil. Curitiba: Crv, 2017. 112 p.

UNA VENTANA A LA LIBERTAD. Infografías. [online]. Disponível em: <<http://unaventanaalalibertad.org/infografias/>>. Acesso em: 15 dez 2019.

BOA-FÉ COMO LIMITE À ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Brunela Vieira de Vincenzi¹

Luma Vilela Ramos Fonseca²

Priscila Ferreira Menezes³

Resumo: O presente artigo visa analisar o contorno conferido à boa-fé pelo Código de Processo Civil de 2015 como princípio gerador de deveres jurídicos, especialmente no que tange a aplicação de seus preceitos aos magistrados quando da atuação em um novo modelo de processo cooperativo, bem como as consequências de sua não observância, sugerindo-se a aplicação do artigo 235 como procedimento adequado a verificação de eventual descumprimento.

Palavras-chave: Boa-fé; Código de Processo Civil 2015; Magistratura; Dever Jurídico.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 nasce num contexto jurídico onde buscava-se o redirecionamento do processo civil brasileiro a um novo modelo, condizente com as modificações sociais latentes a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto o processo passou a impulsionar os ditamos constitucionais, no sentido axiológico, o que culminou na alteração do processo civil que não buscou apenas modificações formais, mas também materiais, ao exigir dos participantes padrões de comportamento esperados em suas relações – matérias e processuais – de acordo com a cláusula de boa-fé.

Adotou-se, então, um modelo cooperativo e dialogado, onde os atores processuais possuem grande importância na construção da solução jurídica.

Sendo assim, a boa-fé ganha especial atenção, vindo a ser alçada a cláusula geral capitulada nas normas fundamentais do processo civil. Contudo, os traços desta boa-fé, presente em nosso corpo legal desde o Código Civil de 2002 e, especificamente no processo

¹ Pós-Doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e no Institut für Sozialforschung em Frankfurt am Main, na Alemanha. Doutora em Direito Civil, Constitucional e Filosofia do Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität - Frankfurt am Main. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. <http://lattes.cnpq.br/2875969853934385>.

² Advogada. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Processo da Universidade Federal do Espírito Santo. lumavramos@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/9480778211703946>.

³ Advogada. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Processo da Universidade Federal do Espírito Santo. priscilamenezes.adv@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/1194110757552464>.

civil, desde o Código de 1973, ainda vem sendo construída em nossa história jurídica, com grande influência doutrinária.

Por isto, o presente estudo visa analisar o novo contorno dado à boa-fé pelo Código de Processo Civil de 2015 como princípio gerador de deveres jurídicos, especialmente no que tange a aplicação de seus preceitos aos magistrados quando da atuação em um novo modelo de processo cooperativo. Para tanto, será considerada a transformação legal do instituto ao lado da ampla produção doutrinária.

O marco inicial do presente trabalho será o Código de 1973, a fim de analisar como se deu a inserção da boa-fé no processo, perpassando por sua modificação ainda na vigência de tal codificação, impulsionada, sobretudo, pela doutrina, finalizando-se na atual conjuntura do princípio da boa-fé, nos moldes constantes no Código de 2015, onde então, a partir do método de interpretação sistemático, analisar-se-á os contornos do princípio da boa-fé como princípio capaz de gerar deveres objetivos àqueles que do processo participam, bem como as consequências de sua inobservância pelos magistrados, sugerindo-se a aplicação do artigo 235 como procedimento adequado a verificação de eventual descumprimento dos deveres objetivos.

QUEBRA DE PARADIGMA: DA GUERRA PROCESSUAL À LEALDADE OBJETIVA

O Código de Processo Civil de 2015 nasce no contexto de modificação do papel do processo no direito brasileiro, podendo ser considerado como a codificação que veio romper com os antigos paradigmas jurídicos, buscando consolidar as novas bases do processo civil, baseado sobretudo na cooperação e no diálogo.

Nesse contexto, procura-se dar cada vez mais relevância a atuação dos agentes processuais, tornando-os verdadeiros sujeitos ativos na consecução de um desenvolvimento justo do processo, de modo que tanto o juiz quanto as partes passam a exercer papel de destaque.

Assim, o princípio do contraditório, agora compreendido não apenas frente binômio ciência e reação, mas como verdadeiro poder de influir na decisão judicial, ganha especial relevância, uma vez que “superação das concepções privatistas do processo e a ascensão de sua face publicista sinalizaram no sentido de que o processo é um instrumento de que se utiliza o Estado precipuamente para finalidades públicas e não uma ferramenta sujeita ao alvedrio das partes litigantes” (CABRAL, 2005, p. 5).

Em outras palavras significa que uma vez que se concede às partes o direito de participar, por meio do exercício do contraditório e de todas as garantias processuais constitucionais consagradas, é possível que se exija delas um comportamento adequado frente a esses direitos, pois o exercício dos mesmos não pode ser realizado a qualquer custo, nem de qualquer modo, já que o processo não é um instrumento privado egoístico, mas possui também finalidades públicas.

Desta forma, conforme salienta Antônio do Passo Cabral, todos os sujeitos, ainda que com atuação em níveis e com poderes diferentes, possuem corresponsabilidade na condução do processo e conseqüentemente na obtenção dos resultados, pois é o próprio direito de intervir que gera o dever de comportamento probo, frente as expectativas legítimas criadas pelos outros sujeitos processuais.

Entretanto, não é pacífico na doutrina que o princípio do contraditório seja o fundamento constitucional de origem do princípio da boa-fé.

Alguns apontam o princípio da solidariedade, outros o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade ou ainda a cláusula do devido processo legal, fundamento no qual o Supremo Tribunal Federal se apoia quando entende que o devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé (DIDIER, 2011, p. 86-87):

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantia de participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva de direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. (STF, 2ª Turma, RE n. 464.963-2-GO, rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 14.02.2006, publicado no DJ em 30.06.2006.)

Este também é o entendimento de Joan Picó i Junoy (2015, p. 108), quando informa que:

o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias, criando, a partir desse raciocínio, a eloquente expressão "devido processo leal.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) o direito ao processo justo, ou também conhecido como *fair trial*, pode ser extraído do artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988 e constitui um "modelo mínimo de atuação processual" tanto do Estado quanto dos indivíduos, que impõe deveres nas três esferas de poderes, ou seja, na esfera Legislativa, Judiciária e Executiva.

No que se refere a esfera judicial, objeto do presente estudo, a cláusula geral do processo justo forma um "perfil mínimo", que compreende dentre outros pontos a "colaboração do juiz para com as partes", motivo pelo qual o Código "positivou expressamente o modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração", onde os atores processuais possuem o poder de atuar, mas ao mesmo tempo possuem o dever de probidade ou, por melhor determinar, de boa-fé (MARINONI, 2017).

Contudo, é preciso esclarecer que o próprio conteúdo da boa-fé objetiva, nos moldes pretendidos pela codificação, vem se desenvolvendo desde a sua previsão no Código de Processo de 1973, tendo na doutrina sua principal mola propulsora.

De origem alemã, o instituto da boa-fé foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro em primeiro momento no Código Comercial de 1850, gozando de pouca efetividade.

Em seguida, a boa-fé esteve presente no Código Civil de 1916 limitada, entretanto, a questões específicas, não sendo alçada, portanto, a cláusula geral. Apesar de também prevista no Código de Defesa do Consumidor de 1990, a boa-fé ganhou contornos de cláusula geral no Código Civil de 2002, onde além dos aspectos subjetivos, também foram especificados aspectos objetivos “através de cláusula geral do prólogo das normas de direito contratual” (FREIRE E SILVA, 2017, p. 3).

Ainda dentro da codificação civilista ensina Renata Domingues (2003, p. 3-4) que:

A boa-fé objetiva possui dois sentidos diferentes: um negativo e um positivo. O primeiro diz respeito à obrigação de lealdade, isto é, de impedir a ocorrência de comportamentos desleais; o segundo diz respeito à obrigação de cooperação entre os contratantes, para que seja cumprido o objeto do contrato de forma adequada, com todas as informações necessárias ao seu bom desempenho e conhecimento (como se exige, principalmente, nas relações de consumo).

Mostra assim a importância da boa-fé no campo contratual, motivo pelo qual a referida conceituação leva em conta aspectos específicos aplicáveis ao contrato, mas que no campo processual deve ser levado em consideração em seu núcleo, que concerne ao dever de lealdade, de comportamento probó, legítimo frente às expectativas do parceiro de interação.

Neste sentido explica Arruda Alvim Netto (1993, p. 2-3):

Há distinção na teoria do direito, em que se discrimina entre boa-fé objetiva e subjetiva. A boa-fé objetiva (mais precisamente, objetivada na lei), é aquela em que o próprio sistema jurídico fornece parâmetros para ser avaliada, o que, certamente, facilita a tarefa do juiz e mesmo o próprio comportamento das partes, com vistas a não serem havidas como má-fé. [...] já, diferentemente, quando existe no sistema jurídico, apenas, a exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé, mas sem qualquer parâmetro, deve esta ser denominada como sendo subjetiva, e, assim avaliada. Estas classificações comportam, todavia, visões algo diferentes.

Esta visão dicotômica marcou sobretudo os primeiros momentos da codificação processual, pois no sistema processual brasileiro a primeira previsão do referido instituto se deu no Código de Processo Civil de 1973, o qual previa em seu artigo 14, inciso II que a lealdade e a boa-fé eram deveres das partes e de todos que do processo participavam.

Todavia, salienta Ariadi, Brunela e João Paulo (2016, p. 7-8) que, desde o momento de sua previsão, houve discordância doutrinária sobre a sua forma, se subjetiva ou objetiva.

Em primeiro momento, continuam os autores, a posição dominante entendia que os contornos conferidos a boa-fé na antiga codificação se davam em moldes subjetivos, no qual “para que o indivíduo fosse considerado litigante de má-fé, dever-se-ia provar o dolo deste”,

de modo que “deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção” (REZENDE, MANSUR E VINCENZI, 2016, p. 7-8).

Em um segundo momento, mas ainda na vigência do Código de 1973, a doutrina fora caminhando em sentido interpretativo oposto, no qual a boa-fé passava a possuir contornos objetivos, abandonando, por conseguinte, a necessidade de perquirir o dolo do agente (REZENDE, MANSUR E VINCENZI, 2016, p. 7-8). Judith Martins enfatiza a importância da doutrina, especialmente da doutrina processual, para a construção da boa-fé objetiva, num movimento que ela denomina “bartolismo” (COSTA, 2004).

Aryadi, Brunela e João Paulo (2016, p. 10) apontam que a passagem da boa-fé de um caráter subjetivo para o objetivo não se deu bruscamente, pois ainda na codificação anterior a Constituição já incidia gerando deveres, contudo apontam dois fatores, presentes na codificação atual que ratificam definitivamente a consagração da boa-fé objetiva:

[...] o trabalho da comissão de juristas que, ao elaborar o novo código de processo civil, inseriu, na parte geral do código processual civil, o princípio da boa-fé ao lado de outros princípios que devem ser interpretados objetivamente para garantir os interesses dos cidadãos. [...] A supressão do termo “lealdade”, antigamente inserido ao lado da “boa-fé”, retira a carga semântica subjetividade da mesma.

Nesta linha, imprescindível apontar a conceituação trazida por Fredie Didier (2009, p. 2) quanto a boa-fé processual e os deveres delas decorrentes:

[...] o princípio da boa-fé processual é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito” processual (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disto, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, *a cláusula geral da boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada com fato que compõe o suporte fático e alguns ilícitos processuais*. Eis a relação que se estabelece entre a boa-fé processual objetiva e subjetiva. *Mas ressalta-se: o princípio da boa-fé objetiva processual, que, além de mais amplo, é fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé (grifos nossos).*

Nesse sentido, a previsão da boa-fé objetiva no Código de Processo Civil de 2015 como cláusula geral em seu artigo 5º, dentro do capítulo 1 que institui as normas fundamentais do processo, busca não deixar espaço para dúvidas acerca da existência e aplicação de sua forma objetiva, nem tampouco dos deveres dela decorrentes, pois “tal mudança não pode ser encarada de maneira deslocada e descontextualizada, pois o movimento histórico de aprimoramento do dispositivo da boa-fé processual leva a refletir sobre os motivos que induziram o legislador pátrio a realizar tal guinada” (REZENDE, MANSUR E VINCENZI, 2016, p. 10).

Deste modo, é preciso destacar que a boa-fé nos moldes esculpidos pelo Código de Processo Civil de 2015 é uma cláusula geral, prevista como norma fundamental a reger todo o

processo civil e que, nos termos do próprio artigo 5º impõe-se a todos aqueles que participam do processo, *in verbis*:

Art. 5º Aquele que *de qualquer forma participa do processo* deve comportar-se de acordo com a boa-fé. (grifos nossos).

Neste sentido, questiona-se a aplicabilidade da cláusula de boa-fé objetiva ao magistrado quando de sua atuação dentro de um processo colaborativo, inquirindo, sobretudo, os contornos de tal dever, bem como as consequências advindas de sua inobservância, tendo em vista a dificuldade estrutural na fiscalização de sua atuação, uma vez que exigir das partes a assunção de uma postura fiscalizadora daquele que o julga ultrapassa as habilidades esperadas daqueles que litigam.

BOA-FÉ COMO LIMITE À ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Ao se analisar o conteúdo normativo do princípio da boa-fé trazido pela codificação de 2015 é possível perceber que a cláusula geral prevista no artigo 5º se destina a todos aqueles que participam do processo, não delimitando, assim a faceta subjetiva do instituto.

Nesse mesmo sentido se posiciona Fredie Didier (2009, p. 2) quando explicita que “os destinatários da norma são todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional”.

Ademais, afirma o autor sobre a importância da correta delimitação dos sujeitos destinatários da norma, uma vez que os trabalhos doutrinários muitas vezes acabam restringindo a análise da boa-fé frente as partes (DIDIER, 2009, p. 2).

É de notar certa dificuldade de aplicação do conteúdo da boa-fé aos magistrados, uma vez que a análise sistemática do instituto no Código nos revela que, ainda que haja a cláusula geral esculpida no artigo 5º, as demais previsões normativas previstas no Código - a exemplo dos artigos 77, 79 e 80 do Código de Processo - parecem se destinar exclusivamente as partes e aos intervenientes, colocando o juiz numa posição ativa quanto a persecução da boa-fé e das sanções decorrentes de sua inobservância.

Deste modo, parece inconcebível que dentro deste contexto se possa defender a utilização dos mesmos artigos para balizar a atuação judicial, bem como para sancioná-lo.

Além disto, se o juiz é figura ativa desses comandos, responsável por analisar o comportamento daquele que age, bem como aplicá-lo as penalidades, a quem caberia este papel quando a parte se tornasse o magistrado? Seria razoável exigir que ele aplique os comandos em si mesmo? Ou mais, que as partes, agora munidas pelo Código do gozo de uma posição ativa no processo, fossem os fiscais do juiz?

Bem, sobre a questão em foco, é preciso destacar que ainda que seja conferida as partes uma posição de protagonismo dentro de um processo cooperativo não se pode negar que o

lugar ocupado pelas partes e pelo juiz é completamente diferente, sobretudo, em decorrência do próprio exercício da jurisdição.

Como bem salienta Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017) "o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão*".

De outro lado, não parece razoável exigir que o próprio juiz, na condução de seus trabalhos, fosse o responsável pela análise de sua própria conduta, já que, em primeiro lugar, espera-se que aquele que julga ao identificar uma atuação afastada da boa-fé por si só seja capaz de não realizar o ato, de modo a se esperar também que aqueles atos que eventualmente estão sendo realizados sejam do ponto de vista do juiz que os comete munidos de boa-fé. Ademais, também é de se esperar que no caso de o juiz notar a irrazoabilidade do ato já cometido que ele, munido de suas prerrogativas, o reconsidere, evitando prolongamento de suas consequências, ao invés de aplicar a si mesmo uma penalidade.

Nesta perspectiva, duas premissas são adotadas no presente estudo: de que a existência de uma cláusula geral de boa-fé no artigo 5º é o suficiente para impor a todos que atuam no processo uma postura proba, assim incluso também o magistrado, e que, exigir que a parte ou o próprio juiz fiscalize sua atuação é inócuo.

Por isto, na busca de outra alternativa à questão sugere-se a aplicação do artigo 235 do CPC, o qual imbuí o Corregedor do Tribunal e o Conselho Nacional de Justiça o poder de fiscalizar, quando provocado pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública:

Art. 235. Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno (grifos nossos).

Nota-se que o poder de análise da conduta e consequente aplicação de penalidade pelo descumprimento do dever de boa-fé compete ao corregedor ou ao CNJ, cabendo as partes e aos demais ali elencados somente a possibilidade de provocar a referida atuação.

Isto torna muito mais plausível a persecução finalidade elencada pela cláusula geral de boa-fé, uma vez que não se exige da parte o exercício de um poder que não lhe cabe, mas apenas a possibilidade de provocar um órgão munido de autoridade para o controle do magistrado.

E ainda, o procedimento elencado parece o adequado para a fiscalização das atitudes do juiz, uma vez que ao mesmo tempo que consegue dar efetividade a cláusula geral de boa-fé, permite o exercício das garantias processuais pelo magistrado, que deverá ser ouvido previamente, terá direito a um procedimento, bem como a apresentação de justificativa, caso não seja o caso arquivado definitivamente após sua primeira manifestação:

Artigo 235, § 1º Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado

procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para, querendo, apresentar *justificativa no prazo de 15 (quinze) dias*.

§ 2º Sem prejuízo das *sanções administrativas* cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º, se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, *pratique o ato*.

§ 3º Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao *substituto legal do juiz ou do relator* contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias (grifos nossos).

É possível ainda constatar que as coerções trazidas pelo artigo 235 também parecem apropriadas para o caso de violação da boa-fé, uma vez que o referido artigo estipula ao lado de sanções administrativas a serem aplicadas, a possibilidade de o juiz seja levado a praticar o ato, aqui claro, ato já corrigido e agora de acordo com os contornos da boa-fé, e até mesmo que este – o magistrado – em caso de não observância da determinação do corregedor ou CNJ seja afastado do caso, que seguirá com o substituto legal.

Assim, além da possibilidade de aplicação de uma penalidade com o intuito coercitivo e pedagógico, é capaz de impedir a continuidade da conduta inadequada, quando a substitui por outra ou quando a desfaz. Por último, mostra-se capaz ainda de evitar perseguições e manutenções de posturas inadequadas quando substitui o magistrado que persiste na incorreção.

Para aqueles que entendem tal possibilidade desmedida é preciso lembrar que os poderes de um juiz são poderes, mas também deveres, que, por isto, não podem ser exercidos de qualquer modo e nem com escopos subjetivos; pelo contrário, devem ser balizados pelo ordenamento jurídico, pelos princípios constitucionais e pelos deveres a eles impostos.

Sobre o tema em questão cabe ainda ressaltar o julgamento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.394.902, onde o STJ entende que os juízes também devem observar a boa-fé processual no desempenho de suas funções.

O recurso especial em questão foi julgado contra decisão proferida pela própria turma, que devido a postura contraditória de um de seus ministros acabou por quebrar a legítima expectativa das partes.

A quebra da expectativa se deu pelo fato de que o ministro que apresentaria voto-vista optou pelo adiamento do feito, o que provocou a saída dos advogados responsáveis pela causa do tribunal, mas ainda na mesma sessão, após julgamento de outros processos, o mesmo ministro que optou pelo adiamento recolocou a ação em pauta e proferiu voto, acompanhado de seus colegas de trabalho, que também proferiram os seus respetivos votos, culminando na produção de uma decisão.

Tal situação foi impugnada pelos advogados, resultando na nulidade da decisão, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. SESSÃO DE JULGAMENTO. PEDIDO DE PREFERÊNCIA. VOTO-VISTA. PROCLAMAÇÃO DE ADIAMENTO. POSTERIOR RETOMADA E PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO FINAL NA MESMA ASSENTADA. NULIDADE. 1. O Novo Código

de Processo Civil trouxe várias inovações, entre elas um *sistema cooperativo processual* – norteados pelo princípio da boa-fé objetiva –, no qual todos os sujeitos (juízes, partes e seus advogados) possuem responsabilidades na construção do resultado final do litígio, sendo certo que praticamente todos os processos devem ser pautados, inclusive aqueles com pedido de vista que não forem levados a julgamento na sessão subsequente, nos termos do art. 940, §§ 1º e 2º, do CPC/2015. 2. O objetivo de tais mudanças é dar maior transparência aos atos processuais, garantindo a todos o direito de participação na construção da prestação jurisdicional, a fim de evitar a surpresa na formação das decisões (princípio da não surpresa). 3. Os princípios da cooperação e da boa-fé objetiva devem ser observados pelas partes, pelos respectivos advogados e pelos julgadores. 4. É dever do Órgão colegiado, a partir do momento em que decide adiar o julgamento de um processo, respeitar o ato de postergação, submetendo o feito aos regramentos previstos no CPC/2015. 5. Hipótese em que há nulidade no prosseguimento do julgamento, pois, com a informação prestada aos advogados de que a apresentação daquele feito seria adiada – o que provocou a saída dos patronos do plenário da Primeira Turma –, tornou-se sem efeito a intimação para aquela assentada. 6. Recurso provido para anular o julgamento dos agravos regimentais realizado na sessão do dia 19/04/2016. (STJ, 1ª Turma, REsp n. 1.394.902-MA, rel. Ministro Regina Helena Costa, publicado no DJ em 18/10/2016, grifos nossos).

Nota-se uma situação patente de comportamento contraditório e conseqüente quebra de expectativa legítima da parte, que ao ter o seu caso adiado retirou-se do tribunal, mas foi surpreendido com uma decisão na mesma sessão, em clara oposição aos deveres da boa-fé processual.

Casos assim demonstram de forma clara o motivo pelo qual a cláusula geral da boa-fé processual deve pautar o comportamento de todos os atores processuais, sejam eles partes, advogados, auxiliares ou magistrados, já que a observância dos deveres decorrentes do referido princípio serve para efetivar os princípios constitucionais caros ao devido processo.

Sendo assim, a cláusula geral de boa-fé prevista no CPC como norma fundamental do processo civil deve sim balizar as condutas dos magistrados, que, também vinculados ao ordenamento, devem agir no interesse e na persecução dos fins constitucionais, colaborando para que o processo se desenvolva de modo cooperativo e na busca de uma decisão justa e adequada.

CONCLUSÃO

O princípio da boa-fé encontra-se presente na codificação civil desde o Código de Processo de 1973, onde então passou de uma concepção puramente subjetiva para uma concepção mais objetiva, por influência, sobretudo, da forte atuação doutrinária no amadurecimento dos institutos processuais.

Com a inauguração da codificação de 2015, proposta para refletir um novo modelo de processo, o princípio da boa-fé manteve sua roupagem objetiva, mas agora alçada, por meio de uma cláusula geral prevista no artigo 5º, à princípio fundamental imbuído de orientar todo o corpo processual.

Nesse sentido, a referida cláusula geral de boa-fé deve ser observada por todos os atores processuais, incluindo neste contexto os magistrados, que, no seio do CPC 2015, possuem o poder-dever de conduzir um processo cooperativo ao lado das partes.

Por isto, os magistrados, quando não cumprirem os ditames da boa-fé objetiva, assim como as partes, devem ser responsabilizados, contando, entretanto, com um procedimento de fiscalização distinto em decorrência de seu papel institucional.

Para tanto, deve ser aplicado os ditames do artigo 235 do CPC 2015, que prevê a possibilidade de o corregedor do tribunal ou o CNJ fiscalizarem a conduta do juiz, abrindo, caso seja necessário, procedimento administrativo, onde serão observadas todas as garantias processuais, mas que poderá culminar em sanções administrativas, além de substituição de atos ou do próprio magistrado.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- AVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros. 12. ed., 2012.
- BALBINO, Renata Domingues Barbosa. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL. *Revista dos Tribunais* | vol. 808/2003 | p. 741 - 752 | Fev / 2003.
- BRASIL. LEI N 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 (REVOGADA). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 04 nov 2019.
- BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 nov 2019.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. São Paulo: Forense, 2010.
- CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa fé processual objetiva. *Revista Processo*, vol. 126, ago 2005.
- DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. Executivo Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil Português*. Portugal: Editora Coimbra.
- DIDIER JR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista Processo*, vol. 17, maio 2009.
- FREIRE E SILVA, Bruno. Litigância de má-fé no novo cpc. penalidades e questões controvertidas. responsabilidade do advogado. *Revista Processo*, vol. 264, fev. 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. vol. 1. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. DEVERES DAS PARTES E DOS PROCURADORES, NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO (A LEALDADE NO PROCESSO)1-2. Revista dos Tribunais | vol. 69/1993 | p. 7 - 20 | Jan - Mar / 1993.

PICÍ I JUNOY, Joan, Apud DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

REZENDE, Ariadi Sandrini; MANSUR, João Paulo e VINCENZI, Brunela Vieira de. A constitucionalização do processo civil e a boa-fé objetiva no novo código de processo civil. derecho y cambio social, 2016.

STF, 2ª Turma, RE n. 464.963-2-GO, rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 14.02.2006, publicado no DJ em 30.06.2006.

STJ, 1ª Turma, REsp n. 1.394.902-MA, rel. Ministro Regina Helena Costa, publicado no DJ em 18/10/2016.

ACESSO À JUSTIÇA NO MUNICÍPIO DE VILA VELHA/ ES: UMA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E EFICIÊNCIA ANTE OS PROCESSOS DE META DO CNJ

Nathalya dos Santos Kuster Pinheiro¹

Resumo: Busca analisar os processos classificados como meta pelo CNJ e sua prestabilidade aos Vila-Velhenses no que tange aos princípios da celeridade e da eficiência, por meio de análise específica das varas cíveis do Fórum Desembargador Annibal de Athayde Lima. Para tanto, a primeira parte do artigo descreve a origem dos princípios da celeridade e da eficiência sob a perspectiva de Cappelletti (1998), Dinamarco (2009) e Dallari (1996), utilizando obras consagradas sobre o acesso à justiça, apontando as teorias firmadas com base nas garantias fundamentais do processo civil. A segunda parte fará uma leitura contextual do advento da criação dos processos de meta pelo CNJ, indicando os motivos do surgimento; as classificações realizadas; e as aplicações feitas para a primeira instância, cujas vertentes prometeram melhora na prestação jurisdicional. Em seguida, propor-se-á demonstrar, por meio dos dados coletados no Fórum acima citado, a infrutuosidade dessas metas em grau mínimo de jurisdição, comparando com os levantamentos da pesquisa Justiça em Números, 2018, realizada pelo próprio CNJ. Por último, propõe-se demonstrar a atecnia coletiva da sociedade para resolução de conflitos, indicando que a adoção de metas pelo Conselho não basta para solucionar a crise vivida no âmbito forense, sendo necessária uma análise social diante das mudanças sofridas na contemporaneidade.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Celeridade; Eficiência; Metas.

INTRODUÇÃO

A celeridade e a eficiência são garantidas constitucionalmente no que tange à duração razoável do processo, constantes no artigo 5º, inciso LXXVIII da Carta Magna; em contrapartida, o crescimento populacional e a judicialização dos conflitos põem em confronto a realidade da aplicação desses princípios. Afinal, às partes parece conveniente à primeira vista iniciar um processo judicial, contudo, ao se prolongar pelo tempo, torna-se pouco lucrativo — tanto do ponto de vista econômico, quanto jurisdicional-satisfativo.

Tais princípios tratam sobre matéria de cláusula pétrea, versando com alto grau de proteção por parte dos três poderes do Estado. Intrinsecamente conectados ao devido

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Vila Velha – UVV, email: nathalya.kuster@gmail.com.

processo legal, garante-se a demanda judicial em sua plenitude, iniciando-se do mais comum procedimento até os detalhes de cada ato jurisdicional, almejando conceder segurança jurídica aos litigantes *in casu* e à sociedade.

Em tentativa de promover uma melhoria de uma máquina forense dilatada, o CNJ instituiu metas para que as camadas do Poder Judiciário cumprissem e, conseqüentemente, devolvessem à população um resultado do acesso à justiça de forma satisfativa. Ainda assim, em primeira instância, os processos classificados como urgentes seguem não cumprindo com prioridade de tramitação na prática, colaborando para que o sistema continue crescendo e falhando em sua prestabilidade. Tanto é que no levantamento realizado pelo próprio CNJ – Justiça em Números 2018, o tempo médio para sentenciar um processo de conhecimento em primeiro grau é de 2 anos e 6 meses, ao passo que a cada 100.000 habitantes, no TJ-ES, 7.338 novos processos são protocolados, sendo destes 846 por magistrado.

Ainda pela Justiça em Números (2018), apesar da progressão da produtividade em relação ao volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que atuaram durante o ano na jurisdição - calculada pela carga de trabalho indicando o número de procedimentos pendentes e resolvidos no ano, incluindo não somente os processos principais, como também os recursos internos e os incidentes em execução julgados e em trâmite – processos que versam sobre relações obrigacionais e responsabilidade civil continuam aumentando, representando, juntos, mais de 50% das demandas novas no tribunal espírito-santense.

Nesse condão, o Fórum Desembargador Annibal de Athayde Lima representa o local de estudo como retrato da ineficácia jurídica das imposições efetuadas pelo Conselho. O artigo contará, para tal, com uma pesquisa de campo que se realizará por intermédio de dados colhidos com os magistrados, servidores e estagiários das varas cíveis designadas com o intuito de obter informações para constatar a rotina em primeira instância quanto aos processos de meta, haja vista que o processo não é desenvolvido exclusivamente pelo juiz, e sim pelo conjunto de atos praticados em coadjuvação dos sujeitos interessados, cuja influência nos resultados é inerente.

É de suma importância a participação dos atores do Direito, posto que são eles que assumem a responsabilidade de levar a justiça a comunidade. Desta feita, essa pesquisa no campo prático atuará como fonte de referência e base para argumentação das variáveis contidas nos autos com tramitação de urgência, abordando o papel dos juízes e dos servidores na solução dos conflitos, querendo atestar a falibilidade da aplicação da celeridade e da eficiência em uma sociedade litigiosa.

Ante o exposto, se objetiva, através do campo teórico e prático, a descrição dos principais desafios enfrentados na primeira camada do Poder Judiciário para aplicação do acesso à justiça e da duração razoável do processo por meio da celeridade e da eficiência. Põe-se em questão os custos às partes de se beneficiarem ou não de um processo nas atuais condições e até que ponto o imperativo do CNJ ao estabelecer metas favorece a diligência dos sujeitos e dos processos no âmbito da celeridade da eficiência, tendo em conta que o enfoque de acesso à justiça só pode ser efetivado, levando melhor qualidade jurisdicional aos

litigantes, se realizada com a operacionalização de reformas e analisando as peculiaridades de cada tribunal.

CELERIDADE E EFICIÊNCIA: A TEORIA

A inquietação relativa à prestação jurisdicional é um marco das diretrizes das leis processuais civis aplicadas no Brasil. Na contemporaneidade, destacam-se a Emenda Constitucional nº 45/2004 conjunta à elaboração e promulgação do Novo Código de Processo Civil (2015), que inauguraram explicitamente os princípios da razoável duração do processo e da eficiência. Não obstante a cristalina menção feita pelo legislador, tais alicerces normativos, mesmo que velados, eram empregados desde a instauração da colonização, estendendo-se às Ordenações Filipinas (1603), quando ainda inspirados por um dever divino advindo do absolutismo mesmo após a independência², como bem ilustra Vieira (2015, p.2).

A aplicação precípua da celeridade e da eficiência pode ser observada ao analisar, *ad exemplum*, o Livro 3, Título 20 – Da ordem do Juizo no feitos cíveis – quando o constitutivo português das Ordenações supracitadas arregimenta sobre a presença de argumentos protelatórios na petição feita, atravancando o curso regular do processo e prejudicando a parte *ex adversa*, ou quando do pedido de dilação processual realizado por má-fé, casos nos quais eram aplicáveis as “custas de retardamento”. É o que se aduz do compilado disponibilizado pela Universidade de Coimbra (1870):

S.-p.3t.1l.7§31.

35. E quando o Juiz achar, que cada huma das partes fez alguns artigos em todo impertinentes, que não faziam a bem de sua justiça, ou posto que fossem pertinentes, pediu dilação para lugar alongado, donde se o feito tracta, por cem legoas, ou mais, ou para fóra do Reino, e não deu prova a elles, de maneira que pareça que pedio a dilação maliciosamente, nestes casos e cada hum deles condenará as partes, que taes artigos fizeram, ou tal dilação pediram, nas custas, que por caso dos ditos artigos, ou prova se fizeram, e não lhe serão tornadas, posto que no feito seja vencedor (6). Da condenação não haverá apellação, nem aggrave, sómente se poderá agravar no auto do processo (1).

M.—liv.1t.15§25.

38. E em todos os casos em que per esta Ordenação as partes devem ser condenadas em custas de retardamento, nunca de tal condenação haverá apellação, nem aggravo: salvo nos casos, em que per nossas Ordenações expressamente for declarado [...] (PORTUGAL, 1870).

² A influência religiosa sob os ditames das Ordenações Filipinas pode ser observada logo na Exposição de Motivos, em um português arcaico: “D. Philippe, *per graça de Deos*, Rey de Portugal e dos Algarves, d’aquém e d’além mar [...]. E assi como a Justiça he virtude, não para si mas para outrem, por aproveitar sómente áquelles á que se faz, dando-se-lhes o seu, e fazendo-os bem viver, aos bons como premios, e aos máos como temor das penas, d’onde resulta paz e assocego na Republica (porque o castigo dos máos he conservação dos bons); *assi deve fazer o bom Rey, pois per Deos foi dado principalmente, nem para si nem para seu particular proveito, mas para bem governar seus Povos e aproveitar a seus subditos como a proprios filhos [...]*” (grifo nosso. Versão digitalizada e disponibilizada pela Universidade de Coimbra, 1870, no site: <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>).

Destarte, quis-se, à época, impor uma sanção àquela parte que não obedecesse, tacitamente, a uma ordem temporal dentro da relação processual, indicando no ordenamento jurídico brasileiro o prelúdio da celeridade e da eficiência.

Adiante, como dita Vieira (2015, p.3), a necessidade de separação das leis portuguesas e brasileiras cresceu exponencialmente, haja vista a incompatibilidade normativa com a Constituição de 1824. No que tange a esfera criminal, elaborou-se o Código de Processo Criminal de 1832, contudo na seara cível o Decreto nº 737 (Brasil, 1850), que estabeleceu o Código Comercial, passou a ser utilizado como se processual civil fosse, inclusive adotando a conciliação como primeiro instrumento para resolução de conflitos antes de ser acionado o jurídico: “art. 23 Nenhuma causa commercial será proposta em Juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes [...]”. Desta feita, comprova-se a reiterada preocupação com o regular processamento no Judiciário.

Todavia, para que seja obtida a frutuosidade do processo, como preceituam Cintra, Dinamarco e Grinover (2009, p. 40-41), é mister superar quatro entraves para alcançar qualidade jurisdicional: o ingresso em juízo, a observância do devido processo legal, a justiça nas decisões e a sua efetividade. Nesse condão hodierno, somente com o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678) e com a Emenda Constitucional nº 45/2004 a legislação brasileira cingiu-se de verdadeira previsão legal para assegurar a celeridade e a eficiência na esfera do processo civil.

Esta, por sua vez, como observa Hertel (2005), surgiu diante de uma longa jornada doutrinária e prática em âmbito nacional. A alteração normativa tentou mudar a situação de desagrado por parte do jurisdicionado, que via suas causas perdurarem por anos graças à morosidade do sistema. Não obstante o desejo utópico do legislador, o autor citado ainda expõe que o princípio da razoável duração do processo não propôs regulação específica para sua aplicação, permitindo este conceito aberto diversas interpretações. Não muito distante foi o Novo Código de Processo Civil (2015) ao adotar, em seu artigo 4º, o mesmo norteador da Constituição da República, apenas acrescentando que a atividade satisfativa também deve ser cumprida.

Insta salientar, no entanto, que aqui não se discute a vertente argumentativa adotada por Ávila (2019, p. 131-132), na qual se defende que o procedimento de interpretação dos princípios é intrínseco ao obscurantismo de sua aplicação, isto é, que estes norteadores não devem ter conceituação objetiva, posto que o desconhecimento de seus elementos é necessário para serem aplicados nos mais diversos enalços jurídicos. Em vista disto, ilustra que é neste ponto que os princípios se diferenciam das regras, sendo estas compostas de hipótese e consequência, enquanto aqueles são formados por meios utilizados com âmago de atingir um bem ao aplicador e ao receptor da justiça. Nesta ocorrência, este artigo não possui o intento de traçar parâmetros conceituais principiológicos, e sim apontar para a

responsabilidade do Estado em assegurar tais ditames e do seu dever de desconstituir o bloqueio à justiça, além de inserir os empecilhos sociais para tal benesse.

Há de se observar, por intermédio deste arcabouço histórico, que a celeridade e a eficiência frequentemente são pautas no interior das elaborações normativas internas no que diz respeito ao acesso à justiça. Nessa esteira, Prado (2010) alude que:

O acesso à justiça, mais do que um princípio constitucional, é um movimento que tem por escopo tornar a justiça acessível a toda sociedade, sem percalços de qualquer natureza capazes de inviabilizar a busca do direito lesado ou ameaçado [...]. É imperioso reconhecer que o sistema judiciário, embora sofisticado, é lento e caro; conquanto seja formalmente apreciável, despende tempo e dinheiro dos jurisdicionados (2010, p. 61-63).

Assim, mesmo que recorrentemente positivados, a Justiça não logra êxito em garantir tais preceitos. Isto se dá, primeiramente, graças aos movimentos burgueses resultantes do século XVIII, que introduziram um caráter conservador e monopolizador da Justiça, permanecendo assim até hoje (PRADO, 2010, p. 64). Soma-se ao fato de que a população não possui o devido alcance às informações jurídicas de seus direitos e deveres, criando um espírito de “temor reverencial”³ ao Poder Judiciário brasileiro, excluindo a parcela da sociedade ignorante aos seus ditames. Nesse teor, Ribeiro (2008) também conclui:

[...] o fato de o judiciário operar no Brasil de forma excludente – em termos de sua morosidade, da compreensão das regras de funcionamento e ainda do que ocorre no seu interior –, faz com que apenas as classes dominantes tenham acesso amplo e irrestrito a essa instância. O que se percebe é que ampliação do acesso à Justiça apenas poderá ocorrer a partir da atualização do Poder Judiciário no que tange à alteração do seu cenário institucional (2008, p. 473).

Nessa acepção, Cappelletti e Garth (1998, p. 10) aduzem que conquanto os estudos modernos da processualística civil envolvendo o acesso à justiça se avolumaram, seus resultados eram pautados em dogmatismo puro, não sendo observadas as variáveis relativas às condições das partes na litigância. Por consequência, as mudanças implantadas no corpo jurídico eram meramente procedimentais, pouco abarcando a realidade enfrentada na prática, causando um afastamento do saber forense em relação a grande parte da sociedade.

Por essa perspectiva, é imperioso tratar tais princípios como direitos tocantes a cidadania. Isto porque, conforme explica Silva (1999, p. 11), a cidadania é um conceito mutável que acompanha a evolução dos sistemas de cada época. Quando da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estava unicamente ligada a ideia de direito político; enquanto a Constituição da República trouxe uma convicção ampla no sentido de soberania popular como detentora dos direitos fundamentais e, por seguimento, da dignidade da pessoa humana. Desta feita, por dedução lógica, o acesso à justiça é integrante da cidadania contemporânea,

³ Expressão utilizada por Dallari (1996, p.5) em O poder dos juízes para descrever a tradição e o conservadorismo do Poder Judiciário ante a evolução dos Poderes Executivo e Legislativo.

motivo pelo qual as lesões provocadas pela morosidade e inefetividade vão de encontro a uma garantia essencial a todo Estado Democrático de Direito. Nesse mesmo tom, Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2018) corroboram:

À vista do exposto, verifica-se que pelo menos nos exemplos colacionados (moradia, alimentação e razoável duração do processo) manifesta está a umbilical ligação de tais direitos não apenas (e isto já seria suficiente) com a dignidade da pessoa humana, mas também no que diz com a sintonia com o sistema internacional de direitos humanos, para além de um crescente reconhecimento na esfera doutrinária e jurisprudencial (2018, p. 160).

Em face do exposto, a celeridade e eficiência possuem o condão de conceder a sociedade a devida segurança jurídica e confiabilidade no serviço da jurisdição, encontrando-se não apenas quanto a condição peculiar à ligeireza processual, mas igualmente no deleite das partes em colher um desfecho na demanda que não seja prejudicial. O prejuízo em debate, contudo, não diz respeito ao julgamento procedente ou não do magistrado, e sim às observâncias dos conjuntos normativos e principiológicos do ordenamento, de forma que a satisfação dos sujeitos no processo seja lastreada em benefícios materiais, psicológicos e, por fim, jurisdicionais. Demonstra-se, todavia, que o estado brasileiro não vem sendo capaz de cumprir este ônus, sendo a análise interdisciplinar intrínseca à alteração deste caos.

METAS DO CNJ: A PRÁTICA

Nesta lógica ditada pelo acesso à justiça e combate à morosidade do sistema inseridos pela Emenda nº 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça instituiu as diretrizes para planejamento e gestão estratégica no Poder Judiciário através da Resolução nº 70/2009. Tal determinação estabeleceu os critérios baseando-se nos atributos de valor do Judiciário para a sociedade, tais como a credibilidade, a acessibilidade, a celeridade e a probidade, com objetivos de garantir agilidade aos trâmites e buscar excelência na gestão operacional, além de fomentar a troca de experiências com a população. Ainda consta do ato administrativo que é dever do Conselho garantir a participação dos tribunais e magistrados nas metas e coordenar as atividades de gerenciamento.

A partir destas instruções criaram-se as metas por meio de acordo estabelecido entre os presidentes dos tribunais nacionais. Inicialmente, para atender a demanda à época, surgiram dez divisões para serem alcançadas, sendo as mais relevantes para a discussão aqui levantada:

Tabela 1 – Metas cíveis do CNJ (2009)

METAS	CARACTERÍSTICAS	RESULTADO
1	Desenvolver planejamento estratégico plurianual aos objetivos do Poder Judiciário.	98,6%
2	Identificar processos mais antigos e proceder o julgamento.	60,7%
3 e 4	Informatizar todas as unidades judiciárias e processos, além de interligá-las à internet.	96,7%

Fonte: Elaborada pela autora com dados de Demarchi (2011).

Entretanto, como demonstraram os dados apontados, a meta 2, almejando sentenciar os processos mais antigos – em um lapso temporal de quatro anos anteriores – a ponto dos julgamentos serem superiores aos novos casos, não chegou ao resultado esperado. Tal fato causou grande comoção e trouxe polêmica ao Poder Judiciário, propagando-se a ilusão que os recordes batidos significavam direitos garantidos (DEMARCHI, 2011, p. 703).

Nessa esteira, através da Resolução nº 221/2016, o CNJ instaurou a possibilidade de abertura dos planos estratégicos para influência da sociedade e dos servidores públicos. Portanto, pretendia-se estreitar a familiaridade entre o jurisdicionado e o Judiciário, visto que desde estabelecidas, as metas apresentaram uma mudança de fato, mas a morosidade ainda permanecia como característica principal na convicção popular, representando a busca de caminhos mais adequados, como argumentam Carvalho e Watanabe (2018):

Esse distanciamento entre Direito e Política, com marcante separação entre os poderes, é característica do Direito Autônomo, sendo a aproximação o caminho para o Direito Responsivo [...], um movimento interno do Poder Judiciário que oferece abertura, ainda que pequena, para a participação da sociedade, que pode expressar o que mais anseia pelo Judiciário atual, cabendo ao CNJ gerir as expectativas e promover a discussão entre os tribunais do país (2018, p. 3199).

Ato contínuo, nos anos seguintes, as metas adotaram critérios distintos dentro das necessidades de cada ano, contudo nunca abandonando o caráter de valorização do quantitativo em relação a celeridade e a eficiência. Já em 2018, no que tange à Justiça Estadual, seis metas foram estabelecidas, mantendo-se a meta 2. Carvalho e Watanabe (2018) expõem sobre a expectativa do Conselho de cumprimento desses alvos pela primeira instância:

Grande parte das metas é repetida no próximo ano com algumas modificações específicas, por exemplo, no ano de 2016 a meta 2 (Julgar processos mais antigos) compreendia para a Justiça Estadual o julgamento de 80% dos processos distribuídos até 31/12/2012 no 1º grau [...], enquanto que no ano de 2017 esperase julgar na Justiça Estadual 80% dos processos distribuídos até 31/12/2013 no 1º grau – CNJ, 2015 (2018, p. 3198).

Atualmente, pelo que consta do Relatório Justiça em Números 2018 - CNJ, a Justiça Estadual possuiu 63,5 milhões de processos pendentes de julgamento, 20,2 milhões de processos novos e fixando 21,7 milhões de processos finalizados, sendo que estes

apresentaram leve crescimento em relação ao ano anterior. Insta salientar, contudo, que com o aumento de casos novos ao decorrer das décadas, o número de sentenças, mesmo que não acompanhando a demanda no ritmo adequado, cresceu em mais de 6 milhões de 2009 e 2017, totalizando 26,9 milhões. Portanto, os resultados ainda não foram alcançados satisfatoriamente.

Não obstante a intenção positiva de avaliação de desempenho para o Judiciário brasileiro, Gomes e Guimarães (2013, p. 382) descrevem que esta tarefa não é de fácil execução, haja vista que os atos jurisdicionais tratam de méritos distintos, não se retirando o arremate de dados coletados. Descrevem ainda que apesar dos cientistas políticos e econômicos determinarem que esse método quantitativo é essencial para estimular o serviço, a autonomia e incentivos monetários, os sociólogos se preocupam com o contexto em que o dever é cumprido, posto que é mister observar a complexidade, os valores e as peculiaridades de cada membro. O ponto crucial desta discussão é que a singeleza desse método torna os resultados isentos de estrutura que abarque as individualidades de cada conjuntura, todavia o material obtido permite que os agentes públicos realizem comparações em relação a realidade enfrentada (apud HEINRICH, 2010).

Por derradeiro, como bem explicitam Cunha e Franco (2013), esses moldes de cobrança do CNJ impostos à primeira instância são incongruentes. Isso em razão de que somente espelham o importe numérico do caos vivenciado, não auxiliando adequadamente ao primeiro grau de jurisdição como dita o artigo 2º, §6º da Resolução nº 70/2009: "o Conselho Nacional de Justiça adotará as providências necessárias para fornecer auxílio técnico-científico aos tribunais na elaboração e na gestão da estratégia". Ademais, destaca-se que existem demandas e empecilhos potenciais que carecem de pesquisas qualificativas, sendo dever dos juristas acadêmicos auxiliar na construção de um patamar diferenciado para avaliação das gradações jurisdicionais. Primordial ou escusável, atualmente o CNJ representa um papel orientador das dinâmicas de funcionamento dos Tribunais, tornando cada utilizador e executor da Justiça agentes de intervenção ponderosos.

DO DESEMPENHO DO FÓRUM DESEMBARGADOR ANNIBAL DE ATHAYDE LIMA

Perante o exposto, depreende-se que a criação e desenvolvimento da razoável duração do processo, inerente ao devido processo legal, foi necessária para garantir o acesso à justiça e transcender a morosidade processual existente. Contudo, a falência desse instituto na realidade do Poder Judiciário se dá porque não é bastante a declaração formal do direito, e sim a realização concreta deste. Desta maneira, os critérios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser utilizados para solidificar sua aplicação, levando em conta, *ad exemplum*, o volume de trabalho existente e os instrumentos que auxiliam a validação no plano prático (SILVA, 2014, p. 435).

Nessa lógica, as metas surgiram exatamente para trazer efetividade e materializar esses princípios, a fim de afastar a delonga crônica no Judiciário. No entanto, como expõe Campos (2017, p. 31), mesmo com as medidas adotadas pelo CNJ, o sistema judiciário nacional se tornou obsoleto, vivenciando ineficiência cotidianamente – não se bastando na morosidade. Tal diagnose resulta em baixa na credibilidade da Administração da Justiça, indo defronte aos preceitos estabelecidos na Resolução nº 70/2009 do Conselho supracitado, ante a falta de insuspeição da sociedade em relação ao Poder.

Em uma análise *in loco*, o Fórum Desembargador Annibal de Athayde Lima, vinculado ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo, representa no universo de pesquisa o foco temático delimitado. Em 2018, o índice de cumprimento e produtividade nacional imposto pelo Conselho para os processos de meta 2, isto é, julgar os processos mais antigos – sentenciar 100% dos processos distribuídos até 31/12/2013 e 85% dos processos distribuídos em 2014 – era de 102,29%. Contudo, as varas cíveis do Fórum mencionado, ao findar do ano, em média aritmética, não alcançaram 80% de cumprimento⁴. Por unidade judiciária cível, distribuídas as médias de cumprimento:

Tabela 2 – Cumprimento da Meta 2 nas varas cíveis do Fórum Desembargador Annibal de Athayde Lima (2018)

VARA CÍVEL	ÍNDICE DE CUMPRIMENTO DA META 2
1 ^a	76,36%
2 ^a	70,79%
3 ^a	68,84%
4 ^a	64,41%
5 ^a	85,07%
6 ^a	93,82%

Fonte: Elaborada pela autora com dados do Sistema e-Jud - CNJ (2018).

Diante dos dados coletados, há de se pensar que a média obtida, 76,5%, é satisfatória. Todavia, a Justiça em Números (2018) aponta que o tempo de sentença é de 2 anos e 6 meses, enquanto que os magistrados das varas cíveis entrevistadas apontaram que o tempo médio de sentença é igual ou acima de 3 anos. Ademais, como foi constatado no Relatório Saúde dos Magistrados e Servidores do Poder Judiciário (2019, p. 11-14), o índice de absenteísmo-doença – falta do empregado que se pensava estar presente, retirado o tempo de férias e recesso – em 2018 na justiça estadual dos magistrados foi de 1,5%, isto é, em média cada juiz

⁴ Dados obtidos pela autora no Sistema de Automação do Poder Judiciário – e-Jud, Painéis, sistema de consultas das Metas CNJ 2018.

se ausentou, ao mínimo, seis dias no ano para tratamento de saúde; relativo aos servidores, o índice cresce, totalizando 1,8% de faltas no ano citado.

Outrossim, transtornos mentais e comportamentais representaram o maior índice declarado de motivos de afastamento para ambos, 5,4%, abrangendo casos de ansiedade, transtornos depressivos, afetivo bipolar e reações ao estresse grave. Ainda mais específico, a pesquisa mostra que no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, os transtornos ansiosos e episódios depressivos somam 5,7%, sendo menor apenas que as ausências relativas às pessoas que tem contato com os serviços de saúde.

Diante deste cenário, em que as metas não conseguem ser atingidas e a pressão constante e caótica sobre os magistrados e servidores de 1º grau corroboram para um ambiente de trabalho lesivo, a celeridade e a eficiência não conseguem ser atingidas substancialmente em razão da prejudicialidade do serviço e da saúde dos juristas responsáveis pelo trâmite processual. Isto corroborado pela desídia das partes, recorrentes sentenças terminativas de mérito, cultura processualística, ausência de material ou sua qualidade ínfima e a utilização do Judiciário como espírito vingativo por parte da sociedade, traz ao Fórum sobredito uma estrutura laborativa e organizacional desconexa, além de incompatível com os imperativos do CNJ.

Nesse sentido, Schmidt (2013) exterioriza que instituir um planejamento estratégico sem um viés democrático apenas consolida a hierarquização de poder imperante no Poder Judiciário, podendo piorar a desconformidade de tratamento e conseqüentemente amplificar a aglomeração de poder nos tribunais. Sem esta alteração na organização, as metas estabelecidas se tornam mecanismo de cobrança individual e disciplinar, desviando o sentido dos resultados institucionais. Do mesmo modo, a definição de metas quantitativas exclusivamente, sem mencionar a estrutura, as condições e transmissão processual, causa discrepância entre as decisões e tratamento das partes, posto que não considera a individualidade das unidades judiciárias.

Para tal concretização, o dever de realização de um processo justo e célere não cabe apenas ao corpo judiciário, mas sim às partes litigantes e a todos os sujeitos processuais. Nessa acepção, Dallari (1996, p.1) demonstra que a formação dos três poderes como é estruturado atualmente são impróprios para a realidade global da contemporaneidade. Isto porque antes imaginava-se um Estado mínimo, com poucas demandas depositadas a si, até mesmo porque uma parcela ínfima da população tinha acesso e garantia aos seus direitos e exigibilidade. Com esse sentido, a estrutura atual não comporta o peso da responsabilidade jurídica apenas sobre o Estado, sendo mister que a sociedade reconheça seu papel como agente atuante para efetivação de seus direitos, sempre dentro dos limites estabelecidos em lei.

Ainda assim, não se pode falar de exercício jurisdicional sem falar da importância do magistrado como formador do resultado satisfativo para as partes. Desta feita, nesse domínio de acesso à justiça pelas metas do CNJ, o juiz precisa ser um profissional dotado de inteligência interdisciplinar, posto que o Direito está em translação em relação às demais áreas, sendo mister o conhecimento social, político e econômico, além de estrutura psicológica para

enfrentar o cotidiano forense. Mais que uma profissão, a magistratura carrega a materialização da justiça para à sociedade, sendo considerável sua atuação para corporificar as imposições do CNJ, desde que estas também ajam de maneira íntegra. Dinamarco (1999), nessa linha de pensamento, preceitua:

[...] o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes [...]. Não se lhe tolera, porém, a *indiferença* (1999, p. 196).

Esse enternecimento do magistrado e das partes, estas dentro de seus limites, em prol da melhoria do sistema jurídico é primordial para a reestruturação e modificação dos institutos relativos a celeridade e eficiência, no intuito de alterar a aplicação disforme do acesso à justiça e que se principie metas adequadas a cada tribunal e seus respectivos embargos. Essa exposição também é argumentada por Watanabe (2011) quando dita que o meio tido como natural para resolução de conflitos é a adjudicada, isto é, a propagação da “cultura de sentença”, levando a um atulhamento jurisdicional. Nesse norte, o autor pontua os meios alternativos de resolução de conflitos como ferramenta disposta ao Judiciário não somente para conceder qualidade no trâmite e diminuir o inchaço de demandas, mas igualmente como mecanismo de transmutação da perspectiva litigiosa do corpo social, sendo todos corresponsáveis na peleja para o acesso à ordem jurídica justa.

À face do exposto, a intervenção estatal sobre o litígio é, inquestionavelmente, o instante notável para as partes. Marques, Pedroso e Santos (1996, p. 52-53) dialogam que mesmo com esse momento de entrega, a compreensão do processo e seu impacto não cessa quando da propositura, mas continua perpetuando a todos os sujeitos envolvidos as consequências de seu ingresso. Isto posto, a procura pela resolução de conflitos sob caráter extrajudicial aumenta devido ao condão inacessível da justiça; não mais pela dificuldade para propor uma demanda, mas pelo seu custo tortuoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A celeridade e a eficiência, princípios inerentes ao preceito da duração razoável do processo, garantem o acesso à justiça sob o aspecto formal. Contudo, ao introduzir-se na práxis forense ganha semblante complexo e de muitas ramificações para ser efetivada e aplicada corretamente. Seja na vertente objetiva ou subjetiva, os preceitos normativos supramencionados foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro palpavelmente com a Emenda Constitucional nº 45/2004, deixando sua concepção vaga. Propositivamente ou não, esse fundamento livre condiciona sua aplicação no caso em tela, levando em conta o volume

de processos em cada unidade judiciária, quantidade de servidores, presença do magistrado, complexidade da demanda e cooperação das partes.

Entretanto, com o advento do Conselho Nacional de Justiça e com o estabelecimento das metas, o acesso à justiça foi forçado aos tribunais e magistrados como mecanismo de controle quantitativo, não versando sobre variáveis típicas da estrutura do 1º grau. Semelhantemente, não oferece os alicerces almejados por esta instância no que tange aos materiais necessários, a construção de locais adequados ao trabalho, contingente de servidores satisfatórios e suporte técnico e psicológico.

Nesta esteira, o Fórum Desembargador Annibal de Athayde Lima torna-se um paradigma para a situação vivida pela maioria das comarcas brasileiras: cobranças do Conselho e ausência de guarida. Malgrado as metas anualmente fixadas tenham o intuito de fortalecer e estimular o trabalho para alcançar o bom deslinde processual, os servidores e magistrados encontram-se desgastados com o volume de demandas para gerenciar, não logrando êxito nos alvos impostos. Conseqüentemente, os processos não possuem o trâmite devido e trazem prejuízo ao mérito resolvido, posto que o anseio para concluir a meta se torna superior ao real litígio em voga. Desta maneira, a busca por formações de decisões burocráticas acaba se valendo sobre o interesse dos sujeitos processuais, burlando o acesso à justiça verdadeiro e ferindo os princípios constitucionais.

Para mudança desse quadro desordenado, faz-se urgente o debate quanto a instauração de metas oportunas ao jurisdicionado e à saúde dos magistrados e servidores. Embora os índices de crescimento destas tenham avolumado, a exaustão e insatisfação para com o Poder Judiciário potencializaram, retirando a segurança jurídica que deveria ser transmitida. Não há que se falar, porém, em existência de uma ordem jurídica justa se as partes não operam simultaneamente para tal, a ponto de abarrotarem as varas com demandas levianas e propostas por cunho vingativo. Isto porque não apenas o Código de Processo Civil dita o princípio da cooperação, como a própria introdução dos métodos alternativos de resolução de conflitos espera esse comportamento dos polos.

Destarte, a essência do acesso à justiça, não apenas no Fórum estudado, mas em qualquer democracia existente, trata-se de uma eterna utopia. Não é possível atingir um patamar de perfeição na prestação do serviço jurisdicional, mas o preceito existe para repensar as maneiras de seu desempenho e buscar a atividade satisfativa na totalidade dos sujeitos, e não na plena incolumidade do sistema.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica: 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

- _____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Relatório Justiça em números 2018. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Relatório Saúde dos Magistrados e Servidores do Poder Judiciário. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/03b5f566da95b66401e222360c8ca657.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Resolução nº 70, de 18 de março de 2009. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_70_18032009_25032019142233.pdf1>. Acesso em: 10 out. 2019.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Institui princípios de gestão participativa e democrática na elaboração das metas nacionais do Poder Judiciário e das políticas judiciárias do Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 221, de 10 de maio de 2016. Disponível: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2279>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Sistema de Automação do Poder Judiciário – e-Jud, Painéis. Consultas das Metas CNJ 2018. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/intranet/sistemasjudiciais/>>. Acesso em: 10 dez. 2018.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.
- CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da eficiência no processo civil brasileiro. 2017. 173f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2k7MKgP>>. Acesso em: 9 set. 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, Samile Dias; WATANABE, Carolina Yukari Veludo. Metas do Conselho Nacional de Justiça e o Direito Responsivo: uma análise no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. *Quaestio Iuris*, v. 11, n. 4, p. 3193-3210, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/38145/27086>>. Acesso em: 4 dez. 2019.
- CINTRA, A.C.A.; DINAMARCO, C.R.; GRINOVER, A.P. Teoria Geral do Processo: 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CUNHA, L.G.; FRANCO, I.C.S. O CNJ e os discursos do Direito e desenvolvimento. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 2, p. 515-534, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2k8pgbr>>. Acesso em: 9 set. 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DEMARCHI, Clovis. As metas do CNJ: controle e parâmetro para o prazo razoável do processo e o princípio da eficiência. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v.6, n. 2, p. 695-709, 2011.

- Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6071>>. Acesso em: 10 set. 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 15ª Edição, 2013.
- GOMES, A.O.; GUIMARÃES, T.A. Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado de arte e agenda de pesquisa. Revista Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 47, nº 2, p. 379-401, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8063>>. Acesso em: 9 set. 2019.
- HEINRICH, Carolyn. Como avaliar o desempenho e a efetividade do setor público. In: PETERS, Guy; PIERRE, Jon (Org.). Administração pública: coletânea. São Paulo: Editora Unesp, 2010.
- HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais da Emenda Constitucional n. 45. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 783, 25 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7192>>. Acesso em: 4 dez. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 7. ed., 2018.
- PORTUGAL. Ordenações Filipinas, Livro III. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p595.htm>>. Acesso em: 4 dez. 2019.
- PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. Princípio constitucional da celeridade processual. 2010. 233f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2krdpWk>>. Acesso em: 9 set. 2019.
- RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. Revista Direito GV, São Paulo: v.4, n.2, p. 465-492, jul-dez, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a06v4n2>>. Acesso em: 4 dez. 2019.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; SANTOS, Boaventura de Souza. Os tribunais na sociedade contemporânea. Revista Brasileira de Ciência Sociais, n. 30, p. 29-65, 1996. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2019.
- SCHMIDT, Paulo Luiz. Metas do CNJ devem garantir melhor prestação jurisdicional. ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, 2013. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/21546-artigo-sobre-regime-de-metas-do-cnj-e-destaque-na-revista-eletronica-consultor-juridico>>. Acesso em: 17 dez. 2019.
- SILVA, J.A. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. Acesso à Justiça e Cidadania. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 216, p.9-23, abr./jun., 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47351/45365>>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- VIEIRA, Hugo Otavio Tavares. As Ordenações Filipinas: o DNA do Brasil. Revista dos Tribunais, v. 958, agosto 2015. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/>>

documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/
bibli_bol_2006/RTrib_n.958.12.PDF>. Acesso em: 4 dez. 2019.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos. Revista do Processo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://portal.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 4 dez. 2019.

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDOS TRABALHISTAS CRIADO PELA LEI Nº 13.467/2017

Rayanne Rodrigues Miranda¹
Brunela Vieira de Vincenzi²

Resumo: Diante da insuficiência das normas trazidas pela Lei nº 13.467/2017, chamada “Reforma Trabalhista”, quando da criação do Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial na Justiça do Trabalho, ao inserir os novos artigos 855-B a 855-E na Consolidação das Leis do Trabalho, este trabalho visa estabelecer os limites constitucionais e legais que devem incidir quando da utilização do processo de jurisdição voluntária no âmbito da Justiça do Trabalho. Defende-se que o exercício do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais no campo trabalhista deve obedecer as limitações impostas pelos princípios da função social do processo do trabalho, do princípio do não retrocesso social, princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, e do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, argumentando, quanto à este último particular, pela possibilidade de conversão do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo trabalhista em processo de jurisdição contenciosa, a fim de se resguardar a garantia do acesso à justiça.

Palavras-chave: Jurisdição voluntária; Reforma Trabalhista; Limites constitucionais e legais.

INTRODUÇÃO

A Lei nº. 13.467/2017, que promoveu a chamada “Reforma Trabalhista”, inovou ao inserir na Consolidação da Lei do Trabalho (CLT) os artigos 855-B a 855-E, que preveem o Processo de jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial na Justiça

¹ Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio Educacional. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogada. E-mail: rayanne.rmiranda@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (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 Adjunta I no Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, onde leciona na graduação e no mestrado. E-mail: bruvincenzi@gmail.com.

do Trabalho. Todavia, a referida Lei não disciplinou questões técnicas acerca da aplicação da jurisdição voluntária no Processo do Trabalho, especialmente no que diz respeito aos direitos que podem ou não figurar no bojo dos acordos extrajudiciais submetidos ao crivo dos magistrados trabalhistas e no rigor de análise a ser imprimido pelos magistrados na análise destes novos acordos que agora poderão ser apresentados às Varas do Trabalho.

Diante disso, surge o seguinte questionamento: quais os limites constitucionais e legais incidentes ao processo de jurisdição voluntária trabalhista criado pela Lei nº 13.467/2017 para homologação desses acordos extrajudiciais no âmbito da Justiça do Trabalho?

De aplicação amplamente consolidada na seara processual cível, a jurisdição voluntária já possuía no Código de Processo Civil de 1973 suas regras de procedimento. O Novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC), por sua vez, trazendo algumas modificações nos procedimentos de jurisdição voluntária prescreveu tais regras entre os artigos 719 e 770, sendo certo que há pedidos que se processam pelo procedimento comum (art. 725, CPC), e pedidos que seguem rito especial, previsto no art. 726 e seguintes do CPC 2015.

Diferentemente do âmbito Cível, entretanto, a jurisdição voluntária não possuía qualquer previsão normativa no âmbito do Direito Processual Individual Trabalhista, sendo raros os exemplos de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho, de forma que, até data anterior à vigência da Lei nº. 13.467/2017, acordos extrajudiciais consolidados entre empregadores e empregados não vinham sendo reconhecidos pelo judiciário.

A Lei nº. 13.467/2017 inseriu na CLT, ainda, o CAPÍTULO III-A, intitulado "DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL", em que expõe de maneira breve e sem qualquer pormenor dentre os artigos 855-B a 855-E, o procedimento para exercício da jurisdição voluntária no âmbito da Justiça do Trabalho.

A Reforma Trabalhista trouxe uma mudança substancial ao Processo do Trabalho, que é a possibilidade de as partes transacionarem sobre direitos dos trabalhadores, que possuem proteção no artigo 7º e incisos da Constituição Federal de 1988, e que, por vezes, são direitos indisponíveis e irrenunciáveis, ou se tratam de normas de ordem pública. Contudo, não se atentou o legislador para a necessidade de sistematizar o processo de jurisdição voluntária de maneira a garantir a proteção destes direitos.

A Lei nº. 13.467/2017 se manteve silente quanto aos limites legais do conteúdo destes acordos, não trazendo normas que expressem quais direitos ou quais verbas podem ser objeto de transação extrajudicial, nem mesmo quais parâmetros precisam ser utilizados pelo magistrado trabalhista ao apreciar os acordos submetidos ao procedimento da jurisdição voluntária. Deixou a nova Lei, assim, o risco latente de severas violações ao Direito do Trabalho, aos direitos da personalidade do trabalhador e às regras de interesse Público.

Diante do quadro exposto, a finalidade desta pesquisa científica reside na necessidade de se verificar quais os limites constitucionais, legais, e ainda, sociais, precisam ser fixados para oficialização de acordos extrajudiciais distribuídos às Varas da Justiça do Trabalho, bem como ponderar sobre o papel do juiz na fiscalização da higidez jurídica dos acordos a ele distribuídos, para que o magistrado não se torne um mero homologador de acordos, nem que

as diretrizes constitucionais de proteção ao trabalho humano sejam descumpridas, violando direitos fundamentais e gerando retrocesso social.

A JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

A jurisdição voluntária, também conhecida como jurisdição integrativa, é alvo de constantes discussões doutrinárias, tendo quem diga que ela não seja nem jurisdição nem voluntária. Todavia, a corrente majoritária da doutrina já se agrupou no sentido de entender a jurisdição voluntária como um dos modos de atividade estatal na qual o órgão competente exerce “tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada” bem como para “a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica” (GRECO, 2003, p. 11).

Destaca-se que, à jurisdição voluntária está resguardada a aplicação das garantias fundamentais do processo, essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, assim como todas as garantias constitucionalmente asseguradas à magistratura, revestidos os magistrados, em especial, de poderes processuais de inquisitorialidade e possibilidade de decisão fundada em equidade, com observância máxima aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na produção da justiça no caso concreto (DIDIER JR., 2018, p. 210-211).

Quanto à natureza da jurisdição voluntária, cinge-se a controvérsia entre esta se tratar de uma atividade de natureza administrativa ou atividade jurisdicional.

A corrente majoritária, a qual é seguida neste trabalho, entende a jurisdição voluntária como uma atividade de natureza administrativa e diz que, conquanto o legislador infraconstitucional confie aos juízes tarefas não jurisdicionais, que, por mera deliberação política não foram atribuídas aos poderes privados ou autoridades administrativas, essas situações são secundárias ou eventuais, não podendo, assim, se prestar a caracterizar a essência da jurisdição no âmbito da partilha constitucional dos poderes soberanos do Estado, conforme leciona Proto Pisani (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 29-30).

Entretanto, de suma importância a este estudo acrescentar as sábias arremates de Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 34) que concluiu que, muitas vezes, alguns procedimentos sob curso da jurisdição voluntária podem ensejar controvérsias que demandarão cauteloso debate e solução no âmbito do regime do contraditório e da ampla defesa, tal como nos procedimentos contenciosos. Nesses casos, sobrevindo tais conflitos, a consequência será a mudança de natureza do feito, que deixará de ser administrativo passará a ser contencioso, pois “como o órgão judicante detém tanto a função administrativa como a judicial, nada o impede de assumir esta última, mudando o rumo do procedimento para propiciar um acerto da lide incidental panos termos próprios da jurisdição contenciosa” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 34).

Na seara processual trabalhista, a jurisdição voluntária não era formalmente reconhecida, tal como no direito processual civil, existindo, assim, tão somente a jurisdição contenciosa. Apesar disso, a doutrina reconhecia alguns procedimentos especiais como inerentes à jurisdição voluntária.

Nesse sentido, Mauro Schiavi (2017, p. 68) aponta, como exemplo de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho, a homologação de pedidos de demissão de empregados estáveis, que vem disposta no artigo 500, da CLT, da seguinte forma: "O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho". Quanto ao artigo em questão, Bezerra Leite (2018, p. 207) diz que a parte final do artigo "equipara a Justiça do Trabalho a um órgão administrativo, meramente homologador de rescisão de contrato de trabalho do empregado estável".

Além disso, podem ser citados outros dois exemplos de jurisdição voluntária no âmbito do processo do trabalho, que são o requerimento de alvarás judiciais para saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e de ordem judicial para pagamento do seguro-desemprego, conforme disposto no enunciado nº 63, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do trabalho do Tribunal superior do Trabalho.

Contudo, com o advento da Lei nº 13.467/2017, o exercício da jurisdição voluntária no campo do direito processual trabalhista foi formalmente reconhecido com a instituição do processo de homologação de acordo extrajudicial. Tendo isso em vista, no capítulo a seguir será feita análise das especificidades que passam a guiar o exercício da jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho.

O NOVO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS DA LEI Nº 13.467/2017

Com a inserção da alínea "f" ao artigo 652 da CLT, a Lei 13.467/2017 fixou competência às Varas do Trabalho para "decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho"³.

De início, é necessário ressaltar a atecnia presente no corpo do artigo supracitado pois, ao tentar dirigir seu comando à autoridade judicial e jurisdicional de 1º grau, o legislador utilizou no *caput* do dispositivo a expressão "Vara do Trabalho", quando, tecnicamente, deveria ter referenciado o Juiz (ou Juízo) da Vara do Trabalho; de todo modo, tal atecnia deve ser corrigida por meio da interpretação jurídica adequada (DELGADO & DELGADO, 2017, p. 314).

Superado isto, a alteração que a norma em comento visa imprimir é a da competência judicial dos Juízos de primeira instância trabalhista para resolver quanto à homologação dos

³ Art. 652. Compete às Varas do Trabalho:

[...]

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

acordos extrajudiciais que agora poderão, por força dos artigos 855-B a 855-E, inseridos no novo Capítulo III-A, da CLT, ser submetidos ao recém-criado processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais.

Veja, devido à revogação dos parágrafos 1º, 3º e 7º do artigo 477, feita pela Lei nº 13.467/2017, as rupturas de contratos laborais não mais necessitam de assistência ou homologação perante o sindicato obreiro ou autoridade do Ministério do Trabalho em Emprego, sendo irrelevante o tempo de serviço prestado ou o motivo da rescisão. Assim, uma vez dissolvido o contrato de trabalho, caberá ao empregador, tão somente “proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo”, ressaltando-se que, em qualquer que seja a forma de resolução do contrato, o instrumento de rescisão ou recibo de quitação, deverá ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, e a quitação será válida apenas relativamente às mesmas parcelas.

Diante disso, desejando as partes conferir quitação a parcelas além das previstas em termo de rescisão de contrato de trabalhos, podem agora optar pela celebração de acordo extrajudicial em processo de jurisdição voluntária que segue o rito estabelecido nos artigos do Capítulo III-A do Capítulo X, da CLT reformada.

Nesse sentido, o que se tem explícito sobre o procedimento de homologação de acordo extrajudicial é que, tal acordo deverá ser apresentado em petição inicial conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogados distintos, sendo vedada, assim, a representação comum - feita pelo mesmo advogado para ambas as partes, e facultada a assistência do empregado por advogado do sindicato de sua categoria (art. 855-B, *caput* e parágrafos, da CLT)⁴. O art. 855-C⁵, da CLT vem esclarecer que, ainda que verse sobre verbas resilitórias, o acordo entabulado não se presta a afastar o prazo para acerto rescisório previsto o art. 477, § 6º⁶, da CLT, nem a aplicação da multa insculpida no parágrafo 8º⁷, do mesmo artigo, se o caso for.

⁴ Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria

⁵ Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação.

⁶ Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.

[...]

§ 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.

⁷ Art. 477. [...]

§ 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

Já, o art. 855-D⁸, da CLT, prevê que, dentro do prazo de 15 dias contados da data da distribuição da petição, “o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença”. Logo, o Magistrado não está adstrito aos termos estabelecidos no acordo extrajudicial, podendo, desde o início, recusar total ou parcialmente o acordo apresentado caso, por exemplo, constate ilegalidades ou incorreções de valores.

Há de se destacar que, a jurisprudência trabalhista já havia consolidado a possibilidade de recusa, pelos Magistrados, em homologar acordos, conforme consubstanciado no Enunciado sumular nº 418, do Tribunal Superior do Trabalho, que versa: “A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança”.

Neste tocante, o doutrinador Bezerra Leite (2018, p. 208) disciplina pela obrigatoriedade da oitiva das partes em audiência “para que ratifiquem perante o Juiz os termos do acordo extrajudicial, evitando-se, assim, eventuais fraudes e lides simuladas”, pois, caso contrário, “a Justiça do Trabalho se transformará em mero órgão cartorário homologador de rescisões de contrato de trabalho” em substituição àqueles expressamente dispensados com a revogação dos parágrafos 1º e 3º do art. 447 da CLT.

Por fim, tem-se que, a protocolização da petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação em relação aos direitos nela explicitados (art. 855-E, *caput*, da CLT)⁹, que voltará a correr “no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo” (art. 855-E, parágrafo único, da CLT)¹⁰.

A deficiência normativa do processo jurisdição voluntária trabalhista

Como se pôde ver do tópico anterior, a Reforma Trabalhista trouxe para a CLT, entre seus artigos 855-B a 855-E, normas procedimentais gerais e rasas quanto ao exercício da jurisdição voluntária e regimento do processo para homologação de acordos extrajudiciais, deixando de abordar, em especial, quais os limites materiais impostos à jurisdição voluntária trabalhista, em quais limites esbarram os direitos que se pretendem fazer objeto destes acordos.

Comumente utilizados por empregadores a fim de se garantir a segurança da coisa julgada, ou, a segurança de que seus ex-empregados não mais os demandariam judicialmente em pleito por diferenças salariais eventualmente devidas, os acordos entabulados em vias extrajudiciais causavam, e modo geral, aversão aos Magistrados trabalhistas, que viam, com clareza, a tentativa de uma das partes em se valer do processo para praticar ato simulado (lide simulada) ou barra obter vim vedado por lei (MARTINEZ, 2018, p. 701).

⁸ Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.

⁹ Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.

¹⁰ Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Não é por menos que, o combate às lides simuladas no judiciário trabalhista era pauta do dia do Ministério Público do Trabalho, que em constância instaurava inquéritos para apurar tais práticas, redigia termos de ajustamento de condutas e, em diversos casos, ajuizava ações civis públicas para repreensão do uso indevido da Justiça do Trabalho como substituto aos órgãos de homologação sindical (MARTINEZ, 2018, p. 701).

Portanto, ao deixar este “vácuo legislativo” em relação aos critérios subjetivos e materiais do conteúdo do que pode ou não ser objeto dos acordos extrajudiciais apresentados em Juízo para homologação, e os requisitos objetivos para tanto, a Reforma Trabalhista teria, a *prima facie*, institucionalizado o uso do Judiciário Trabalhista como mero órgão homologador passível de ratificar fraudes aos direitos trabalhistas e agente integrante de um sistema de desmonte à ordem jurídica de proteção aos direitos humanos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores.

Contudo, não se pode olvidar que, a Reforma Trabalhista e, em especial suas inovações trazidas no tocante à aplicação da jurisdição voluntária no campo do direito processual do trabalho, operou uma modificação somente formal na norma infraconstitucional. Tem-se, assim, que os princípios constitucionais, bem como os princípios específicos do Direito do Trabalho, permanecem intocáveis e inalterados, devendo ser fielmente observados quando da hermenêutica da norma e integralmente cumpridos quando da aplicação da lei, pois, caso contrário, a norma há de ser declarada inválida ou inconstitucional.

Diante disso, o desafio que se enfrenta no capítulo a seguir é o de adequar o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais aos limites legais, sociais e constitucionais, delineados através do arcabouço principiológico firmado em proteção aos direitos trabalhistas.

OS LIMITES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

No âmbito do Direito do Trabalho, e em especial, do Direito Individual do Trabalho, todos os métodos de resolução de conflitos devem estar submetidos aos princípios basilares desse ramo do Direito, “sob pena de a mesma ordem jurídica ter criado mecanismo de invalidação de todo o um estuário jurídico-cultural tido como fundamental por ela mesma”, como prenuncia o Ministro Maurício Godinho Delgado (2010).

Portanto, cabe aqui firmar a irrestrita prevalência que a Constituição Federal destina à pessoa humana, à dignidade na esfera social, em que se encontra inserto o trabalho e seu total predomínio na gama de princípios, valores e regras advindos da mesma Carta Magna.

Inicialmente, convém destacar a o patamar de direito fundamental que a Constituição da República confere aos direitos dos trabalhadores e aos demais direitos sociais elencados no art. 6º, da CF.

A Constituição de 1988, ao reconhecer a inerente importância do trabalho na vida dos seres humanos, além de expandir as regras, inovou ao normatizar o direito do trabalho como um dos fundamentos da República, tal como feito com a dignidade da pessoa humana e com a cidadania, e esse avanço normas constitucionais que conferem valor ao trabalho humano é devido à impossibilidade de conceber democracia desvencilhada de uma ordem social que tenha como fundamento “a distribuição de riqueza, a inclusão social, o reconhecimento da dignidade humana, o exercício da cidadania e a melhoria da condição socioeconômica por meio do trabalho” (ROCHA, 2017, p. 52).

Nesse sentido, Ingo Sarlet (2017, p. 129) aponta três argumentos para refutar as teses de que os direitos sociais não integrariam as chamadas “cláusulas pétreas” por não poderem ser equiparados aos direitos de liberdade insculpidos no art. 5º, da CF. O primeiro é de que a Constituição brasileira, diferente de outras provenientes de países estrangeiros, não traça diferença, genérica ou expressa, entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, nem mesmo estabelece qualquer primazia de um sobre o outro; o segundo, é que os direitos sociais não podem ser conceituados como meras prestações materiais do Estado, pois, já está consolidado que, no que diz respeito à sua função precípua e estrutura jurídica, os direitos sociais são equiparados aos direitos de defesa; o terceiro argumento é de que, uma interpretação que limitasse o alcance das “cláusulas pétreas” aos direitos fundamentais trazidos no art. 5º, da CF, acabaria por excluir, de mesmo modo, os direitos de nacionalidade e grande parte dos direitos políticos que também não foram expressamente inscritos no artigo 60, §4º, inc. VI, da CF, o que corresponderia a uma interpretação que não tomaria em conta o sistema constitucional como um todo.

Sendo assim, certo de que a supressão, ainda que parcial, dos direitos dos trabalhadores implica em desvirtuação dos elementos essenciais da Constituição Federal e, além disso, uma violação simultânea ao princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, inc. III, da CF, passa-se à análise dos princípios, das normas e das regras do Direito que devem balizar a prática do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos na Justiça do Trabalho.

O princípio da função social do processo do trabalho

A existência do princípio da função social do processo trabalhista tem sido defendida amplamente pela doutrina moderna, tendo em vista, principalmente, o caráter publicista do processo do trabalho e o relevante interesse social envolvido na satisfação do crédito trabalhista (SCHIAVI, 2017, p. 137). Nesse sentido, o artigo 8º, da CLT é claro ao determinar que nenhum interesse, seja particular ou coletivo, poderá prevalecer sobre o interesse público.

Partindo disso, Mauro Schiavi (2017, p. 137) diz ser dever do juiz conduzir o processo de modo que este caminhe de forma célere, confiável e justa, e, em corolário à supremacia do interesse público, sejam asseguradas às partes igualdades de oportunidades, concedendo a cada uma o que é seu por direito, assim como que a prática dos atos processuais se deem

de forma razoável e previsível, assegurando a efetividade processual e preservando, sempre, a dignidade da pessoa humana.

Com isso, tem-se que o princípio da função social do processo do trabalho encontra supedâneo nos princípios constitucionais da função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII e *caput* dos art. 182 e 186, todos da CF) e no da função social do contrato, previsto no art. 421, do Código Civil, e tais funções sociais somente serão atingidas quando houver efetividade do princípio da igualdade real previsto no art. 5º, da CF e observada a dignidade da pessoa humana insculpida no inciso III, do Art. 1º, da CF (SCHIAVI, 2017, p. 138).

Deste modo, cabe ao juiz do trabalho, ao conduzir um processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo que lhe seja distribuído, observar o princípio da função social do processo e comprometer-se com a realidade e com a justiça de sua decisão, evitando proferir sentenças homologatórias de acordos descompromissados com a realidade do que fora e do que será vivido entre as partes, sob pena de fazer vigorar na sociedade uma decisão injusta e que não traz resultados práticos e resposta ao interesse público que reveste àquela relação de trabalho.

O princípio do não retrocesso social

Ao se considerar o dever de empregar progressiva satisfação de direitos sociais, imposto aos Estados por força, em especial, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e executado por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que assim o determina em seus artigos 1º e 2º, tanto a doutrina quanto a jurisprudência apontam pela existência do princípio de proibição de regressividade, ou, como também é chamado, proibição de retrocesso social (SARLET, 2017, p. 132).

Nesse sentido, Mauro Schiavi (2017, p. 138) apregoa que, pelo princípio da vedação do retrocesso social do processo do trabalho, este ramo do Direito deve estar sempre em evolução, acompanhando de forma constante os direitos fundamentais do cidadão e igualmente garantindo a efetividade do direito fundamental do acesso do trabalhador à justiça do Trabalho.

Assim, tem-se que a proibição do retrocesso social é uma garantia de proteção dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores, até mesmo, da própria dignidade da pessoa humana, não só da atuação do legislador no âmbito constitucional e infraconstitucional, mas também proteção em face dos atos da administração pública, das medidas que impliquem em extinção ou restrição no âmbito das garantias e dos níveis de tutela dos direitos que já se tem (SARLET, 2017, p. 132).

Portanto, não pode o legislador suprimir normas que concretizam direitos fundamentais dos trabalhadores e, nem mesmo, criar normas que freiem o gozo por estes mesmos trabalhadores de direitos já conquistados e garantidos em lei.

Sendo assim, na atuação em processos de jurisdição voluntária para acordos extrajudiciais da Justiça do Trabalho, os juízes deverão permanecer sempre vigilantes aos termos postos

em acordo, para que, ao homologar o ajuste, nenhum direito garantido em lei venha a ser transacionado sem que haja a devida contraprestação, sob pena de se cancelar uma fraude à própria Constituição Federal.

O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

O princípio que será agora estudado é decorrente do princípio da imperatividade das normas trabalhistas, que, segundo Maurício Godinho Delgado (2017, p. 216), é o princípio que determina a prevalência, no âmbito juslaborativo, das regras jurídicas obrigatórias sobre as regras apenas dispositivas, pois, as regras justralhistas são essencialmente imperativas e não podem, de forma geral, ser afastadas pela simples manifestação de vontade das partes. Isto é, ocorre-se a restrição à autonomia da vontade das partes, como um “instrumento assecuratório eficaz de garantias fundamentais ao trabalhador, em face do desequilíbrio de poderes inerente ao contrato de emprego” (DELGADO, 2017, p. 216).

A indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores é considerada regra geral no ramo do Direito Individual do Trabalho, encontrando abrigo em, ao menos, três importantes artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, que são os artigos 9º, 444 e 468, *caput*¹¹.

Outrossim, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas manifesta a “inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato” e constitui o principal meio do Direito do Trabalho na tentativa de se igualar, no âmbito jurídico, o desnivelamento padrão existente entre as partes da relação socioeconômica de emprego (DELGADO, 2017, p. 217).

Como já cristalizado neste estudo, os direitos figuram no rol dos direitos humanos fundamentais constitucionalmente protegidos, e integram, o que Maurício Godinho Delgado chama de “patamar civilizatório mínimo”, de modo que não estão sujeitos à supressão por via de lei ou norma gerada em negociação coletiva, muito menos à mera renúncia, em tese, manifestada pelo trabalhador.

Entretanto, tendo em vista não serem todos os direitos trabalhistas selados pela indisponibilidade e cuja supressão é reprimida pelo ramo juslaborativo, cabe aqui firmar quais

¹¹ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

direitos não podem, sob qualquer circunstância, estar no bojo dos acordos extrajudiciais submetidos ao processo de jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho.

Direitos de indisponibilidade absoluta

Para Maurício Godinho Delgado (2017, p. 232), será de absoluta indisponibilidade, pelo prisma do Direito Individual do Trabalho, aquele direito que “merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico”, citando-se como exemplos ilustrativos, o direito ao salário mínimo, à assinatura da CTPS, à garantia das normas de proteção à saúde e segurança do trabalho.

Trazendo o enfoque civilista à questão, em seu artigo 11, o Código Civil traz em seu art. 11 a previsão de indisponibilidade dos direitos da personalidade ao estipular que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Neste aspecto, inegável que a Constituição Federal de 1988 influenciou o direito privado, e, no particular, o Código Civil, ao consagrar a dignidade humana em seu art. 1º, inc. III, fazendo aflorar a necessidade de posicionar a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico e dotá-la da máxima proteção.

Assim, entende-se como sendo da personalidade aqueles direitos que tomam como referência a projeção que a pessoa faz sobre si como indivíduo e como parte inserta na sociedade, estado previsto no ordenamento jurídico com o escopo de defesa dos valores considerados inatos à pessoa humana, tal como a vida, integridade física, a intimidade, a integridade moral, honra, imagem, segredo profissional, identidade pessoal, dentre outros que podem ser colhidos da vasta doutrina no tema.

Em relação aos direitos que asseguram o “patamar mínimo existencial” mencionado por Delgado, é possível afirmar que estes direitos são aqueles insertos em qualquer dimensão dos direitos fundamentais, estando reconhecidos ou não pelo Estado e pelo ordenamento jurídico e que assistem o mínimo de dignidade humana, garantindo aos indivíduos as condições mínimas para uma existência dentro das margens da dignidade (BOLESINA; LEAL, 2013, p. 23).

Quanto à vedação de questões que envolvam o interesse público serem objeto de acordo em jurisdição voluntária, é válido destacar a norma do *caput* do artigo 8º, da CLT, que determina “que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Em apertada análise infere-se que, o Direito do Trabalho possui normas de ordem pública que protegem de modo imediato interesses fundamentalmente públicos, não podendo o trabalhador, assim, abrir mão dos direitos versados nestas normas, sob pena de atentar contra a soberania do Poder Público.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (acesso à justiça)

Outro princípio cuja referência e aplicabilidade é primordial ao processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos na esfera trabalhista é o princípio do amplo acesso à justiça, consagrado no art. 5º, inc. XXXV, da CF, ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e também previsto no art. 3º do CPC que dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr. vem dizer que o acesso à justiça é compreendido modernamente como “o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico”, uma vez que, em um Estado Democrático de Direito, ingressar ao judiciário não se abrevia ao direito de ser escutado em juízo e receber uma resposta qualquer do órgão judicante (2015, p. 74).

Conforme bem destaca Nelson Nery Junior (2003, p. 138), “embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”. Assim, o acesso à justiça estimula o processo a produzir resultados que sejam justos, com a solução integral da lide e a materialização das decisões (SCHIAVI, 2017, p. 93).

Nesta linha, é possível extrair que são direitos fundamentais das partes no processo a solução integral do mérito e a atividade satisfativa, como claramente disposto no art. 4º, do CPC, ao este versar que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Por fim, Mauro Shiavi (2017, p. 93-94) dirá que a solução integral do mérito configura direito fundamental dos envolvidos no processo, de “que todos os pedidos e requerimentos formulados sejam apreciados, tanto os do autor como do réu, e que, sempre que possível, o Magistrado julgue o mérito da causa, evitando ao máximo a extinção sem resolução do mérito”. Em relação à atividade satisfativa, o autor indica esta como um “direito fundamental processual da parte”, e se manifesta pelo cumprimento das decisões, ocorrendo, de modo geral, na fase executiva, sendo tão, ou mais, importante que as demais fases do processo, “pois o direito reconhecido na decisão, só se materializa, quando o processo é capaz de entregar “o bem da vida” ao credor, que lhe pertence por direito” (SCHIAVI, 2017, p. 94).

CONVERSÃO DO PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO TRABALHISTA EM PROCESSO DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA

Sem embargos, é importante ressaltar que, a jurisdição contenciosa é o meio constitucionalmente previsto para a materialização da tutela efetiva dos direitos dos trabalhadores, sendo, portanto, uma jurisdição necessária, enquanto a jurisdição voluntária, de outro modo, é uma jurisdição não necessária, visto que nela se realiza a gestão pública acerca de interesses privados, isto é, o judiciário realiza funções em que o

caráter administrativo é predominante e são desempenhadas sem o pressuposto do litígio (THEODORO JR., 2015, p.117).

Assim sendo, é necessário demarcar a jurisdição voluntária como um padrão restrito e acessório à jurisdição contenciosa, pois, conforme se extrai dos ditames do já mencionado inciso XXXV, do artigo 5º, da CF, “na ordem constitucional, a justiça foi expressamente concebida como a prestadora da função jurisdicional *necessária* para tutelar os direitos lesados ou ameaçados de lesão” (THEODORO JR., 2015, p. 117).

Posto isso, é de suma importância a este trabalho científico estudar a possibilidade de conversão de um processo que se inicie pelas vias do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo trabalhista em uma ação trabalhista, um processo trabalhista contencioso propriamente dito.

Tendo em vista os novos paradigmas constitucionais referentes ao acesso à justiça, à efetividade das decisões judiciais e à solução do processo dentro do prazo de tempo razoável, “há necessidade de o juiz moderno tomar uma postura mais ativa na direção do processo, não sendo apenas um mero espectador ou um convidado de pedra na relação jurídica processual” (SCHIAVI, 2017, p. 136). E, por conta disso, cabe aos magistrados trabalhistas assumir uma “postura imparcial, equilibrada, mas ativa, impulsionando o processo, fazendo escolhas que, ao mesmo tempo, garantam a paridade de armas às partes, propiciem resultados e economia de processos” (SCHIAVI, 2017, p. 136).

No aspecto, o parágrafo único do artigo 723, do Código de Processo Civil – aplicável ao processo do trabalho por força do artigo 15, do CPC¹² e do 769, da CLT – ao disciplinar que “o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”, abre espaço para uma atuação jurisdicional mais efetiva e garantista, possibilitando a entrega de uma tutela jurisdicional mais eficaz e adequada ao caso concreto sob análise do magistrado.

Da análise do dispositivo processual civilista supracitado no contexto aqui apresentado, é possível concluir que a referida regra “autoriza a conversão do processo de jurisdição voluntária para jurisdição contenciosa, admitida a dedução de pretensão, com formulação de pedidos, observado o devido processo legal (CF, art. 5º, LV) (PAES, 2018, p. 158).

A possibilidade de que, emergindo litigiosidade dentro de um processo originado em procedimento de jurisdição voluntária este seja convertido, transmutado, para um processo de jurisdição contenciosa, sem sido largamente admitido no campo do processo civil comum (PAES, 2018, p. 158).

Humberto Theodoro Jr. (2011, p. 198) alerta que, por vezes, procedimentos de origem voluntária podem dar ensejo a controvérsias que demandarão debate e resolução por via do regime de contraditório, tal como aplicado aos procedimentos contenciosos. Assim, de mesma forma, leciona que “se sobrevier tal conflito, a consequência será a mudança de natureza do feito, que deixará de ser administrativo para tornar-se contencioso”, pois, “como

¹² Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

o órgão judicante detém tanto a função administrativa quanto a jurisdicional, nada o impede de assumir esta última, mudando o rumo do procedimento para propiciar um acerto da lide incidental nos termos próprios da jurisdição contenciosa” (THEODORO JR., 2011, p. 198).

Pelo exposto, a conversão do processo de jurisdição voluntária para jurisdição contenciosa é justificada pelo princípio da inquisitorialidade, juízo de equidade e flexibilidade procedimental, concernentes ao instituto da jurisdição voluntária, além dos princípios da eficiência e da efetividade, da simplicidade, princípio da economia, de maneira que o processo do trabalho concretize o direito material do trabalho vigente, servindo-o (PAES, 2018, p. 159).

Ademais, da sistemática das regras trazidas entre os novos artigos celetistas destinados à normatização do processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais, tem-se que extrair que a “atividade jurisdicional aí desenvolvida não é meramente receptiva, limitada a registrar, a documentar, a documentar ou a comunicar manifestações de vontade, como ocorre nas notificações, interpelações e protestos judiciais” (PAES, 2018, p. 159).

Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 475), ao defender a inconstitucionalidade dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 8º, da CLT¹³, introduzidos pela Lei nº 13.467/2017, por violarem os princípios que asseguram o amplo acesso à justiça, assevera que

Nenhuma lei pode impedir a qualquer órgão do Poder Judiciário brasileiro apreciar e julgar ação que veicule lesão ou ameaça a qualquer direito, bem como os princípios de autonomia e independência do Poder Judiciário, na medida em que os juízes, no Estado Democrático de Direito – e no modelo constitucional de processo – têm a garantia (e dever) de interpretar a lei e todos os dispositivos que compõem o ordenamento jurídico conforme os valores e normas da Constituição, cabendo-lhes, ainda, nessa perspectiva, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, como se infere dos arts. 1º a 8º do CPC, os quais devem ser aplicados ao processo do trabalho por força do art. 15 do mesmo código e do art. 769 da CLT.

Por todo o raciocínio desenvolvido até aqui, identificando o Magistrado trabalhista estar diante de uma demanda de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, que, na verdade, guarde em si um conflito entre partes e onde possa estar havendo a supressão de direitos trabalhistas e violação aos princípios constitucionais de amparo ao trabalhador, deve, de ofício, converter o feito ao modelo processual de jurisdição contenciosa.

¹³ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

CONCLUSÃO

Conforme exposto, a Lei nº. 13.467/2017, que promoveu a chamada “Reforma Trabalhista”, inovou ao inserir na CLT os artigos 855-B a 855-E, que preveem o Processo de jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial na Justiça do Trabalho. Todavia, a referida Lei não disciplinou questões técnicas acerca da aplicação da jurisdição voluntária no Processo do Trabalho, especialmente no que diz respeito aos direitos que podem ou não figurar no bojo dos acordos extrajudiciais submetidos ao crivo dos magistrados trabalhistas e no rigor de análise a ser imprimido pelos magistrados na análise destes novos acordos que agora poderão ser apresentados às Varas do Trabalho.

Diante disso, esta pesquisa foi desenvolvida no intuito de demonstrar quais os limites constitucionais e legais incidentes ao processo de jurisdição voluntária trabalhista criado pela Lei nº 13.467/2017 para homologação desses acordos extrajudiciais no âmbito da Justiça do Trabalho. Este estudo verificou alguns dos limites constitucionais, legais, e ainda, sociais, que precisam ser fixados para oficialização de acordos extrajudiciais distribuídos às Varas da Justiça do Trabalho, bem como ponderou sobre o papel do juiz na fiscalização da higidez jurídica dos acordos a ele distribuídos, para que o magistrado não se torne um mero homologador de acordos, nem que as diretrizes constitucionais de proteção ao trabalho humano sejam descumpridas, violando direitos fundamentais e gerando retrocesso social.

Portanto, o presente trabalho demonstrou ao longo de seus capítulos quais princípios e limites legais devem balizar o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordos extrajudiciais no âmbito da Justiça do Trabalho, de modo que este novo instituto não venha a ser utilizado como mais um meio para se furtar direitos dos trabalhadores, para que não gere mais fraudes contra a Lei Trabalhista e violação à dignidade humana da pessoa dos trabalhadores, nem promova o retrocesso e exclusão social contra a classe obreira.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2019.
- _____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 dez. 2019.
- _____. Decreto Lei nº 5.452/1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em 11 jun. 2018.
- _____. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso 11 dez. 2019.

- BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na Curitiba: Multideia, 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 16. ed. São Paulo, SP: LTr, 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr. 2017.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. v. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol I. São Paulo. Malheiros. 2013.
- GRECO, Leonardo. Jurisdição Voluntária Moderna. São Paulo. Dialética. 2003. jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (Lei n.13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. In ROCHA, Cláudio Jannotti da; MELO, Raimundo Simão de. Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária. São Paulo. ed. LTr. 2017.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 16. ed. São Paulo: Editora LTr, 2018.
- MARTINEZ, Luciano. Reforma Trabalhista entenda o que mudou. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Revista de Direito do Trabalho. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2017.
- PAES, Arnaldo Boson. Homologação de acordo extrajudicial – especificidades da jurisdição voluntária. Legislação do Trabalho. São Paulo, ano 82. fev. 2018. LTr.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais e a sua proteção na Constituição Federal Brasileira. In ROCHA, Cláudio Jannotti da; MELO, Raimundo Simão de. Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária. São Paulo. ed. LTr. 2017.
- SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 12. ed. São Paulo, SP: LTr, 2017.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Ainda a polêmica sobre a distinção entre a "jurisdição contenciosa" e a "jurisdição voluntária". Revista de Processo. São Paulo, vol. 198. ago. 2011. Revista dos Tribunais.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E O CARÁTER VINCULANTE DE SUA DESIGNAÇÃO PELO JUIZ EM CASO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Tainá da Silva Moreira¹
Miryã Bregonci da Cunha Braz²
Nathielle Zanelato dos Reis³

Resumo: Neste artigo, inicialmente almeja-se abordar a evolução da conciliação no Brasil, assim como a sua importância no cenário jurídico como meio adequado de solução de conflitos. Demonstrar-se-á, ainda que, em virtude da previsão legal atinente ao negócio jurídico processual, conforme consta do art. 190 do Diploma Processual Civil vigente, é permitido às partes convencionar a obrigatoriedade da realização da audiência inaugural de conciliação, de modo a evitar o prosseguimento da demanda posta sob a apreciação do Judiciário. No entanto, não obstante a determinação contida no art. 334 do CPC/15, muitos magistrados têm declinado à efetivação da audiência de conciliação sob o argumento de falta de estrutura do foro ou de déficit operacional, o que motivaria a dispensa do ato. Diante de tal cenário, o presente artigo defende que, diante da vontade expressa das partes, não pode o Juiz descartar a designação da audiência de conciliação, nada impedindo, inclusive, que o próprio magistrado atue na qualidade de conciliador quando não possua estrutura adequada e/ou pessoal suficiente ou tecnicamente habilitado no foro de sua atuação, tudo em prol da valorização do diálogo entre as partes e o alcance de uma solução justa, rápida e eficaz do conflito, efetivando, sobretudo, a garantia ao acesso à Justiça que nem sempre está coligada à ideia de obtenção de um provimento jurisdicional final.

Palavras-chave: Conciliação; Negócio Jurídico Processual; Vinculação ao Juiz.

¹ Coordenadora Jurídica. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Ambiental pela Fundação Oswaldo Aranha – Centro Universitário de Volta Redonda. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Mestranda no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: tasmoreira@hotmail.com.

² Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestranda no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: mbdacunha@gmail.com.

³ Advogada. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Mestranda no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: nathizr@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

No contexto atual temos vivenciado um expressivo e exponencial crescimento de demandas submetidas à apreciação judicial. Nesse sentido, haja vista a crise vivida pelo Poder Judiciário, tem-se buscado alcançar formas de resolução de conflitos que possam realizar a Justiça em tempo razoável, com maior eficiência, economia e satisfação para as partes.

A partir do ano de 2010, com a edição da Resolução do Conselho Nacional de Justiça 125/2010, o Judiciário brasileiro, não obstante a existência dos métodos de solução de conflitos, institucionalizou a conciliação e a mediação no âmbito judicial e passou a aplicar e a incentivar a adoção desses mecanismos como política pública de tratamento adequado das contendas.

Com efeito, o Judiciário tem utilizado de forma progressiva a conciliação e a mediação como mecanismos de gestão processual com o intuito de alcançar soluções de conflitos por meio da composição amigável.

Os métodos autocompositivos podem trazer grande contribuição à racionalização da gestão dos conflitos, introduzindo a cultura do diálogo na sociedade brasileira e oferecendo às partes a oportunidade de construir, em dimensão participativa, soluções justas, integrativas e céleres.

Nessa esteira, o Diploma Processual vigente conferiu maior valor ao uso dos métodos adequados de soluções de conflitos, introduzindo vários dispositivos que incentivam a sua adoção como alternativa eficaz diante da inevitável escalada do conflito.

O CPC/2015 é expresso ao determinar, quando aborda as normas fundamentais do processo civil, que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por todos os profissionais de direito (art. 3º, § 3º). São denominados de equivalentes jurisdicionais e mesmo com o advento da jurisdição permanecem vivos, devendo inclusive serem, sempre que possível, utilizados em conjunto com a atividade jurisdicional (RODRIGUES, 2016, p. 154).

Nesse sentido, verifica-se que o ordenamento processual civil atual traduz a importância e valorização dos métodos autocompositivos, realizando a menção à mediação e à conciliação de forma ampliada, o que demonstra que o uso de tais medidas passou a ser explicitamente defendido como uma bandeira pelo CPC vigente (OSNA, 2016, p. 350).

De outra parte, o CPC/1973 praticamente não fazia qualquer abordagem à mediação e à conciliação, referindo-se a esta última basicamente como integrante de um dos atos do processo de conhecimento, qual seja, a audiência preliminar a ser realizada pelo próprio juiz (KRABAL; KRAMER, 2017, p.284).

As vantagens de adotar a conciliação ou a mediação, assim como outros meios consensuais, se justificam pelos seus resultados, entre eles a celeridade, satisfação, economia e cumprimento voluntário dos pactos. A conciliação, a mediação e outros mecanismos de

interferência apaziguadora são os métodos mais adequados para preservar relacionamentos (CAPELLETTI *apud* WAMBIER, 2016).

Diante da possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, introduzidos pelo CPC vigente, pelos quais as partes ajustam determinadas regras a serem seguidas por elas e pelo Juiz no curso procedimental, fica permitida a convenção contratual da obrigatoriedade de realização da audiência de conciliação prévia, caso haja a necessidade de propositura de ação judicial para a definição de questão controvertida entre as partes.

O CPC/2015, ao permitir a realização de negócios processuais atípicos, e também ao incentivar a autocomposição, demonstra uma preocupação maior com a resolução do conflito do que propriamente com o seu julgamento, o que resulta no redimensionamento do papel do Poder Judiciário e a sua democratização no que se refere ao exercício tradicional da jurisdição, reduzindo o distanciamento e o formalismo em prol de um prestígio maior da autonomia da vontade das partes (MACEDO, 2017, p. 71).

Com efeito, o presente trabalho objetiva a analisar a conciliação como método adequado de solução de conflitos, a sua implantação no Brasil, bem como a sua eleição pelas partes por meio do negócio jurídico processual. A abordagem será realizada sob o prisma do paralelo existente entre a valorização da autonomia da vontade das partes em detrimento do poder do Juiz de dispensar a audiência de conciliação com a alegação motivada da impossibilidade de sua realização. O trabalho terá como enfoque, ainda, a possibilidade de realização da referida audiência pelo próprio magistrado, tudo em prol da valorização do referido método autocompositivo, tão incentivado pelo ordenamento vigente, assim como para fomentar o alcance da caso posto em debate.

Nesse sentido, diante da regra introduzida no art. 334 do CPC/2015, o qual determina que o Juiz designe audiência de conciliação ou mediação, analisar-se-á, em havendo negócio jurídico processual entabulado entre as partes litigantes, se poderá o Juiz dispensá-la sob o argumento da impossibilidade de realizá-la por ausência de capacidade estrutural adequada do foro, da ausência de quantitativo ou de qualidade técnica do pessoal para o desenvolvimento do ato eleito previamente pelas partes como obrigatório.

Ademais, diante do princípio da cooperação que estimula a participação democrática de todos os sujeitos da relação processual, em prol da construção de um provimento jurisdicional mais adequado à intenção das partes, será analisada a possibilidade de condução da audiência de conciliação pelo próprio Juiz, em benefício da celeridade e do modelo democrático do processo.

Impende destacar que o trabalho proposto não objetiva realizar uma abordagem profunda acerca dos negócios jurídicos processuais, de todas as matérias contidas no ordenamento sobre as quais os negócios processuais podem versar, mas objetiva se ater ao uso do mecanismo para eleição da conciliação a ser realizada no início do arco procedimental e ao seu caráter vinculante em relação ao magistrado que deve respeitar a autonomia da vontade das partes quando não haja qualquer mácula que impeça o seu acolhimento.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Após a Independência do Brasil, foram empregadas no processo comercial e no processo civil, as Ordenações Filipinas e as Leis portuguesas avulsas. Sobre esse aspecto, em 25 de março de 1824, a Constituição Política do Império certificou a importância de uma indispensável tentativa de reconciliação como medida prévia ao processamento de qualquer causa e, para essa finalidade, seriam eleitos juízes de paz (*apud* AGUIAR, 2009b, p.49).

A partir deste período promulgou-se o Código de Processo Criminal e, anexo ao Código, a Disposição Provisória acerca da administração da justiça civil, com o intuito de disciplinar a conciliação como prática processual, marcando o avanço do primeiro período do Direito Processual Civil brasileiro (BRANCO, CAMPOS e SANTOS, 2010, p. 54).

Nas primeiras leis, acordos e decretos, o Processo Civil só era iniciado após a tentativa prévia obrigatória de conciliação das partes, perante o juiz de paz. Com os passados anos, as leis foram regulamentadas e outras modificadas, como em 1850, em que depois do primeiro período do Direito Processual Civil, houve o Regulamento nº 737, o qual tratava da obrigatoriedade de conciliação, com exceções da prévia, em causas comerciais e, a Consolidação das Leis do Processo Civil, em 1876, conhecida por Consolidação Ribas, que abordou, em regra, a conciliação obrigatória perante o juiz de paz, que caso não fosse realizada, seria atribuída à nulidade do processo (BRANCO, CAMPOS e SANTOS, 2010, p. 54).

Com efeito, a regulamentação prévia de conciliação foi prorrogada até a proclamação da República quando, em 1890, elaborou-se o Decreto nº 359, o qual revogou as leis que determinavam a conciliação como formalidade preliminar no processo. Em 1939 elaborou-se o Decreto-lei nº 1608, que promulgou no Código de Processo Civil o texto do Anteprojeto, tendo efetivado as Juntas de Conciliação e Julgamento para resolver litígios individuais (BRANCO, CAMPOS e SANTOS, 2010, p. 54).

O termo conciliação foi retomado com a Lei nº. 968, de 10 de dezembro de 1949, abordando a preliminar de conciliação ou acordo nas causas de despeito litigioso ou de alimentos, incluindo os provisionais, na forma de seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º - Nas causas de despeito litigioso e de alimentos inclusive os provisionais, o juiz, antes de despachar a petição inicial, logo que esta lhe seja apresentada promoverá todos os meios para que se reconciliem, ou transijam, nos casos e segundo a forma em que a lei permite a transação.

E, no seu artigo 2º, define que: "Para os fins do artigo anterior, o juiz, pessoalmente, ouvirá os litigantes, separada ou conjuntamente e poderá ainda determinar as diligências que julgar necessárias". Nessa vertente, a Constituição de 1988, em seu artigo 98, faz referência à conciliação, nos seguintes termos:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

- juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de

menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

- justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

[...]

No Brasil, a partir dos anos 90, começou a haver um interesse pelo instituto da mediação, sobretudo por influência da legislação argentina editada em 1995.

É nesse contexto de estímulo à prática conciliatória que surgiu a Lei nº 9.307/96 que instituiu a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei nº 4.827/98, da deputada Zulaiê Cobra – que foi aprovado em 21 de junho de 2006 pela Comissão de Justiça, na forma do substitutivo elaborado por Pedro Simon, senador pelo PMDB-RS, que instituiu e disciplinou a mediação paraprocessual no Brasil (BRANCO, CAMPOS e SANTOS, 2010, p. 56).

Segundo Ricardo Goretti, constituído por apenas sete artigos, o Projeto de Lei nº 4.827/1998 pecou pela superficialidade quanto à fixação de critérios de regulamentação dos procedimentos do processo de mediação, bem como pela total omissão no que pertine à delimitação de diretrizes básicas de formação, capacitação, seleção e controle das atividades dos mediadores (GORETTI, 2017, p. 186).

Goretti discorre que, no ano de 2003, o Projeto de Lei nº 4.827/1998 foi harmonizado a outra proposta de instituição e disciplina da mediação paraprocessual, elaborada em 1999 pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em parceria com a Escola Nacional de Magistratura.

A partir da referida fusão, o Projeto de Lei 94/2002, o qual visava a instituir e disciplinar a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de prevenção e de solução de conflitos cíveis, foi encaminhado ao Senado Federal, tendo sido aprovado com algumas emendas (GORETTI, 2017, p. 187).

Por conseguinte, as discussões legislativas sobre a institucionalização da mediação no Brasil foram retomadas em 2009, com a convocação de uma comissão de juristas responsável pela apresentação de um anteprojeto ao CPC/2015. O resultado dos trabalhos foi convertido no Projeto de Lei 166/2010, tendo tramitado na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei nº 8.046/2010.

O autor Ricardo Goretti destaca que, concomitantemente aos debates legislativos sobre a institucionalização da mediação no CPC/2015, o Congresso Nacional também atuou para promover a criação da primeira lei nacional de mediação: o Marco Legal da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), que institucionalizou a mediação no âmbito do Poder Judiciário, regulamentando, ainda, a prática do instituto no plano extrajudicial (GORETTI, 2017, p. 188).

Fernanda Tartuce observa que o advento da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), aprovada no Congresso Nacional em data próxima à da aprovação do Novo CPC (Lei 13.105/2015), buscou atender à expectativa de regulamentação que pairava sobre o instituto. (TARTUCE, 2016, p. 501).

Nesse sentido, Tartuce afirma que a Lei de Mediação completou, juntamente com a Resolução 125 do CNJ e as normas sobre o tema contidas no Novo CPC, um “minissistema de métodos consensuais de solução de conflitos”, ocupando o papel de verdadeiro marco legal, tendo se dedicado exclusivamente ao meio consensual, o disciplinando em minúcias e inovando ao regular a mediação extrajudicial – algo que nenhuma lei anterior havia feito.

O sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. Não por acaso, no rol das normas fundamentais do processo civil, estão os §§2º e 3º do art. 3º do CPC/2015 (DIDIER JR, 2018, p.320).

Art. 3º - [...] [..]

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

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

Didier Júnior ressalta, ainda, que o parágrafo único do art. 1º da Resolução nº 125 do CNJ determina: aos órgãos judiciários incumbem, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão” (DIDIER JR, 2018, p. 320).

Humberto Dalla Bernardina de Pinho reforça que o art. 1.º da citada Resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, com o escopo de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados, ressaltando que incumbe ao Poder Judiciário, além da solução por meio de provimento jurisdicional final, ofertar outros instrumentos de soluções de conflitos, em especial aqueles designados de meios consensuais, tais como a mediação e a conciliação (PINHO, 2015, p. 128).

O referido autor destaca que, até a edição do CPC vigente, o mais importante instrumento normativo sobre a mediação e a conciliação é a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual foi alterada em 2016, para fim de adequá-la à Lei nº 13.140/2015 (PINHO, 2015, p. 320).

A teor da sobredita Resolução, os tribunais deverão, obrigatoriamente, criar centros de soluções de conflitos. A criação destes centros e as suas linhas gerais estão previstas no art. 165, caput, CPC, e nos arts. 8º a 11 da Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Guilherme Kronenberg Hartmann ensinam que o Código de Processo Civil de 2015 inova ao prever a audiência de conciliação ou de

mediação *initio litis*, aplicável ao rito comum, na esteira de unificação dos procedimentos ordinário e sumário então ditados pelo CPC/1973, assim como dispõe o art. 318 do CPC/2015 (HARTMANN e MENDES, 2016, p. 164).

Dessa feita, o propósito do legislador foi reduzir ao mínimo a distância entre a propositura da demanda e a realização da audiência, lucrando-se com a brevidade do feito, tendo em vista a economia de tempo e energia processual alcançada; bem como pelo apaziguamento factual dos ânimos até então antagônicos, em incentivo à solução pacífica das controvérsias.

A ESCOLHA DA CONCILIAÇÃO PRÉVIA POR MEIO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E O CARÁTER OBRIGATÓRIO DE SUA REALIZAÇÃO PELO JUIZ

O tema revela-se de fundamental importância para o estudo do processo civil sintonizado com o direito constitucional e o direito material, uma vez que a valorização do uso dos métodos autocompositivos, em especial, da conciliação, assegura a efetivação da garantia de acesso e de concretização da Justiça por meio da solução mais célere da crise de direito, pelas próprias partes.

Ao prever, de forma conjunta com a duração razoável do processo, a efetividade e a cooperação, o Código de Processo Civil demonstra preocupação não só com o acesso à Justiça, mas, também, com a sua resolução efetiva, de modo a conferir uma resposta justa e equânime à suposta violação de direitos.

A nova roupagem que o CPC/2015 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da adoção do Modelo Multiportas de Acesso à Justiça, demonstra uma maior preocupação com a participação democrática das partes no processo, com a celeridade processual, bem como com a busca de uma solução mais rápida, justa e econômica para as partes e para processo.

Por isso, a importância de se proceder a uma análise ampla e conjugada do instituto da conciliação e de sua prática pelo magistrado quando, em caso de negócio jurídico processual, as partes tenham optado por sua realização, e, sobretudo, não tenha o foro estrutura e/ou pessoal suficiente ou tecnicamente adequado para a concretização do ato escolhido previamente pelos litigantes.

Elaine Harzheim Macedo acentua que o CPC vigente, ao permitir a realização de negócios processuais atípicos, e também ao incentivar a autocomposição, demonstra uma preocupação maior com a resolução do conflito do que propriamente com o seu julgamento, o que resulta no redimensionamento do papel do Poder Judiciário e a sua democratização no que se refere ao exercício tradicional da jurisdição, reduzindo o distanciamento e o formalismo em prol de um prestígio maior da autonomia da vontade das partes (MACEDO, 2017, p. 71).

Os negócios jurídicos processuais atípicos surgem como um instrumento capaz de dotar o procedimento judicial de maior flexibilidade. Nesse contexto, o CPC/2015 traz as marcas dos princípios do autorregramento da vontade e da adequação processual, propondo

um redimensionamento do papel tradicional do Judiciário, por meio da democratização do exercício da jurisdição, ao prestigiar a autonomia da vontade e permitir às partes a celebração de negócios jurídicos processuais aptos a amoldar o procedimento às particularidades do caso concreto (MACEDO, 2017, p. 72).

Nesse mesmo sentido, Gilberto Fachetti Silvestre e Guilherme Valli de Moraes Neves ressaltam que o nosso ordenamento confere maior preponderância à declaração do que à vontade interna do agente, sendo tal conclusão extraída a partir de uma adequada interpretação do artigo 112 do CC/2002, que dispõe, *in verbis*: "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" (SILVESTRE e NEVES, 2017, p. 81).

Macedo complementa que, embora os negócios jurídicos não dependam do Juiz para produzirem efeitos, o magistrado deve exercer o controle sobre o negócio, recusando a sua aplicação somente nos casos de nulidade, inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão ou se ensejar situação de manifesta vulnerabilidade para alguma das partes. Destarte, somente em caso de nulidade absoluta será possível a atuação de ofício do magistrado. (MACEDO, 2017, p. 83).

Dessa maneira, Didier igualmente entende que o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, o qual deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, pois, caso ignore o negócio jurídico processual, o estudo das fontes da norma jurídica processual não será completo. (DIDIER, 2018, p. 439).

Didier reforça, ainda, que os negócios processuais devem ser interpretados de acordo com as normas gerais de interpretação dos negócios jurídicos previstas no Código Civil, de modo que, conforme orientação contida no art. 112 daquela legislação, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (DIDIER, 2018, p. 459).

Bruno Garcia Redondo sustenta que a análise conjunta dos arts. 190 e 200 revela que o CPC/2015 consagrou não apenas uma cláusula geral, mas também um novo princípio, qual seja, o princípio do autorregramento das partes no processo.

O autor dispõe que referido princípio estabelece que a vontade das partes deve ser observada pelo Juiz como regra geral, uma vez que a eficácia dos negócios processuais é imediata e independe de homologação judicial, sendo possível o controle judicial somente *a posteriori* e apenas para o reconhecimento de defeitos relacionados aos planos da existência ou da validade da convenção (REDONDO, 2015, p. 274).

Na formatação processual vigente, denota-se que o propósito do legislador foi reduzir ao mínimo a distância entre a propositura da demanda e a realização da audiência, lucrando-se com a brevidade do feito, tendo em vista a economia de tempo e a energia processual alcançada; bem como estimular o apaziguamento factual dos ânimos até então antagônicos, em incentivo à solução pacífica das controvérsias.

O CPC/2015, por meio de seus princípios norteadores, tais como a cooperação e a valorização de métodos consensuais de solução de conflitos, busca a descaracterização da

figura do Juiz centralizador, preso à legalidade e superior às partes. Na nova ótica processual, o Juiz passa a ter postura mais colaborativa, cooperando com as partes para que a solução do litígio seja rápida e efetiva, não dependendo mais o conflito, necessariamente, de decisão de mérito para que se resolva de forma satisfatória aos envolvidos.

Dessa feita, o legislador intercede na direção da substituição da “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, como forma de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, humanizando-a. Conta, para isso e por pressuposto, com um necessário comportamento cooperativo dos atores processuais (HARTMANN e MENDES, 2016, p. 178).

Contudo, a despeito da questão cultural da litigiosidade, é preciso se voltar ao interesse emanado pelas partes quanto à utilização da conciliação. Por meio da celebração de negócio jurídico processual, podem as partes escolher a realização da audiência de conciliação no início do curso procedimental, o que não pode ser desprezado pelos juízes, haja vista a vontade manifesta dos envolvidos e diante da obrigatoriedade estampada no art. 334 do CPC/2015.

Ocorre que, na realidade jurídica brasileira, o maior problema apresentado para a realização das audiências de conciliação ou mediação não está no comparecimento das partes e nem mesmo na necessidade de enfrentamento das técnicas adequadas. O maior desafio para a realização das audiências está no próprio Judiciário que não está preparado estruturalmente para a execução de tais atos.

Diante disso, tem se tornado habitual aos juízes realizar a imediata dispensa da audiência de conciliação ou mediação sob o frágil argumento de que não possuem estrutura adequada no foro ou não contam com pessoal suficiente ou preparado tecnicamente para a sua realização.

No entanto, não bastasse o prazo suficiente para a criação e a estruturação dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos (CEJUSCs), os tribunais têm entendido que as disposições relativas à interpretação das convenções feitas pelas partes não passam de meros conselhos oferecidos ao Juiz, sem caráter imperativo (CRESCENZO, 2011).

Ocorre que, haja vista a regra inserta no art. 334 do CPC/2015, a qual determina que o Juiz designe audiência de conciliação ou mediação, bem como diante da vontade manifesta das partes expressada em negócio jurídico processual entabulado, fica o magistrado obrigado a atender à norma cogente criada conjuntamente pelos envolvidos na lide, uma vez que, inexistentes as hipóteses de recusa ao negócio, na forma do art. 190, parágrafo único do CPC/2015, seu caráter se mostra vinculante.

Sob esse ponto de vista, podem as partes, por meio da celebração de negócio jurídico processual, convencionar a necessidade de realização da audiência de conciliação, com a finalidade de alcançar a solução prévia do conflito, ou seja, sem a necessidade de se aguardar o pronunciamento judicial emitido em forma de sentença. Dessa maneira, anunciada a vontade das partes e criada a norma jurídica conjunta, não deve o Juiz ignorá-la, devendo fazê-la cumprir como norma válida.

Ocorre que, na prática, a audiência de conciliação ou de mediação tem sido pouco aplicada pelos juízes, seja por falta de empenho no uso do instrumento para obtenção da

solução consensual do litígio, seja pela falta de estrutura adequada ou de pessoal suficiente e/ou tecnicamente habilitado para uso do método.

Ora, acumulando o Juiz os atributos ínsitos da confidencialidade, da imparcialidade e da neutralidade, assim como resta exigido ao conciliador, não merece o uso de tal método autocompositivo ser, de plano, descartado pelo magistrado, quando este não tiver condições estruturais e/ou técnicas para a realização do ato no foro de sua atuação.

Didier defende que, na forma do art. 359 do CPC/15, deve o juiz adotar iniciativas para que as partes cheguem à autocomposição, valendo-se das técnicas de mediação ou conciliação na audiência, exercendo o papel de verdadeiro juiz-conciliador/mediador na audiência (DIDIER JÚNIOR; BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 29-30).

Contudo, nos foros do Estado do Espírito Santo não é incomum o magistrado, ao receber a demanda, desde já se manifestar pela impossibilidade de realização da audiência prevista no art. 334 do CPC/2015, sob o amparo do Ato Normativo nº 170, de 17 de agosto de 2015, expedido pelo TJES, manifestando-se nos seguintes termos:

[...] deixo de designar audiência inaugural prevista no art. 334 do CPC, ante o parecer técnico elaborado pela comissão constituída para elaboração de estudo sobre os principais reflexos normativos, estruturais e operacionais do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015 – NCPC), no âmbito do 1º e do 2º graus de jurisdição do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, instituída pelo Ato Normativo nº 170, de 17 de agosto de 2015.⁴

No entanto, as justificativas do Judiciário para dispensar a audiência de conciliação ou mediação colidem com a regra inserta no art. 334 do CPC/2015. Diante da vontade manifesta das partes, fica o magistrado obrigado a atender à norma jurídica criada conjuntamente pelos envolvidos na lide, uma vez que seu caráter se mostra vinculante.

Ora, já possuindo o magistrado características que devem ser afetas a um conciliador, e, diante de sua função cooperativa, tão amplamente apregoada pelo CPC vigente, a despeito da vedação de sua atuação, conforme previsto pela Lei 13.140/2015, e, pelo princípio da cooperação, o qual possui ligação muito estreita com o princípio da celeridade processual ou da razoável duração do processo, é fundamental que na relação processual o juiz atue de forma colaborativa com as partes, com o intuito de alcançar a realização do direito material de forma mais célere e menos dispendiosa para o Estado.

Acerca da necessidade de que o juiz exerça o incentivo constante às partes para que realizem atos de disposição, Trícia Navarro assevera que deve o magistrado mostrar-se receptivo à liberdade processual dos litigantes, sendo as audiências excelentes oportunidades para que o julgador estimule as partes a realizarem acordo, convenções processuais, e o calendário processual (CABRAL, 2019, p. 132).

O princípio da cooperação trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como

⁴ Despacho extraído do Processo nº 0001890-66.2016.8.08.0049, Vara Única de Venda Nova do Imigrante – consulta realizada no sítio do Tribunal de Justiça do Espírito Santo em 03/05/2019.

garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional (TEODORO, 2016, p. 106).

A cooperação impõe às partes e advogados mútuo respeito, colaboração e boa-fé e, ao magistrado, precipuamente, o dever de dialogar com aqueles, para esclarecer, prevenir, auxiliar ou sanar eventuais percalços procedimentais. E, a partir disso, dar “concretude ao dever de cooperação entre Juiz e as partes, por meio do diálogo, do esclarecimento, do auxílio e da prevenção”, sempre intentando a tutela efetiva ao caso concreto (FAIRBANKS, GOMES e GAIO JÚNIOR, 2018, p. 8-9).

Assim sendo, tendo em vista sua vinculação ao julgamento da demanda, e considerando a vontade emanada das partes para a solução amigável do conflito, o princípio da cooperação, a imparcialidade do magistrado, o propósito da desjudicialização e a busca pela solução consensual, nada obsta que o Juiz realize audiência de conciliação, a ser por ele mesmo presidida em caso de ausência de estrutura e pessoal adequados no foro de sua atuação, tudo em prol do alcance mais célere e efetivo da solução de uma contenda.

CONCLUSÃO

Como se pode denotar do Diploma Processual Civil vigente, o CPC/2015, por meio de seus princípios norteadores, tais como a cooperação e a valorização de métodos consensuais de solução de conflitos, busca a descaracterização da figura do Juiz centralizador, preso à legalidade e superior às partes. Na nova ótica processual, o Juiz passa a ter postura mais colaborativa, cooperando com as partes para que a solução do litígio seja rápida e efetiva, não dependendo mais o conflito, necessariamente, de decisão de mérito para que se resolva de forma satisfatória aos envolvidos.

Nesta senda, como foco do trabalho, a conciliação tem sido destacada como valioso mecanismo para a solução prática e pacífica dos conflitos, seja no âmbito judicial ou extrajudicial.

Ocorre que, na prática, a audiência de conciliação tem sido pouco aplicada pelos juízes, seja por falta de empenho no uso do instrumento para obtenção da solução consensual do litígio, seja pela frágil alegação de falta de estrutura adequada ou de pessoal suficiente e/ou tecnicamente habilitado para uso da técnica.

Contudo, a despeito da questão cultural da litigiosidade, a ser vencida pelos advogados e juízes, é preciso se voltar ao interesse emanado pelas partes quanto à realização da conciliação, o que não pode ser desprezado pelos magistrados, haja vista a vontade manifesta dos envolvidos e diante da obrigatoriedade prevista no art. 334 do CPC/2015.

Assim, inexistentes as hipóteses de nulidade, inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão ou situação de manifesta vulnerabilidade para alguma das partes, deve o Juiz, caso as partes decidam pela audiência de conciliação, respeitar o ajuste desenhado por meio do negócio jurídico processual e interpretá-lo como norma criada pelos sujeitos, a qual deve

receber idêntico tratamento a um comando estatal ao qual o magistrado fica submetido, tudo em prol do alcance de uma solução rápida, pacífica e igualitária para as partes.

Ora, o argumento de que falta estrutura no foro não pode ser considerado legítimo para justificar a dispensa da audiência de mediação, haja vista o prazo suficiente para estruturação e criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), desde a sua regulamentação.

Em caso de déficit operacional, e, considerando, sobretudo, a vontade das partes para a solução amigável do conflito, não devem existir óbices para o Juiz conduzir uma audiência de conciliação, tudo em prol do alcance mais célere e efetivo da solução de uma contenda.

Na medida em que o CPC/2015 apregoa a cultura da solução consensual dos conflitos entre os cidadãos, por meio da divulgação valorosa da conciliação e da mediação, seria o Juiz mais um colaborador participante desse processo de promoção dos meios adequados de resolução das contendas.

Nesse contexto, proibir que o magistrado conduza a audiência de conciliação eleita via negócio jurídico pelas partes, especialmente quando não há auxiliares da Justiça habilitados para tanto, é sufocar a vontade dos sujeitos de colocarem fim ao litígio de forma célere, eficiente e mais satisfativa.

Considerando o que preconiza o diploma processual em vigor, assim como o Conselho Nacional de Justiça, é fundamental que o diálogo seja sempre estimulado entre as partes, em busca do consenso, para fins de cumprir os princípios de acesso à Justiça e de duração razoável do processo.

Dessa feita, sendo o Juiz um dos atores do processo, nada o impede que em atuação diferenciada de suas atividades habituais enquanto magistrado, ele possa atuar na condição de conciliador na falta de centros de solução adaptados ou na ausência de auxiliar de justiça que execute tal mister.

Com efeito, a participação dos juízes nas audiências de conciliação se mostra como alternativa eficiente à ascensão dos métodos de resolução eficiente dos conflitos, o que vem sendo amplamente divulgado pelo ordenamento jurídico vigente, em especial como forma de propiciar aos cidadãos acesso irrestrito e facilitado à Justiça, promovendo a tramitação mais acelerada dos processos e, por consequência, aumentando a eficiência e o resultado produtivo do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda; CAMPOS, Naiara Guimarães; SANTOS, Ricardo Goretti e. *Mediação: uma velha forma de gestão de conflitos, por meio de um diferente olhar*. Vitória: Editora SEBRAE, 2010.

- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Limite da Liberdade Processual. São Paulo: Editora Foco, 2019, p. 132.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CRESCENZO, Francisco Paulo de. Interpretação do Negócio Jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. E-Book. ISBN 978-85-02-1511 0-9. Disponível em: <www.saraivajur.com.br>. Acesso em: 2018, ago. 2018.
- CRETELLA NETTO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 29-30., 2. ed, 2017.
- FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto; GOMES, Júlio César dos Santos, GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Negócios Jurídicos Processuais e as Bases para sua Consolidação no CPC/2015. Revista de Processo, vol. 267/2017, p. 43-73, maio 2017.
- GORETTI, Ricardo. Mediação e acesso à justiça. Salvador. Editora JusPodivm, 2017.
- KRABAL, Antônio dos Passos; KRAMER, Ronaldo. Comentário ao Novo Código de Processo Civil, 2. ed, 2017.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Negócios Jurídicos Processuais e Políticas Públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial. Revista de Processo, vol. 273/2017, p. 69-93, nov.2017.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg e. A Audiência de Conciliação ou de Mediação no Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, vol. 4/2018, p. 163-184, mar. 2016.
- OSNA, Gustavo. A "Audiência de Conciliação ou de Mediação" no novo CPC: seis (breves) questões para debate. Revista de Processo. vol. 256/2016, p. 349-370, jun. 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O histórico da lei de mediação brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei 13.140/2015. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 46/2015, p. 123-139, jul-set.2015.
- REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: Necessidade de Rompimento Radical com o Sistema do CPC/1973 para a Adequada Compreensão da Inovação do CPC/2015. Extraído do Cap. 12 da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Vol. 1 – Negócios Processuais. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio Jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado, vol. 75/2017, p. 81-113, mar. 2017.

SIX, JEAN-FRANÇOIS. Dinâmica da Mediação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no Direito Brasileiro. Revista de Processo, vol. 258/2016, p. 495-516, ago. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS ENQUANTO POTENCIAL OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA

Vitor Amm Teixeira¹

Hugo Zanon Soares²

Resumo: Cresce o entendimento na seara trabalhista de que a condenação em honorários representa obstáculo ao acesso à justiça. Analisa-se os conceitos e a história dos honorários de sucumbência, bem como o papel do risco e sua relação com o acesso à justiça. O risco é elemento importante para evitar abuso do acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Honorários sucumbenciais; Risco; Abuso de direito.

INTRODUÇÃO

Não se discute a importância do acesso à justiça em qualquer regime democrático que se preze. O modelo proposto por Montesquieu de separação dos poderes, adotado de forma ampla, concedeu ao Poder Judiciário a responsabilidade de garantir a observância das normas por todos os cidadãos e, em muitos lugares, pelo próprio Estado. Enquanto julgador, deve ser imparcial, se manter equidistante das partes envolvidas no litígio. Portanto, agirá quando provocado. A possibilidade de provocar é a consubstanciação do acesso à justiça.

De igual maneira, o advogado é indispensável à administração da justiça e seus honorários representam verba alimentar, até por se tratar de parte de sua remuneração.

Dentre tantas outras controvérsias, a Reforma Trabalhista trouxe ao processo do trabalho os honorários advocatícios de maneira deveras semelhante à do processo civil comum. E despertou, com isso, argumentos sobre como tal medida fora estabelecida com o propósito de inibir o acesso à justiça por parte dos trabalhadores, que se sentiriam coagidos diante do risco de arcarem com uma condenação em caso de improcedência de seus pedidos. Seria esse realmente o seu propósito?

Analisar a questão e propor hipóteses é parte importante do debate. Estudar as possibilidades e iluminar pontos relevantes que devem ser notados pelas partes envolvidas.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Advogado. vitor.teixeira1@hotmail.com.

² Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Advogado. zanonsoares@hotmail.com.

Para tanto, se observou especialmente os fundamentos de diversas decisões e posições judiciais dos tribunais superiores ao longo dos anos sobre o assunto, bem como o posicionamento doutrinário em questões mais delicadas. Por isso, não há um marco teórico central.

PANORAMA HISTÓRICO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Pode-se dizer com certa segurança que conhecer, ainda que apenas um pouco, a História é parte essencial da compreensão sobre a finalidade de determinada coisa ou mesmo, no presente caso, de um instituto jurídico. Em tempos onde se rediscute o papel dos honorários e sua correlação com o acesso à justiça, importante compreender o seu propósito.

Sancionar a parte vencida em termos processuais encontra referência no Direito Canônico, onde, conforme Yussef Said Cahali (1997, p. 27), se admitia a condenação do vencido enquanto sanção imposta tanto aos apelantes quanto àqueles que litigavam temerariamente. Possuía esta condenação, portanto, caráter punitivo. Eventualmente outros ramos adotaram tal possibilidade de punição, um marco para a época.

As Ordenações Filipinas, compilação de normas formulada por Felipe I de Portugal, resultante da reforma ao Código Manuelino, em 1603, funcionou basicamente como a normativa civil brasileira até o advento do Código Civil de 1916. E ali já constava a condenação em custas, como se verifica de seu Livro 3 – Título 67:

Quando o juiz der sentença final, em qualquer caso, de qualquer qualidade que seja, sempre condenará em custas, ao menos do processo, assi ao réo, que fôr vencido, como ao autor, quando o réo for absoluto, sem poder delas relevar cada huma das partes, postoque lhe pareça, que cada huma delas teve justa causa para litigar, salvo entre as pessoas, em que por bem das Ordenações não há custas. E das custas pessoas poderão ser escusas, se tiverem justa causa de litigar (PORTUGAL, 2019, p. 670).

Havia, inclusive, previsão para dobrar ou triplicar as custas em caso de malícia por parte do litigante, que poderia culminar em prisão, no caso de não encontrarem bens para cobrir a quantia devida.

Surgia, então, a perspectiva de punição àqueles que litigavam sem causa.

Quanto aos advogados em si, a legislação da época continha exemplos de vedação ao pagamento de honorários, até mesmo contratuais. A título de exemplo, o *Alvará do 1º de Agosto de 1774* previa categoricamente a proibição ao estabelecimento de honorários contratuais em processos referentes à sucessão³.

³ PORTUGAL. *Alvará do 1º de agosto de 1774*. Nele assim consta: "Item: Porque tem mostrado a experiência não ser bastante nem a providência da Ord. liv. 1 tit. 48 § 11; nem a pena nella imposta para fazerem cessar as convenções, e pactos chamados de quota litis, em que se estipulão quaesquer porções, ou quantias para o caso do vencimento das causas: Prohibo todos os sobreditos pactos, e convenções, ou elles se celebrem com Advogados, Procuradores, ou com outras quaesquer pessoa: debaixo das penas de nullidade dos ditos pactos, e convenções: De trez anos de degredo para Angola, e de perpétua suspensão, e inhabilidade contra

Nas palavras de Orlando Venâncio dos Santos Filho (1998, p. 32), Adolfo Weber fora o primeiro jurista a estabelecer um princípio que superasse o simples arbítrio judicial quanto às despesas, ao formular que a condenação do vencido às despesas processuais é simplesmente o ressarcimento do prejuízo do vencedor ao mobilizar o Poder Judiciário a fim de ter seu direito tutelado.

Tal perspectiva é encontrada no Código de Processo Civil de 1934. O *caput* do art. 63⁴, de fato, parece carregar integralmente a ideia já ventilada nas Orientações Filipinas, quatrocentos anos antes. Seus parágrafos carregam elementos que enriquecem e ressaltam a ideia de punição àquele que procede de forma temerária, seja ele quem for. O primeiro parágrafo prevê punição ao vencedor que agir de forma temerária em qualquer ato ou incidente processual. O segundo parágrafo estabelece a condenação no décuplo das custas processuais àquele, vencedor ou vencido, que tenha procedido com dolo, fraude, violência ou simulação.

Já o art. 64 exhibe a mudança de percepção sobre o assunto com o decurso do tempo. A disposição original estabelecia que “Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extra-contratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária” (BRASIL, 1939). Percebe-se um caráter inegavelmente punitivo ao artigo, aos moldes das Orientações Filipinas. Válido mencionar, ainda, que esse é, atualmente, o conceito de ato ilícito, nos termos do Código Civil de 2002⁵.

A questão, como se sabe, é que nem todo processo decorre de ato ilícito, tal como o próprio direito à reparação. Se a controvérsia entre as partes é legítima e plausível, decorrente de dúvida razoável, é possível punir uma parte por uma suposta culpa? A interpretação de uma cláusula contratual obscura, por exemplo. Ao tempo do Código Civil de 1939, não se admitia o pagamento de honorários advocatícios neste caso, resultando em um vácuo.

O caráter penalizador dos honorários não condizia com a premissa de ressarcimento emanada pela expressão *pagamento dos honorários de advogado da parte contrária*.

Apenas em 1965, por meio da Lei nº 4.632, que se suprimiu do Código de Processo Civil a necessidade de culpa ou dolo no pagamento de honorários advocatícios, dispondo que “A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que fôr aplicável, o disposto no art. 55” (BRASIL, 1965). Ao eliminar a necessidade de culpa ou dolo, no entender de Santos Filho (1998, p. 33), a referida lei se tornou um marco na consagração da sucumbência em nossa legislação. A questão é que o valor era arbitrado pelo julgador, com moderação e motivadamente. O critério, portanto, era a equidade.

os Advogados; E de cinco annos de degredo para Angola contra os mais Procuradores, ou outras quaesquer pessoas, que forem estipulantes nas ditas convenções, por qualquer fórma que sejam celebradas.”

⁴ Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

⁵ Art. 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A equidade pura, enquanto regra, não perseverou muito tempo. O Código de Processo Civil de 1973 trouxe um novo regramento sobre os honorários que, em essência, reproduziu a premissa do anterior, com o cuidado de estabelecer critérios na fixação dos honorários. Esclareceu também pontos discutidos em face da generalidade da lei anterior, como as causas de valor ínfimo, inestimável ou sem condenações, caso em que a fixação dos honorários deve ser por equidade, tal como na lei anterior. Em regra, a condenação neste tocante devia ser fixada entre 10% e 20% do valor da condenação (BRASIL, 1973), porém, admitir-se-ia o ajuste destes valores em caso de exorbitância ou irrisoriedade⁶.

O Código de Processo Civil de 1973, ao estabelecer como regra um percentual fixo, acabou por ventilar um questionamento distinto. Até então, não se vislumbrava qualquer dúvida do papel dos honorários advocatícios como maneira de ressarcimento das despesas com o causídico. Então, decerto, o valor abarcava, até por seu caráter então punitivo, o que fora efetivamente gasto. Mesmo com a mudança de percepção, a fixação por equidade tinha de observar a moderação, sempre de maneira motivada, ou seja, escorado em critérios claros, postos.

A quem era devido o valor? Os honorários eram do advogado ou do cliente?

Leonardo Greco, citado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Tatiana Salles (2015, p. 264), confirma que os honorários visavam ressarcir o vencedor das despesas com a contratação de seu causídico. Todavia, essa percepção mudou com a vigência do Estatuto da Advocacia, em 1994, que tornou estes valores uma receita a mais que o advogado do vencedor percebe⁷.

É importante ressaltar que a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT prevê o direito das partes de reclamarem pessoalmente perante a Justiça do Trabalho, assim como acompanhar suas reclamações até o final. A não obrigatoriedade de atuação advocatícia afastou a incidência de condenação em honorários sucumbenciais da seara trabalhista, com exceção dos sindicatos, que percebiam honorários em caso de assistência à parte necessitada, nos termos da Lei nº 5.584/1970⁸.

Se na esfera cível, o papel dos honorários advocatícios já se encontra assentado, o mesmo não pode ser dito da esfera trabalhista. A Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467/17 introduziu oficialmente o instituto na processualística do trabalho.

⁶ Apenas a título exemplificativo, segue trecho de decisão monocrática proferida no Recurso Especial nº 1.631.422, determinando a redução de honorários: “Compulsando-se os autos, e, ainda, tendo em vista os parâmetros legais que norteiam o tema, consoante o disposto no art. 20, §§3º e 4º, do CPC/1973, torna-se nítido que o valor concedido de 10% sobre o valor da causa, que perfaz a monta aproximada de R\$ 544.842,83 (sem considerar os juros e correção monetária), é demasiadamente exorbitante, ainda que a causa seja de relevante importância — constatação de sobrepreço em tomada de contas pelo TCU”.

⁷ Art. 23 da Lei nº 8.906/1994: Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

⁸ Art 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NA ATUALIDADE

Como apontado no tópico anterior, os honorários sucumbenciais passaram, com o Estatuto da Advocacia, de ressarcimento ao requerente à remuneração do advogado, o que altera substancialmente sua percepção no cenário jurídico. O resultado mais elementar desta mudança provocada é o caráter alimentar que estas verbas passaram a ter.

Um dos primeiros casos julgados sobre esse assunto pela Suprema Corte foi o Recurso Extraordinário – RE nº 146.318 (BRASIL, 1997), quando a Segunda Turma entendeu que honorários advocatícios e periciais possuem natureza alimentar, pois remuneram serviços prestados por profissionais liberais, sendo equiparados ao salário. Ainda assim, havia discussões frequentes sobre o assunto, com destaque ao entendimento divergente apresentado pela Primeira e Terceira Turmas do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sendo que esta entendia que se tratava de verba alimentar, fosse contratual ou sucumbencial, enquanto essa apenas admitia os honorários contratuais enquanto alimentares.

A interpretação favorável ao caráter alimentar irrestrito dos honorários ganhou força com o advento da Lei nº 11.033/2004, que coloca os honorários advocatícios expressamente enquanto verba alimentar⁹ (BRASIL, 2004), oferecendo um norte interpretativo para a discussão. Permitiu a analogia. Por que seria assim no caso dos precatórios e não para o restante?

O clímax dessa discussão foi o julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 706.331 pela Corte Especial do STJ (BRASIL, 2008), quando se consolidou, por expressiva maioria de votos, que honorários de sucumbência possuem natureza alimentícia, justamente por conta da Lei nº 11.033/2004¹⁰.

Daí por diante, o tema fora assentado pelo STF em 2014 com o julgamento da Tese 18, que estabeleceu:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Essa tese, inclusive, adquiriu caráter plenamente vinculante com a edição da Súmula Vinculante nº 47 (BRASIL, 2019).

⁹ O art. 19 da referida lei estabelece que o levantamento ou autorização para depósito em conta de valores decorrentes de precatório judicial só pode acontecer, em regra, após a apresentação ao Juízo responsável a certidão negativa de tributos federais, estaduais e municipais, assim como a certidão de regularidade perante a Seguridade Social, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço e a Dívida Ativa da União, além da oitiva da Fazenda Pública. Uma das duas exceções previstas no parágrafo único do referido artigo é justamente “[...] aos créditos de natureza alimentar, inclusive honorários advocatícios”.

¹⁰ HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SUCUMBÊNCIA - NATUREZA ALIMENTAR. Os honorários advocatícios relativos às condenações por sucumbência têm natureza alimentícia. Eventual dúvida existente sobre essa assertiva desapareceu com o advento da Lei 11.033/04, cujo Art. 19, I, refere-se a “créditos alimentares, inclusive alimentícios.”

E o STJ publicou, em duas oportunidades, em seu *Jurisprudência em Teses*, que “Os honorários advocatícios – contratuais e sucumbenciais – têm natureza alimentícia, razão pela qual é possível a penhora de verba salarial para seu pagamento” (BRASIL, 2017), com a leve retificação de seu texto na segunda publicação ao substituir *verba salarial* por *verba remuneratória* (BRASIL, 2019), mais abrangente.

A importância dos honorários advocatícios é patente. O reconhecimento de seu caráter alimentar diz muito sobre isso.

Incide, em regra, em todo tipo de ação de caráter cível onde é o advogado que detém o *jus postulandi*. Mesmo ações de caráter delicado e urgente, como a ação de alimentos regida pela Lei nº 5.478/1968, admitem a condenação em honorários sucumbenciais sem maiores ressalvas, sem que necessariamente se discuta a questão do acesso à justiça.

Tanto é verdade que os Juizados Especiais, regidos pela Lei nº 9.099/1995, não preveem a condenação em honorários advocatícios em primeira instância, ressalvado o caso de má-fé (BRASIL, 1995). Sua incidência só se dá se o recorrente restar novamente vencido¹¹. O fato relevante que difere a primeira instância da segunda é a obrigatoriedade da presença do advogado para a fase recursal, como determina o seu art. 41, §2º. É verdade que os Juizados Especiais demandam, caso as causas possuam valor superior a vinte salários mínimos, a assistência de advogado. Nesses casos, entretanto, é possível a parte persistir sem o patrono, desde que renuncie ao excedente.

O mesmo acontecia, até pouco tempo atrás, perante a Justiça do Trabalho. Regida pela CLT, com o CPC aplicável apenas de maneira subsidiária, não se admitia a condenação em honorários sucumbenciais, ressalvados os casos específicos consignados na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho – TST (BRASIL, 2016). Os primeiros precedentes para a formação da referida súmula datam de junho de 1983¹² e, naquele tempo, a decisão fora proferida por maioria de votos. A súmula é originalmente datada de 1985 e sua redação original já era suficientemente clara:

Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família (BRASIL, 1985).

¹¹ Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

¹² Assim consta da ementa do acórdão: “[...]2. Na Justiça do Trabalho, só são devidos os honorários advocatícios quando o empregado-reclamante é assistido por advogado dativo do sindicato de sua categoria profissional e o empregador é sucumbente. 3. O art. 20 do CPC não incide no processo trabalhista”, sendo que o referido art. 20 é justamente aquele que regula a condenação em honorários no então CPC de 1973.

Na interpretação do TST, a Lei nº 5.584/1970 restringe o pagamento de honorários ao caso de assistência judiciária gratuita por parte do sindicato¹³. Um dos motivos basilares para isso é a existência do *jus postulandi* para as partes, nos termos do *caput* art. 791 da CLT¹⁴ (BRASIL, 1943), o que dispensa a obrigatoriedade de advogados. Quando do início de sua vigência, porém, os tempos eram outros e havia, por exemplo, a figura do juiz classista, que auxiliava a parte na defesa de seus interesses em Juízo. Com o fim dessa figura, é pública e notória a raridade da defesa pessoal dos próprios interesses nesses casos, sendo habitual a representação por meio de advogado ou a assistência por meio do sindicato, que oferta também os serviços jurídicos de seus advogados ao assistido.

O cenário sofreu uma forte mudança com a vigência da Lei nº 13.467/17, conhecida como a Reforma Trabalhista (BRASIL, 2017), que, dentre tantas outras mudanças, oficializou a democratização dos honorários advocatícios sucumbenciais na esfera trabalhista a todos os advogados que nela atuarem.

Com a ressalva do percentual a ser fixado a título de honorários¹⁵, a disposição basilar da fixação de honorários e seus critérios é essencialmente idêntica a do CPC. A intenção do legislador aqui fora inequívoca: sabedor da existência da Súmula nº 219 do TST, replicou boa parte do texto atualmente vigente do CPC na CLT. Isso afastaria, em um primeiro momento, qualquer eventual tentativa de subversão de sua aplicabilidade, já cientes do exemplo problemático dos Juizados Especiais¹⁶.

A grande celeuma na esfera trabalhista é o §4º do art. 791-A:

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (BRASIL, 2017).

¹³ No precedente citado para a formação da Súmula nº 219 do TST, por exemplo, o relator afirma que o art. 20 do CPC/1973 não incidia na Justiça do Trabalho pois a Lei nº 5.584/1970 dispunha que só eram devidos honorários quando o empregado-autor se faz acompanhado de advogado dativo do sindicato e vence a causa.

¹⁴ Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

¹⁵ O art. 85, §2º, do CPC/15 estabelece que os honorários serão fixados em um percentual entre 10 e 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico da causa ou, não sendo possível medir, sobre o valor da causa, enquanto o art. 791-A da CLT fixa o percentual entre 5 e 15% nestas mesmas condições.

¹⁶ Quando o CPC/15 passou a vigorar, por força do art. 1.046 do novel livro adjetivo, suas disposições deveriam se aplicar aos Juizados Especiais. Isso incluía, naturalmente, a contagem de prazo em dias úteis. Todavia, para surpresa de expressiva porção da comunidade jurídica, o Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE elaborou um enunciado, o 165, com a previsão de que todos os prazos seriam contados de forma contínua nos Juizados, em detrimento de expressa disposição legal, com fundamento na celeridade que nortearia os Juizados. Com a devida vênia, entendimento manifestamente ilícito, eis que um enunciado administrativo não poderia negar aplicação a uma lei. Isso em 2016 e, então, cada Estado fazia o que bem queria quanto ao enunciado. A Justiça Federal da 2ª Região não o aplicava, por exemplo, enquanto a Justiça Estadual do Espírito Santo, aplicava. O problema só fora resolvido em 2018, por meio da Lei nº 13.728, que inseriu expressamente na Lei nº 9.099/1995 a disposição sobre a contagem de prazo em dias úteis.

Existe uma corrente expressiva na comunidade jurídica que entende pela inconstitucionalidade do referido dispositivo por representar uma violação ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Tal posição fora consignada em entendimento da Sexta Turma do TST que, inclusive, virou notícia em sua página oficial (BRASIL, 2019). Ficou determinada, de toda forma, a remessa do caso ao Pleno para julgamento quanto à constitucionalidade do dispositivo.

A questão é controversa. Há julgadores que condenam ao pagamento de honorários, há aqueles que vedam a condenação em honorários nos casos de concessão de gratuidade e há, enfim, aqueles que simplesmente vedam a condenação em honorários em qualquer situação.

Com isso, se inicia uma rediscussão quanto ao enquadramento dos honorários advocatícios no ordenamento jurídico brasileiro.

O ACESSO À JUSTIÇA E O PAPEL DOS HONORÁRIOS

O acesso à justiça é, indubitavelmente, uma das garantias basilares de todo cidadão. Marinoni (2018, p. 732) cita Rui Barbosa ao explicar a história dessa garantia ao afirmar que onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça. O primeiro dispositivo legal que assegurou expressamente a garantia de acesso à justiça foi o Código Civil de 1916, em seu art. 75, ao prever que “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura” (BRASIL, 1916). Marinoni ainda esclarece que grande parte das Constituições estrangeiras garantem de forma expressa o direito à tutela jurisdicional.

De seus comentários é especialmente interessante destacar sua abordagem quanto à vedação da imposição de óbices ao exercício do direito de ação. Assim comenta:

[...] o legislador também não pode impor óbices ao exercício do direito de ação, pois isto configura exclusão da apreciação jurisdicional, ainda que de forma indireta. Através da imposição de óbices não se objetiva, em regra, impedir a discussão de determinada e específica matéria, afetando-se apenas determinada posição que seria dependente do cumprimento de um encargo, sem que esta posição possa ser relacionada com uma espécie de situação de direito substancial em particular (MARINONI, 2018, p. 735).

Os honorários advocatícios, nessa linha, não obstaculariam diretamente o manejo de reclamações trabalhistas, mas imporiam um risco inevitável de perda em caso de uma sucumbência recíproca, já que o advogado da parte requerida poderia descontar seus honorários da quantia a ser paga à parte requerente. Tal risco, que pairaria inclusive sobre eventual ação futura perante outro Juízo, inibiria o trabalhador, que possui uma inevitável presunção de hipossuficiência perante o empregador, na busca por seus direitos por meio do Poder Judiciário.

De fato, o risco é inegável, com o texto tal como posto. Poder-se-ia conjecturar quanto ao eventual resultado do julgamento da arguição de constitucionalidade sobre o assunto, mas não seria mais do que especular, ao menos por ora.

Há elementos, no entanto, que permitem uma perspectiva mais clara sobre este risco. De fato, sobre o papel do risco no ordenamento jurídico.

Já se adianta que não é exatamente o mesmo de um jogo.

Em um cassino, por exemplo, o ganho é proporcional ao risco, às probabilidades de vitória. Citando, a título de fundamentação, o sítio eletrônico *Apostagolos.com* (2019), ao ler sobre a roleta, são trinta e sete números possíveis, dezoito vermelhos e dezoito pretos, sendo que um deles é o zero, verde, com derrota automática do apostador neste caso. É possível apostar desde o Pleno, onde se indica que um determinado número vá sair, até a cor que sairá. No primeiro caso, a chance de ganhar seria de apenas 2,7% (1:37), mas o ganho é expressivamente maior que no segundo caso, onde a chance de ganhar é de 48,65% (18:37). Se é mais fácil ganhar, portanto, paga menos.

O risco no processo não possui a função de regular o ganho. Uma ação potencialmente temerária não necessariamente condena mais a outra parte do que uma ação bem fundada.

Provavelmente nenhum diploma jurídico é mais eficiente para explicar a questão do risco e sua relação com o acesso à justiça do que o CPC de 2015, atualmente vigente. Consta inclusive em sua exposição de motivos (BRASIL, 2015, p. 25) que possui claro potencial de gerar um processo mais célere e mais justo, porque mais próximo às necessidades sociais e menos complexo. Sobre essa questão de complexidade, a Comissão de Juristas que assina a exposição acertou em explicar que isso seria um passo decisivo para afastar os obstáculos mais recorrentes justamente ao acesso à justiça, dentre eles, a elevada duração do processo¹⁷.

E os honorários de sucumbência representam um dos elementos para tanto. Uma das primeiras doutrinas que abordaram tal questão fora a de Teresa Arruda Alvim Wambier, com o sugestivo nome de *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil* (WAMBIER *et al*, 2016, p. 133-134), ao discutir a sucumbência recursal, inexistente no Códice anterior. Até pela maneira que acompanhou a sua tramitação, explana a dupla finalidade desta modalidade de sucumbência: tentar impedir recursos infundados e meramente protelatórios, eis que a parte que manusear recursos desnecessariamente sofrerá imposições pecuniárias adicionais; e remunerar gradativamente o trabalho do advogado. Possui, assim, um caráter duplice: punitivo e remuneratório.

Mais adiante, acrescenta Wambier que a Redação do Senado Federal era ainda mais enfática quanto ao caráter punitivo ao considerar que a sucumbência recursal era aplicável

¹⁷ É interessante ressaltar o papel do decurso do tempo no processo. Uma das demonstrações disso está justamente na tutela de evidência. Em interessante artigo denominado *Tutela dos direitos patrimoniais mediante tutela de evidência*, Augusto Passamani Bufulin e Diego Crevelin de Sousa explicam que a tutela provisória de evidência é uma técnica de redistribuição adequada do ônus do tempo do processo. Naturalmente se depreende que a demora é um ônus e, com isso, o prolongamento desnecessário da lide traz imensuráveis prejuízos à parte, não apenas sob um prisma material, como também no próprio sentimento de justiça. Regular o ônus do tempo é, então, papel importante não apenas da norma, como também do próprio Poder Judiciário, que administra a sua interpretação.

quando o acórdão proferido pelo tribunal não admitisse ou negasse, por unanimidade, provimento ao recurso interposto.

Entendimento semelhante adota Misael Montenegro Filho em seus comentários (2018, p. 113) ao afirmar que a fixação de honorários advocatícios em sede recursal possui o claro propósito de desestimular a interposição de recursos pelo vencido, diante do risco de elevação da verba honorária.

O risco, nesse caso, deve ser contado não como um potencial de maior ganho conforme o risco, não é um ponto diretamente proporcional. Processualmente falando, funciona como uma maneira de punir a parte que pretende, deliberadamente, abusar da distribuição do ônus do tempo do processo para retardar seu fim.

E a finalidade disso é, justamente, garantir o acesso à justiça.

Paradoxalmente, um instrumento de garantia de acesso à justiça, por conta da inserção do fator de risco em persistir com o processo, é questionado por ser um alegado obstáculo a esse mesmo acesso à justiça.

Uma leitura do Relatório da Comissão Especial da Câmara de Deputados sobre a Reforma Trabalhista apenas evidencia este caráter de mensuração do risco:

A ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias.

A entrega da tutela jurisdicional consiste em dever do Estado, do qual decorre o direito de ação. Todavia trata-se de dever a ser equilibrado contra o impulso da demanda temerária.

Pretende-se com as alterações sugeridas inibir a propositura de demandas baseadas em direitos ou fatos inexistentes. Da redução do abuso do direito de litigar advirá a garantia de maior celeridade nos casos em que efetivamente a intervenção do Judiciário se faz necessária, além da imediata redução de custos vinculados à Justiça do Trabalho (BRASIL, 2017, p. 69).

O risco desestimula a lide temerária e a aventura jurídica. Isso é uma percepção comum. Não por acaso, em muitos países, o acesso ao Poder Judiciário é deliberadamente caro, justamente para desestimular seu uso. E não se percebe, ao menos por aqui, qualquer questionamento quanto ao acesso à justiça nestes lugares.

No relatório supracitado, ainda consta (BRASIL, 2017, p. 70) que o estabelecimento do sistema de sucumbência coaduna com a boa-fé processual, retirando o processo trabalhista da posição administrativista, vista como ultrapassada, e aproximando-o dos demais ramos processuais, com a observação da teoria da causalidade.

De fato, um olhar sobre o processo civil ordinário revela que tantas outras causas igualmente sensíveis possuem condenação em honorários sem quaisquer problemas, como o caso da ação de alimentos. Obviamente, a verba ali discutida é alimentar. Se é possível, teoricamente, para o advogado penhorar a remuneração do executado em uma ação destas para receber seus honorários, por que a verba alimentar trabalhista seria mais importante?

O argumento basilar para defender a inconstitucionalidade da cobrança de honorários advocatícios, como forma de compensação no caso de uma eventual indenização a ser percebida pela parte vencedora, é o obstáculo ao acesso à justiça.

Ou seja: o risco de uma condenação coibiria a parte interessada de acionar o Poder Judiciário.

Essa discussão arrisca criar uma hierarquia entre verbas alimentares. Se admitida a inconstitucionalidade do referido parágrafo, entender-se-á que os honorários advocatícios são verbas de segundo escalão, em contrariedade à Súmula Vinculante nº 47 do STF. Ou que as verbas alimentares decorrentes da Justiça do Trabalho são superiores às outras.

Como diversos outros institutos, o mais elementar seria o processo civil comum receber esta mudança, não ela ser anulada do processo trabalhista. Seria o mais coerente, considerado o fato de que todas as verbas alimentares possuem, até uma nova disposição legal estabelecer diferentemente, o mesmo grau hierárquico. Se houve uma sucumbência recíproca e a parte protegida pela gratuidade da justiça receberá uma indenização, por que não usar parte deste valor para arcar com os honorários do advogado, que também são verbas tão alimentares quanto as dele, talvez mais?

Uma vez que a Justiça do Trabalho, cuja função precípua é garantir a dignidade dos trabalhadores, que se debruça atualmente sobre a questão, é esperado um amplo debate, bem como sobre suas implicações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se tem algo que pode ser tido por certo no Direito é que nenhum direito é absoluto. Qualquer um deles possui algum tipo de exceção que o mitiga em algum grau. O direito à vida, por exemplo, pode ser mitigado em caso de legítima defesa, assim como o direito à propriedade pode ser afastado pela usucapião. O que se percebe é a presença da ponderação, a busca por um equilíbrio na aplicação da principiologia constitucional. Uma vida não vale mais do que a outra, o que justifica a legítima defesa. A inobservância da função social da propriedade pode provocar a perda da mesma.

A garantia de acesso à justiça é um direito essencial. Toda causa pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário. Ainda assim, como qualquer outro direito, é passível de abuso, com a consequente necessidade de ponderar.

As estatísticas falam por si. Comparando os dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ concernentes ao assunto mais demandado perante a Justiça do Trabalho, *rescisão do contrato de trabalho/verbas rescisórias*, houve uma queda de 35,85% no número de pleitos sobre o assunto entre os anos de 2017 (BRASIL, 2018) e 2018 (BRASIL, 2019)¹⁸. Algum efeito

¹⁸ Mais precisamente, foram 5.847.967 pedidos relacionados à *rescisão de contrato de trabalho e verbas rescisórias* no ano de 2017 e 3.750.967 em 2018. É uma queda significativa, mas não demasiadamente brusca ao ponto de significar, por si só, algo ruim.

teve. Obviamente ainda é muito cedo para uma avaliação conclusiva sobre o impacto dos honorários advocatícios e da reforma como um todo para o sistema.

Não restam dúvidas na atualidade de que honorários advocatícios sucumbenciais são verbas alimentares, resultantes do trabalho de um profissional liberal. Tal posicionamento está cristalizado na Súmula Vinculante nº 47 do STF, de maneira que o TST não poderá ignorar tal perspectiva quando do julgamento da constitucionalidade do §4º do art. 791-A da CLT. Reforça-se: não há, na norma, qualquer tipo de hierarquia entre honorários advocatícios e quaisquer outras verbas alimentares.

Também não restam dúvidas de que a possibilidade de penhora em contas salariais para fins de pagamento de honorários não obstaculou o acesso à justiça na esfera cível ordinária. Nem mesmo em ações de alimentos se noticiou tal fato. É matéria há muito superada. A compensação de dívidas é perfeitamente admissível pelo Código Civil, e não se vê qualquer óbice ao caso de verba alimentar, como as verbas rescisórias.

Independentemente do resultado, a discussão certamente chegará ao STF.

Algumas coisas, todavia, já podem ser afirmadas. Uma delas concerne ao fator risco. A simples inserção do fator risco ao ajuizar uma reclamação trabalhista reduziu sua quantidade em trinta por cento. Matéria veiculada pelo Grupo Jovem Pan ecoa conclusão semelhante, com base em dados fornecidos pelo TST, concernente ao ano-base de 2019¹⁹ (JOVEM PAN, 2019).

Outra, igualmente importante, é que a discussão no TST não poderá ignorar as consequências jurídicas de criar uma hierarquização entre as verbas alimentares, algo que já fora rechaçado anteriormente tanto pelo STF quanto pelo STJ. Embora não haja hierarquia entre STJ e TST, o respeito a precedentes anteriormente firmados, mesmo que não vinculantes, é recorrente em sistemas jurídicos com maturidade.

Um dos elementos basilares do desestímulo à prática de atos ilícitos é justamente o risco da sanção. Por exemplo, uma reclamação trabalhista com potencial provento financeiro em cem mil reais resultaria em honorários sucumbenciais de cinco a quinze mil reais a serem pagos ao advogado da parte vencedora. Não é uma quantia desprezável. Estimula a conciliação, o cumprimento espontâneo da obrigação.

Expressiva parte dos sistemas jurídicos de países desenvolvidos adotam estruturas judiciais deliberadamente caras, justamente para inserir o risco enquanto elemento de responsabilidade. Sua demanda é justa? Vale a pena acionar o Poder Judiciário por ela? Vale a pena deixar essa discussão chegar ao Juízo?

¹⁹ Consta da referida matéria, dentre outras coisas, que “Dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) mostram que o número de processos na 1ª instância da Justiça do Trabalho caiu 32% após a reforma trabalhista. Entre janeiro e outubro de 2017, as varas do trabalho de todo país tinham 2,2 milhões de ações em andamento. No mesmo período em 2019, o total de processos recuou para 1,5 milhão. Na avaliação de especialistas, essa redução se deu, principalmente, a regra criada pela Reforma, que obriga a parte vencida a pagar os honorários do advogado da outra parte. Os chamados ‘honorários de sucumbência’ não eram cobrados do trabalhador antes. Além disso, a nova legislação pode obrigar o empregado a pagar os custos do processo, o que acaba desestimulando recursos judiciais, muitas vezes infundados. Muitos advogados têm recomendado ao trabalhador que relate o máximo de detalhes que possam comprovar o desrespeito as [sic] regras trabalhistas”.

Não se vislumbra, francamente, a inconstitucionalidade alegada. Apenas a lei pode criar essa hierarquia, já que, sob um aspecto de fundamento, não faz qualquer sentido. Seria admitir que um advogado atuante é um profissional inferior aos outros, vez que sua remuneração recebe proteção inferior à de qualquer outro ofício que possa ser discutido em sede trabalhista.

O acesso à justiça deve ser livre, mas não irresponsável. E o risco é, provavelmente, o melhor elemento para lembrar da necessidade de ser consciencioso com tão precioso direito.

REFERÊNCIAS

APOSTAGOLOS. Os Jogos de Cassino com as Melhores Probabilidades de Ganhar. Disponível em: <<https://apostagolos.com/os-jogos-de-casino-com-as-melhores-probabilidades-de-ganhar>>, acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que "altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961>, acesso em 23 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>, acesso em 07 dez. 2019.

_____. _____. Justiça em Números 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>, acesso em 07 dez. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5. out. 1988. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>, acesso em 25 out. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Coleção das Leis do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>, acesso em 08 nov. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>, acesso em 25 out. 2019.

_____. Exposição de Motivos. In: BRASIL. Senado Federal. Código de Processo Civil e normas correlatas. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>, acesso em 28 nov. 2019.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>, acesso em 26 nov. 2019.

- _____. Lei nº 4.632, de 18 de maio de 1965. Altera o art. 64 do Código de Processo Civil (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939). Diário Oficial da União, Brasília, 20 mai. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4632.htm>, acesso em 08 nov. 2019.
- _____. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 29 jun. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm>, acesso em 08 nov. 2019.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>, acesso em 20 nov. 2019.
- _____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial da União, Brasília, 05 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>, acesso em 08 nov. 2019.
- _____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>, acesso em 22 nov. 2019.
- _____. Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis nºs 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11033.htm>, acesso em 22 nov. 2019.
- _____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>, acesso em 22 nov. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial 706.331 Paraná. Eleonora Schutta e outros, Estado do Paraná. Redator do acórdão: Min. Humberto Gomes de Barros. Publicado no DJe em 31 mar. 2008.
- _____. _____. Jurisprudência em Teses nº 77: Alimentos II. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>, acesso em 09 dez. 2019
- _____. _____. Jurisprudência em Teses nº 129: Dos Honorários Advocatícios – II. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>, acesso em 09 dez. 2019
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 146.318 São Paulo. Estado de São Paulo e Manoel Pires de Campos. Redator do acórdão: Min. Carlos Velloso. Publicado no DJe em 04 abr. 1997.

- _____. _____. Recurso Extraordinário 564.132 Rio Grande do Sul. Estado do Rio Grande do Sul e Rogério Mansur Guedes. Redator do acórdão: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJe em 10 fev. 2015.
- _____. _____. Súmula Vinculante 47. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>>, acesso em 30 out. 2019.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Pleno do TST vai examinar constitucionalidade de dispositivo da Reforma Trabalhista sobre honorários. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/pleno-do-tst-vai-examinar-constitucionalidade-de-dispositivo-da-reforma-trabalhista-sobre-honorarios?inheritRedirect=false>, acesso em 03 dez. 2019.
- _____. _____. Recurso de Revista 3.920/1981. Banco do Comércio e Indústria de São Paulo e outras, e Bazileo Alves Margarido Filho. Redator do acórdão: Min. Coqueijo Costa. Publicado no DJU em 24 jun. 1983.
- _____. _____. Súmula 219. Publicado no DJU em 19 set. 1985. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/25636>>, acesso em 30 out. 2019.
- BUFULIN, Augusto Passamani; SOUSA, Diego Crevelin. Tutela dos direitos patrimoniais mediante tutela de evidência. In: REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL. V. 26. N. 102. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CAHALI, Yussef Said. Honorários Advocatícios. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- JOVEM PAN. Processos trabalhistas despencam após mudança na CLT. Disponível em: <<https://jovempan.com.br/programas/jornal-da-manha/processos-trabalhistas-despencam-apos-mudanca-na-clt-diz-levantamento.html>>, acesso em 20 jan. 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; SALLES, Tatiana. Honorários advocatícios. Evolução histórica, atualidades e perspectivas no projeto do novo CPC. In: RIO DE JANEIRO. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Revista Eletrônica de Direito Processual. V. 9. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/597/showToc>>, acesso em 27 set. 2019.
- PORTUGAL. Alvará do 1º de agosto de 1774. Ordenando a exacta observância das Leis de 25 de Junho de 1760 e de 9 de setembro de 1762 acerca de heranças. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4pa1063.htm>>, acesso em 17 nov. 2019.
- _____. Ordenações Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>, acesso em 17 nov. 2019.
- SANTOS FILHO, Orlando Venâncio. O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade. In: BRASIL. Senado Federal. Revista de Informação Legislativa.

v. 137, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496869>>, acesso em 23 out. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coords.), Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O CASO *BROWN v. BOARD EDUCATION*, MEDIDAS ESTRUTURANTES E O ATIVISMO JUDICIAL

Livia Mayer Totola Britto¹

Tatiana Mascarenhas Karninke²

Resumo: O presente artigo analisará o clássico caso *Brown v. Board Education*, um *leading case* ocorrido nos Estados Unidos, em idos de 1954, que é apontado como um dos precursores no desenvolvimento das decisões estruturantes e por via de consequência, das medidas e processos estruturantes, que culminaram num ativismo judicial.

Palavras-chave: Medidas Estruturantes; Decisões Estruturantes; Caso *Brown v. Board Education*; Suprema Corte dos Estados Unidos; Ativismo Judicial.

INTRODUÇÃO

No direito norte-americano, pode-se afirmar que a preocupação com as ações estruturais teve início com o caso *Brown v Board of Education*, por meio do qual Linda Brown, que era uma criança negra de pouca idade, era obrigada a atravessar toda a sua cidade à pé (Topeka, Kansas) para poder chegar à sua escola (pública), apesar de existirem outras escolas públicas muito mais próximas de sua residência, mas Brown não podia frequentá-las por uma única razão: essas escolas não aceitavam crianças negras.

Foi assim que diante da recusa das autoridades públicas em matriculá-la numa escola mais próxima, é que Brown ajuizou uma ação contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education of Topeka*).

A Suprema Corte norte-americana, por meio desse julgado, deu uma guinada na sua própria atividade constitucional de interpretar: restou mais do que claro que a interpretação constitucional fazia ingerência na vida das pessoas, saindo do espaço que até então se pensava que lhe era próprio: o espaço jurídico.

É que mais que tutelar o bem jurídico individual reclamado, a Corte determinou um conjunto de ações coordenadas, designadas de medidas estruturantes: em verdade, a emanção de uma decisão efetiva, que no caso em tela, fosse de fato admitida uma negra em uma escola pública que era para brancos, sem qualquer possibilidade de segregação.

¹ Mestranda em Direito Processual do curso de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral. Email: liviatbritto@gmail.com.

² Mestranda em Direito Processual do curso de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada e Professora. Email: tatiana.karninke@gmail.com.

O esforço para que a decisão fosse concretizada foi fenomenal: outras medidas tiveram que ser adotadas, tais como a eleição de novos critérios de escolha de novos professores, de novos critérios para a construção de escolas e até mesmo do transporte público.

Assim, analisa-se o *leading case*, identificando os impactos sobre a judicatura nos Estados Unidos da América, que acabou por autorizar a adoção de medidas estruturantes, mas por outro lado, acarretou em ativismo judicial exasperado.

A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS DOS NEGROS: A CRIAÇÃO DA DOCTRINA “SEPARATE BUT EQUAL” PELA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE

Dred Scott V. Sanford (1857)

Dred Scott era um escravo da família de Sandford. “Trabalhava” nas propriedades onde era permitido o sistema escravocrata. Só que no decorrer do tempo, também chegou a trabalhar em locais nas quais havia uma lei, conhecida como *Missouri Compromise*³, datada de 1820, que vedava a escravidão. Seu proprietário o levou a trabalhar em terras no norte dos Estados Unidos, onde a escravidão não mais existia.

Assim, Dred Scott foi imbuído de certo sentimento de liberdade, entendendo que pelo fato de ter trabalhado em locais nos quais não era permitida a escravidão, passou a ter direito, tanto ele quanto sua família, de não mais serem escravos, de serem “homens” livres. Por entender dessa maneira, ajuizou duas ações, sendo a primeira ação ajuizada em 1847 contra Emerson e a segunda ação em 1853, propriamente contra Sandford. Esta segunda ação tramitava junto à Corte Federal e pugnava pela declaração de sua liberdade, objetivando-se que fosse declarado cidadão livre.

Dred Scott e sua família chegaram a ter uma decisão favorável junto à Corte de Missouri; contudo, esta decisão foi cassada pela Corte Estadual. Justamente por conta da reforma, foi interposto recurso para a Suprema Corte dos Estados Unidos. Sobre o caso, Roberta Fragoso Menezes Kaufmann relata que:

Nascido na Virgínia, 1799, Dred Scott era um escravo negro de St. Louis, Missouri, que havia sido levado pelo dono para Illinois e, de lá, para Wisconsin. Em tais lugares, a escravidão era proibida. O dono de Dred morreu em 1843, mas o escravo continuou trabalhando para a esposa do dono, a senhora Emerson. Em 1846, ao retornarem ao estado de origem, Missouri, onde era permitida a escravidão, Scott ingressou com uma ação judicial pleiteando que lhe fosse reconhecida a liberdade, já que residira em solo livre, baseando-se, para tanto, na determinação que previa: *once free, always free* – uma vez livre, sempre livre. O caso foi julgado pela primeira vez em 1847, mas, por o convencimento do juiz ter sido baseado em um testemunho indireto sobre os fatos, a decisão foi anulada e deu ensejo a um

³ Pela lei “Missouri Compromise”, a partir de uma determinada latitude nos Estados Unidos, o sistema escravocrata era proibido. De certa forma, referida lei nada mais nada menos refletiu a diferença entre a colonização ocorrida no Norte e no Sul dos Estados Unidos da América.

novo julgamento, ocorrido em 1850, desta feita garantindo a liberdade ao escravo. [...] Esse lapso temporal entre o primeiro e o segundo julgamento foi determinante para o desenrolar da causa. Durante os três anos em que não ficara decidido se Dred era ou não um homem livre, os salários que obteve dos serviços prestados a terceiros ficaram sob depósito judicial. Nesse meio tempo, a senhora Emerson se casou novamente e se mudou para a região conhecida como Nova Inglaterra, transferindo ao irmão John Stanford a gestão dos negócios. Este, então, objetivando a propriedade dos valores guardados, apelou à Corte estadual, visando a reverter a decisão de primeiro grau em que concedera liberdade ao escravo. A Corte Estadual concedeu-lhe o ganho de causa. Desta decisão, recorreu Dred Scott à Suprema Corte. Stanford contra-argumentou, afirmando que o escravo não era cidadão, e que, portanto, não teria o direito de interpor recursos no âmbito federal (KAUFMANN, 2007, p. 131).

Como já era esperado, tendo em vista a composição da Suprema Corte Norte Americana, os *Justices* negaram o recurso interposto por Dred Scott, sob o fundamento de que ele não poderia ser considerado um cidadão e, desta forma, não teria direito ao acesso à Justiça, em especial, o de recorrer à Suprema Corte.

Plessy v. Ferguson (1896)

Na época do caso *Plessy v. Ferguson*, vigia uma lei (*Louisiana's Separate Car Act*) que determinava que todas as companhias ferroviárias que efetuassem o transporte de passageiros, deveriam providenciar acomodações iguais para brancos e negros. As acomodações deveriam ser iguais, mas os espaços diferentes por conta da cor da pele.

O presente caso refere-se a um dos mais polêmicos já decididos pela Suprema Corte: o jovem negro⁴ de 20 (vinte) anos, Homer Plessy, desejava viajar num dos vagões de trem, administrados pela Ferguson, destinados a pessoas brancas. Nada mais, nada menos queria Plessy desafiar a constitucionalidade da lei de Louisiana que determinava a separação dos vagões de acordo com a cor da pele.

Antes de ajuizar qualquer ação, Plessy, desafiando o teor da lei, ingressou no vagão destinado somente a pessoas brancas⁵, sabendo que a penalidade pela conduta ilícita seria a de pagar U\$\$ 25 ou permanecer 20 dias preso.

Como havia fiscalização, Homer Plessy foi descoberto, sendo-lhe conferida a "oportunidade" de se dirigir ao vagão de pessoas de cor negra, o que foi negado por Plessy, que veio, então, a ser preso.

Plessy admitiu então ser negro e ao enfrentar uma lei discriminatória, acabou por fazer com que a Suprema Corte julgasse seu caso, julgamento este que restou notório: a lei acabou sendo reconhecida como constitucional no caso *Plessy v. Ferguson*, enraizando a doutrina do

⁴ Segundo autores, Homer Plessy era 7/8 (sete oitavos) branco e 1/8 (um oitavo) negro, mas era visível que possuía descendência negra.

⁵ Havia somente exceção conferida às babás negras de crianças brancas, a quem era permitido viajar nos vagões destinados a pessoas brancas.

"*separate but equal*", separados mas iguais, entendimento que perdurou por 58 (cinquenta e oito) anos, açambarcando outros setores da sociedade, como as escolas públicas.

O CASO BROWN v. BOARD OF EDUCATION

Como gizado, Linda Brown era uma criança negra de pouca idade, que era obrigada a atravessar toda a sua cidade a pé (Topeka, Kansas) para poder chegar à sua escola (pública), muito embora existissem outras escolas públicas muito mais próximas de sua residência, mas Brown não podia frequentá-las por uma única razão: essas escolas não aceitavam crianças negras.

Foi assim que diante da recusa das autoridades públicas em matriculá-la numa escola mais próxima, é que Brown ajuizou uma ação contra o Conselho de Educação Estadual (*Board of Education of Topeka*), com o objetivo de poder estudar mais perto de sua casa.

Passados aproximadamente 100 (cem) anos do julgamento de *Dred Scott v. Sandford* e pouco mais de 50 (cinquenta) anos de *Plessy v. Ferguson*, a Suprema Corte deparou-se com um dos seus casos mais importantes, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), afirmando o direito dos negros de frequentar as mesmas escolas que os brancos, numa interpretação da Décima Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, que possui o seguinte conteúdo:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei.

A guinada no entendimento da Suprema Corte deu-se em função da própria modificação cultural da sociedade norte-americana, que já se encontrava predisposta para um novo contexto social étnico, possuindo o ambiente político a seu favor (APPIO, 2009, p. 45), jogou uma pá de terra sobre a doutrina do *separate but equal* no famoso caso *Brown v. Board of Education*.

Em virtude da política racial e deletéria de alguns Estados do Sul, os negros migraram para os Estados do Norte, em busca de maior tolerância racial, o que teve como produto o fortalecimento da política para os negros, assim como no incremento de seu empoderamento, chegando-se inclusive a criarem a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), que iniciou uma série de movimentos para demonstrar a discriminação racial nas escolas para que elas fossem "iguais em igualdade".

A migração dos negros para os centros urbanos teve uma importância fundamental para o sucesso do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* construiu. Roberta Fragoso Menezes Kaufmann analisa o contexto histórico em que se deu o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*:

Como visto, inúmeras foram as manifestações favoráveis ao fim da segregação institucionalizada. Milhares de pessoas foram mortas, feridas e presas, com o objetivo de ao menos colocar em prática o princípio da igualdade formal no sentido de que todos são iguais perante a lei. As diversas organizações criadas em prol dos negros combatiam ferozmente a hemenêutica de que seria possível conjugar o princípio da igualdade com a separação institucional, conforme já havia sido decidido pela Corte Maior no caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896. Finalmente, em 1954, a partir do caso *Brown v. Board of Education – 347 U.S 483* – houve a reviravolta no entendimento dantes esposado (KAUFMANN, 2007, P. 151-158).

Entre 1951 e 1952, cinco casos envolvendo a matéria foram distribuídos à Suprema Corte, sendo um deles *Brown v. Board of Education*, mas os *Justices* perceberam, ao procederem à análise dos casos, que “três deles poderiam não ter uma efetividade desejada, pois oriundos de localidades nas quais o racismo era mais acentuado” (JOBIM, 2017, p. 574), preferindo que se julgasse o caso *Brown*, entendendo que era o único que teria a possibilidade e o condão de fazer a diferença na concretização da decisão proferida pela Suprema Corte.

O que deve ser registrado é que a Suprema Corte ao cortar pela raiz o mal da segregação racial, entendeu que a decisão deveria ser efetiva, lançando mão de outros vetores para que realmente ocorresse a sua efetividade no plano ontológico. Essa foi a matriz para a origem das medidas estruturantes.

Medidas estruturantes adotadas no Caso Brown

A concretização do julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* não era objetivo fácil a ser alcançado, uma vez que, se de certa forma existia uma sociedade mais preparada do que aquela do julgamento de *Scott v. Stanford*, certo é que não era tarefa fácil eliminar uma tradição mais que centenária numa sociedade cujo sistema escravocrata e segregatório estava enraizado.

A Suprema Corte Estadunidense apontou algumas dificuldades para a efetivação da decisão proferida, sendo a principal, a de como se conferir condições de possibilidade de uma afro-descendente frequentar uma escola para brancos sem que seja discriminada, uma vez que havia dúvida do mero cumprimento da decisão por ela mesma.

As relações sociais, políticas, econômicas e afetivas não mudam pessoas pelo simples fato de existir uma decisão judicial que direcione para tal lado (é muito difícil a norma por si só mudar toda uma cultura), tanto que outro marco existente no Poder Judiciário estadunidense dos direitos dos negros é o julgamento do caso cujo nascedouro se deu num boicote aos ônibus de Montgomery, o qual somente ocorreu pela inconformidade de uma negra, Rosa Louise McCauley Parks, ou, como ficou mundialmente conhecida, Rosa Parks, ao não ceder seu lugar para um branco em um ônibus. Mesmo depois do julgamento do caso *Brown*, em 1º de dezembro de 1955, Rosa Parks foi presa, o que gerou um dos mais longos boicotes da história dos Estados Unidos, saindo a comunidade negra vitoriosa nas Cortes de Justiça e ascendendo como líder do movimento negro Martin Luther King Jr.

Aliás, muitas vezes, a imposição de uma decisão judicial acaba, por si só, trazendo prejuízos ao plano social, por não estar o cidadão ainda preparado para o cumprimento daquele determinado comando decisional.

Tal constatação pode ser observada com a própria história do julgamento do caso *Brown*, no qual a Suprema Corte escolheu um dos cinco casos que lá foram demandados, tendo em vista que em três deles as condições de efetivação seriam mais difíceis do que nos outros dois. Então, não é somente função da Corte Superior decidir aquele determinado caso daquela forma, mas sim, decidir de um modo pelo qual essa decisão, no plano concreto, tenha reais e efetivas condições de ser exercida.

Segundo Owen Fiss (ARENHART e JOBIM, 2017, p. 25), foi numa manhã de sol em 1954 que a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou pública a decisão tomada no caso *Brown v. Board of Education*, que acabou com a doutrina do sistema de segregação racial conhecido como *separate but equal*, o qual já percorria dois séculos da história do país, sendo que, naquele julgamento, uma nova forma de *adjudication*, a qual denominou de *structural reform* ou medidas estruturantes.

A quebra com o passado no caso *Brown* foi tão grande que a Suprema Corte dos Estados Unidos, no corpo da *opinion*⁶ do caso, consignou que o Tribunal novamente se reuniria para ver a real evolução do que foi decidido, como efetivamente ocorreu: em 1955, a Suprema Corte se reuniu, para reargumentar o caso, que ficou conhecido como *Brown v. Board of Education II*, para analisar as resistências oferecidas quanto à implementação do que foi decidido, em especial às oferecidas no Sul do país.

Conclui-se, assim, que o momento cultural da sociedade é um importante marco referencial para que Cortes Superiores possam julgar melhor, em que pese o fato de que estas não podem somente acompanhar o que ocorre na sociedade, sob pena de virarem reféns dela. Existem momentos nos quais o Poder Judiciário deverá julgar contra o que ela anseia, ou parcela dela, e, como foi demonstrado, a efetividade do que foi decidido não se dará por si só, devendo o órgão jurisdicional ditar as formas pelas quais aquela decisão será efetiva, pois imbuído de poderes para tanto.

⁶ Trecho da *opinion* de *Brown v. Board of Education*: "Because these are class actions, because of the wide applicability of this decision, and because of the great variety of local conditions, the formulation of decrees in these cases presents problems of considerable complexity. On reargument, the consideration of appropriate relief was necessarily subordinated to the primary question - the constitutionality of segregation in public education. We have now announced that such segregation is a denial of the equal protection of the laws. In order that we may have the full assistance of the parties in formulating decrees, the cases will be restored to the docket, and the parties are requested to present further argument on Questions 4 and 5 previously propounded by the Court for the reargument this Term. The Attorney General of the United States is again invited to participate. The Attorneys General of the states requiring or permitting segregation in public education will also be permitted to appear as *amici curiae* upon request to do so by September 15, 1954, and submission of briefs by October 1, 1954". Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html#347_US_483n14#347_US_483n14>. Acesso em: 20 jan. 2020.

AS MEDIDAS ESTRUTURANTES E ATIVISMO JUDICIAL

De medidas estruturantes a possuir o Poder Judiciário carta branca para atuar em qualquer área de competência que não seja a sua existem óbices, que não podem ser superados.

Do princípio da separação dos poderes

Eduardo José da Fonseca Costa preleciona que:

Sob o ponto de vista puramente jurídico, existem duas funções essenciais do Estado:

- 1) a *edição* do direito;
- 2) a *aplicação* do direito.

[...];

Assim, *grosso modo*: a) "legislação" é a edição do direito; b) *jurisdição* é a aplicação do direito por um terceiro à relação jurídica discutida, o qual se revista de garantias de imparcialidade, cujas decisões *não* possam ter seu mérito externamente revisado; c) *administração* é a aplicação do direito pela própria parte da relação jurídica discutida, por terceiro revestido ou não de garantias de imparcialidade, cujas decisões possam ter seu mérito revisado.

O Poder Legislativo exerce com preponderância a função "legislativa", embora também administre (licitando pr [sic] exemplo) e julique (julgando politicamente o Presidente da República, através do Senado Federal, por crime de responsabilidade, por exemplo); o Judiciário desempenha preponderantemente a função administrativa, se bem que também possa – em tese – judicar (todavia, essa hipótese não se verifica no sistema do direito positivo brasileiro vigente atual) e "legislar" (editando regulamentos autônomos, por exemplo). Como se percebe, "[...] não existe, nem pode existir a absoluta separação entre os 'poderes' a que correspondem as três funções e, menos ainda, a independência exata delas (COSTA, 2019, p. 17-19).

Tendo a premissa anterior em mente, embora o Poder seja único, existe uma espécie de segregação de poder, a fim de possibilitar o exercício da atividade executiva, legislativa e jurisdicional: é o que consta da redação do 2^o da Constituição da República.

Pelo princípio da separação dos poderes, cada qual detém uma função principal. Ao Poder Legislativo, compete-lhe precipuamente formular leis; ao Poder Executivo, governar o Estado e ao Poder Judiciário, cabe exercer a jurisdição, ou seja, resolver a demanda judicial que lhe foi levada, por não ter havido composição entre as partes, surgindo o conflito de interesses, incumbindo ao Estado Juiz dirimir a questão.

Os dois primeiros Poderes são integrados por pessoas eleitas pelo voto do povo e caberiam a eles decisões precipuamente políticas, já o terceiro poder é composto por juízes não eleitos, cabendo-lhe, a função técnica de julgar. Para resguardar o Poder Judiciário de

⁷ CF/1988: Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

“pressões externas”, as Constituições geralmente asseguram garantias institucionais, como a vitaliciedade dos cargos, a irredutibilidade da remuneração.

Não é diferente com o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro.

A separação dos poderes é pressuposto para aniquilar o ativismo judicial.

Conceito de ativismo judicial

Ativismo é palavra polissêmica, que admite vários conceitos, em diferentes tempos e diferentes espaços. Georges Abboud, após fixar vários conceitos teóricos e doutrinários, define o ativismo como a decisão dos juízes descomprometidas com a legalidade vigente - entendida aqui de forma ampla (Constituição Federal e leis) - a fim de que prevaleça sua subjetividade, que sem sombra de dúvidas, dotada de vieses cognitivos (ideológico, político, religioso etc). Tal protagonismo “caracteriza atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, especialmente ao Legislativo, uma vez que a decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição” (ABBOUD, 2019, p. 1323).

Por meio do ativismo judicial, exercido de forma cada vez mais incipiente pelo Supremo Tribunal Federal, a legalidade não passa mais a ser critério decisório, suplantado, pois por um critério voluntarista e como tal viola o primado do devido processo legal, do garantismo processual.

Garantismo: esse outro tão em voga desconhecido

Tendo em vista que a discricionariedade e voluntariedade são aspectos cruciais do ativismo, é necessário que se retome o garantismo, *esse outro* tão em voga desconhecido. No confronto entre ativismo e garantismo, os institutos da *jurisdição* e *processo possuem, dependendo da perspectiva, peso e importância diferentes (no ativismo, a jurisdição é mais prestigiada; já no garantismo, o processo, aqui entendido como o devido processo legal):*

O *garantismo processual* é uma posição doutrinária firme (=aferrada) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adéqüe com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (=grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais (ALVARADO VELLOSO, 2012, p. 26).

Permite-se aqui utilizar a expressão *esse outro tão em voga* desconhecido porque se enfrenta no Brasil, um ataque ao garantismo, que nada mais é do que senão o conjunto das garantias constitucionais (devido processo legal e seus corolários, como ampla defesa, contraditório, imparcialidade, inafastabilidade do controle jurisdicional, entre outros).

Está se em tempo de reafirmar o óbvio: o garantismo é, senão em *ultima ratio*, legitimador da jurisdição. E bem postas as coisas, não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal ao se imiscuir em atividade que não lhe é própria está afetando e desequilibrando o funcionamento não só do sistema, mas da própria democracia; afinal, comprometido está o devido processo legal.

Uma coisa seria dizer que o Congresso Nacional está em mora; outra coisa bem diferente é se substituir a vontade do povo e editar a lei. O ativismo tem limite e esse limite é o garantismo.

CONCLUSÃO

Pela análise dos julgados da Suprema Corte norte americana, identificou-se que o berço das medidas estruturantes foi o célebre caso *Brown v. Board Education of Topeka*, julgado em 1954. Foi um passo muito importante para a época, pois além de acabar com a segregação racial, entendeu-se finalmente que se devia dar efetividade à própria decisão judicial.

A Suprema Corte norte-americana, por meio desse julgado, deu uma guinada na sua própria atividade constitucional de interpretar: restou mais do que claro que a interpretação constitucional fazia ingerência na vida das pessoas, saindo do espaço que até então se pensava que lhe era próprio: o espaço jurídico.

É que mais que tutelar o bem jurídico individual reclamado, a Corte determinou um conjunto de ações coordenadas, designadas de medidas estruturantes: em verdade, a emanção de uma decisão efetiva, que no caso em tela, fosse de fato admitida uma negra em uma escola pública que era para brancos, sem qualquer possibilidade de segregação.

O esforço para que a decisão fosse concretizada foi fenomenal: outras medidas tiveram que ser adotadas, tais como a eleição de novos critérios de escolha de novos professores, de novos critérios para a construção de escolas e até mesmo do transporte público.

Todavia, por mais que elogiável a postura necessária à época, há que se ter em mente que o Poder Judiciário, sob a roupagem do processo estruturante ou processo estrutural ou das medidas estruturais ou ainda das injunções estruturais não possui carta branca para invadir a área de competência dos demais Poderes, sob pena de não legitimação democrática.

Por exemplo, no ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal completou 128 (cento e vinte e oito) anos de existência. Em sua **vida**, passou por governos democráticos e arbitrários, acumulando seis constituições (ou sete, se contar a emenda constitucional de 1969).

Embora caiba a ele a guarda da Constituição, já processou e julgou milhares de demandas, das mais variadas matérias e dos mais variados assuntos e atualmente se encontra no centro da arena política da República, inclusive, tendo as suas sessões de julgamento televisionadas ao vivo. Em tempo real, são disseminadas nas redes sociais críticas sobre a postura de cada um dos onze ministros.

Por conta desse público massivo, passou a se render cada vez mais à opinião pública.

Mas, o movimento do STF de passagem da autocontenção para o ativismo manifesto e claro teve seu início já na década de 1990, ficando a transformação declarada num julgamento de habeas corpus em 2003. A partir daí, foi cada vez mais protagonizando a história social e atraindo para si a responsabilidade de resolver o que o Legislativo ou o Executivo não resolvia.

Decerto que não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Ingeborg Maus, jurista alemã, desde os anos 2000, dedicou estudo⁸ sobre a hipertrofia/protagonismo do Judiciário na Alemanha, demonstrando que após se ultrapassar a fase da limitação do juiz como “boca da lei”, estando ele limitado aos princípios liberais de vinculação às leis gerais e abstratas, passou-se a compreender um papel mais *ativo* na aplicação do direito, significando a independência judicial como uma independência funcional frente aos demais poderes, desvinculando-se da autoridade das leis e da Constituição. Nessa toada, o Tribunal Federal Constitucional Alemão, além de ampliar as suas funções por iniciativa própria, passou a se considerar competente até para conferir a interpretação à Constituição que lhe parecesse mais adequada.

E isso tem ocorrido no Supremo Tribunal Federal: mais do que *guardar* ou resguardar a Constituição, tomou para si as rédeas de exercer uma jurisdição ultrapassa a própria Constituição. Ele agora é a boca da Constituição. Não há dúvidas de que esse protagonismo em muito compromete a democracia, pois quais são os critérios objetivos de racionalização das decisões se estes critérios são voluntaristas e não possuem respaldo constitucional? O que fazer?

Não há dúvidas de que para se resguardar o Estado Democrático de Direito e a própria democracia, é necessário que essa atividade seja obstada, enfrentada, sejam criados meios para o *accountability*.

E por mais que se pense em soluções das mais variadas, uma espanca de vez qualquer dúvida: por que não se utilizar o garantismo processual, a obediência ao devido processo legal?

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 3^a ed., rev, atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. O garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 13-37, jul./set. 2012.
- APPIO, Eduardo. Direito das minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no processo civil brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2013, ano 38, v. 225.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. Processos Estruturais. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BRANDÃO, Rodrigo [Org.]. Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁸ O texto da professora tem um título sugestivo: “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”.

- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério. Proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Juspodvim, 2018.
- COTTROL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution. Kansas: University Press of Kansas, 2003.
- JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.
- McNEESE, Tim. Dred Scott v. Sandford. New York: Chelsea House, 2007.
- McNEESE, Tim. Plessy v. Ferguson: separate but equal. New York: Chelsea House Publishers, 2007.
- PEGINI, Adriana Regina Barcellos; FERREIRA, Daniel Brantes; SOUSA, Diego Crevelin de; MALAFAIA, Evie Nogueira e; RAMOS, Glauco Gumerato; DELFINO, Lúcio; PEREIRA, Mateus Costa e GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Processo e Liberdade. Estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa. Londrina: Touth, 2019.
- SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- VIOLIN, Jordão. Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: Juspodvim, 2013.

O USO DE INVENTÁRIOS *POST MORTEM* E TESTAMENTOS NAS PESQUISAS HISTÓRICAS SOBRE FAMÍLIAS ESCRAVAS: O CASO DE ITAPEMIRIM-ES

Laryssa da Silva Machado^{1*}

Resumo: Nas últimas décadas do século XX, a historiografia brasileira passou a utilizar fontes variadas que por muito tempo foram renegadas. Entre esses documentos estão os documentos cartoriais: inventários *post mortem* e testamentos. Essa documentação fez com que personagens renegados, como crianças, mulheres e escravos, tivessem suas histórias reveladas. Além disso, no campo da História Social, o uso dessa documentação é uma saída para as pesquisas demográficas, uma vez que há uma carência de fontes oficiais. Esse trabalho pretende abordar a importância dessa documentação e apresentar os inventários e testamentos encontrados em Itapemirim, região sul do Espírito Santo no século XIX, região que se destacou na historiografia capixaba por suas fazendas açucareiras e cafeeiras no Oitocentos.

Palavras-chave: História do Espírito Santo; Inventários e testamentos; Escravidão no Espírito Santo.

SOBRE A IMPORTÂNCIA DOS DOCUMENTOS CARTORIAIS: INVENTÁRIOS *POST-MORTEM* E TESTAMENTOS

Dentre os documentos inseridos nos estudos de História Social estão os Inventários *post-mortem* e os Testamentos. Em trabalhos que se dispõem a estudar famílias, como esta dissertação, o uso destas fontes é bastante oportuno e precioso. São documentos seriados, todavia, diversificados. Cada inventário e testamento são únicos e apresentam variada gama da população.² "Trazem-nos informações quantitativas e qualitativas – de ordem social, cultural, econômica, administrativa e política – sobre os indivíduos no período colonial e imperial do Brasil."³

¹ Mestre em História pelo Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas da Universidade Federal do Espírito Santo. (Email: assyrall@gmail.com)

² MAGALHÃES, Beatriz Ricardina. Inventários e Sequestros: Fontes para a História Social. In: *Revista do Departamento de História*. 9, 1989, p.31. Disponível em (https://static1.squarespace.com/static/561937b1e4b0ae8c3b97a702/t/572771593c44d8676a059f47/1462202714544/3_Magalhaes%2C+Beatriz+Ricardina+de.pdf). Acesso em 21 de julho de 2018.

³ MIRANDA, Ana Caroline C. As últimas vontades: considerações sobre o testamento de Maria Machado Pereira, preta forra - Vila de Pitangui (1777). *Fontes*, São Paulo, n. 4, 2016/1, p. 72. Disponível em: <http://www.revistadefontes.unifesp.br/wp-content/uploads/2017/04/fontes04de71a78.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2018.

Inicialmente esses documentos apareceram em estudos franceses sobre a História da Morte, mas alastraram-se para outros países e passaram a ser utilizados em pesquisas portuguesas⁴ sobre o mesmo assunto. No Brasil, além das pesquisas sobre a História da Morte, inventários e testamentos são usados em pesquisas no campo da História Social, já que esses documentos permitem ao historiador reconstruir parte da identidade do sujeito, pois descrevem “a composição das casas de morada, o vestuário, os padrões de estado civil, o número de filhos, os agregados, as relações creditícias em que estes se envolveram, a religiosidade, o compadrio, a composição de riqueza.”⁵ É como se o pesquisador voltasse no tempo e adentrasse na vida dos sujeitos cujos bens estão descritos nos documentos.

Tem-se, pois, uma gama variadíssima da população (sobretudo das camadas médias) que vai dos artesãos aos profissionais liberais, de funcionários públicos a alguns poucos religiosos. Os relatos são minuciosos. E como se tivéssemos em mãos uma câmera indiscreta vasculhando os meandros da casa, o vestuário, o mobiliário, o vasilhame, a despensa, o quintal, o sítio, as datas de minerar e sobretudo a mão-de-obra.⁶

Testamentos são produzidos antes da morte, onde se registra a última vontade do testador, atestada e testemunhada. O testador precisa estar dotado de suas faculdades mentais. Além dos testadores, compõem um testamento a testamentária, que é a execução do testamento, testamentário, que é a coisa do testamento, e o testamenteiro, que é a pessoa encarregada de executar a vontade do testador. Devia ser escrito na presença de um tabelião e acompanhado de cinco testemunhas.⁷

Já o inventário é feito após a morte, por isso chamado de *post-mortem*. Por meio desse documento, os bens do morto são arrolados para serem partilhados pelos herdeiros. Geralmente era composto pelas seguintes partes: termo de abertura, que informavam dados do local, a data, o juiz responsável e a data do óbito; a transcrição do testamento, quando havia; designação de tutor, quando existiam herdeiros menores, e o cônjuge sobrevivente fosse mulher; inventariação e avaliação de bens por avaliadores designados; e partilha.⁸ Sendo assim, um inventário foi e ainda é “documento exigido pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, no qual se relacionam todos os bens de um indivíduo por ocasião de seu falecimento para, assim, formalizar a partilha entre seus herdeiros e sucessores.”⁹

⁴ SILVA, Aryanne Faustina da. O uso dos testamentos como fontes para a produção do conhecimento histórico. In.: *Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio: Saberes e práticas científicas*, 2014, p. 1-10 Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1400163550_ARQUIVO_TextoCompleto-AryanneFaustinadaSilva.pdf. Acesso em 21 de julho de 2018, p. 2-3.

⁵ MIRANDA, 2016, p.72.

⁶ MAGALHÃES, 1989, p.31-32.

⁷ FURTADO, 2011, p. 93-95.

⁸ FURTADO, 2011, p. 102, 105.

⁹ TEIXEIRA, Adriano Braga. Inventários post-mortem: possibilidades de pesquisa a partir de uma fonte plural. In.: *Mal Estar e Sociedade*. Ano V, n. 8. Barbacena: jan/jun. 2012, p. 64. Disponível em: <http://revista.uemg.br/index.php/malestar/article/view/187/189>. Acesso em 21 de julho de 2018.

Historicamente, testamentos são produzidos desde a Antiguidade. Porém, a Igreja Católica influenciou de forma expressiva essa documentação ao ensinar seus fiéis sobre a boa morte. Testamentos passaram a ter estrutura mais complexa, contendo como partes importantes as disposições espirituais, ou o bem da alma e o arrolamento dos bens materiais ou herança. Também tinha a função de organizar a vida social da família após a morte do testador.¹⁰ “Até o século XIX, a Igreja considerou-se guardiã dos testamentos, em vista disso, muitos deles foram trasladados no livro de registro de óbitos. A documentação eclesiástica manteve-se nos arquivos das diversas Cúrias do Brasil.”¹¹

Na perspectiva de estudos, podem-se realizar pesquisas com esses documentos em diversas áreas sejam de: mentalidades, comportamentos, mortes, doutrina, religiosidade, crenças e devoções, dentre outros assuntos. Outro campo em que inventários e testamentos são muito utilizados é o demográfico, uma vez que preenchem lacunas deixadas pelos documentos eclesiásticos.¹² Também são fontes riquíssimas para estudos sobre famílias patriarcais, família colonial, estratégias familiares, bem como em outras pesquisas, já que “oferecem, entre outras, informações sobre filhos legítimos e ilegítimos, pais, órfãos, parentes e outros antepassados, [...] podem revelar informações sobre a dinâmica da vida familiar nos anos pregressos a morte.”¹³

Eduardo Paiva¹⁴ salienta que testamentos são relatos individuais e expressam o modo de viver coletivos além de informar sobre comportamentos, grupos sociais e até mesmo de uma sociedade, os elementos definidores da esfera mental e também são fontes de estudos da cultura material, pois descrevem mobiliário, louça, utensílios, objetos de prata e ouro, oratórios e imagens, ferramentas de trabalho,¹⁵ e, assim, pode-se identificar a economia da região.

Cláudia Rodrigues, em trabalho sobre usos de testamento, observou que tais documentos são fontes excelentes, pois as análises possíveis vão além das questões jurídicas e dos aspectos sociais e econômicos. Ela alerta que nas últimas vontades declaradas instituições como a Igreja, o clero e as associações religiosas recebiam bens, doações e esmolas, que por muito tempo sustentou as mesmas. Além disso, tanto a prática de testar como o conteúdo do documento é passível de estudos, dada a riqueza documental.¹⁶ O medo da morte e a

¹⁰ DURÃES, Margarida. Os Testamentos e a História da Família. *CONFERÊNCIA APRESENTADA NO ÂMBITO DO MESTRADO DE DEMOGRAFIA*, Campinas, Instituto de Filosofia de Ciências Humanas na Universidade Federal de Campinas, 2004, p. 1-6.

¹¹ ARAÚJO, Maria Lucília V. Contribuição metodológica para a pesquisa historiográfica com os testamentos. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao06/materia01/texto01.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2018.

¹² DURÃES, 2004, p. 6-7.

¹³ FURTADO, 2011, p. 112.

¹⁴ PAIVA, Eduardo França. *Escravos e libertos nas Minas Gerais do Século XVIII: estratégias de resistência através dos testamentos*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte PPGH-UFGM, 2009, p. 43.

¹⁵ PAIVA, Eduardo França. *Escravos e libertos nas Minas Gerais do Século XVIII: estratégias de resistência através dos testamentos*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte PPGH-UFGM, 2009, p. 43, 113.

¹⁶ RODRIGUES, Cláudia. O uso de testamentos nas pesquisas sobre atitudes diante da morte em sociedades católicas de Antigo Regime. In.: GUEDES, Roberto; RODRIGUES, Cláudia; WANDERLEY, Marcelo da Rocha. *Últimas Vontades: testamento, sociedade e cultura na América Ibérica (séculos XVII e XVIII)*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2015, p. 17-18.

precaução com o que ocorria após ela é outro ponto passível de estudo que permeia os testamentos. São documentos que trazem relatos pessoais, portanto, revelam costumes e a maneira como as pessoas viviam e se sentiam no passado.¹⁷

Também podiam acontecer testamentos conjuntos, como o caso de Martim Afonso de Sousa e Dona Ana Pimentel, sua esposa. Ele, navegador português citado por Camões, foi o primeiro capitão donatário brasileiro e viveu entre Portugal, Brasil e Índia. Como eram meeiros de seus bens redigiram o documento juntos, mas fizeram ressalvas pessoais. Os desejos do casal diziam respeito aos ritos fúnebres, destino dos principais bens, incluindo casa e escravos, e direitos à sucessão, ou seja, à geração ou família.¹⁸

Dentro da temática da escravidão esses documentos ajudam a reconstruir padrões de vida dos escravizados, buscando as especificidades da vida de cativos e libertos.¹⁹ Além disso, era comum nos testamentos pessoas alforriarem escravos como ato de benevolência e demonstração de gratidão. A alforria dos cativos acabava conduzindo-os a um estado híbrido que confundia o mundo da servidão e da liberdade. Alguns senhores concediam a liberdade, mas obrigavam os cativos a trabalharem por determinado período.²⁰ De maneira geral a alforria ocorria nos momentos de morte representava um misto de sentimentos. Quanto aos inventários, o documento revela o “plantel escravista” do falecido, nomeando-o, listando-o e avaliando-o entre seus bens. É possível acompanhar as transformações e dinâmicas da sociedade escravista.²¹

O USO DE FONTES CARTORIAIS NA HISTORIOGRAFIA SOBRE ESCRAVIDÃO CAPIXABA

Desde que o uso de novas fontes passou a ser utilizado na historiografia, trabalhos inovadores, principalmente na temática da família escrava, passaram a ser produzidos. Destaque para a obra de Robert Slenes²² *“Na Senzala uma Flor”* e Manolo Florentino e José Roberto Góes²³ *“A Paz nas Senzalas”*. Com isso, outras pesquisas. Os trabalhos de Slenes e Florentino e

¹⁷ PAIVA, Eduardo França “Usos e Costumes da terra”: o viver e o sentir nos relatos testamentais e nos inventários *post-mortem* das Minas Gerais setecentistas. In.: GUEDES, Roberto; RODRIGUES, Claudia; WANDERLEY, Marcelo da Rocha. *Últimas Vontades: testamento, sociedade e cultura na América Ibérica* (séculos XVII e XVIII). Rio de Janeiro: Mauad X, 2015. p.75-106.

¹⁸ FURTADO, Júnia F. (org.) *O Testamento de Martim Afonso Pimentel e de Dona Ana Pimentel no Acervo do Setor de Obras Raras da UFMG*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2015, p. 129-131.

¹⁹ SILVA, 2014, p. 6

²⁰ MATHIAS, Carlos Leonardo Kelmer; FIORAVANTE, Fernanda. A Liberdade Condicionada: senhores, escravos e suas orientações valorativas no contínuo reinventar da escravidão e da liberdade nas terras do ouro no decurso do Setecentos. In.: GUEDES, Roberto; RODRIGUES, Claudia; WANDERLEY, Marcelo Rocha. *Últimas Vontades: testamento, sociedade e cultura na América Ibérica* (séculos XVII e XVIII). Rio de Janeiro: Mauad X, 2015, p. 151-183.

²¹ FURTADO, 2011, p. 111-112.

²² SLENES, Robert W. *Na senzala, uma flor: esperanças e recordações na formação da família escrava: Brasil Sudeste, século XIX*. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2011.

²³ FLORENTINO, Manolo; GÓES, José Roberto. *A paz nas senzalas: famílias escravas e tráfico atlântico, Rio de Janeiro c. 1790-c. 1850*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

Góes abriram caminho para que outros estudos semelhantes fossem desenvolvidos em vários lugares do Brasil. Desde então se consolidou a compreensão de família escrava existente em inúmeros lugares do país, tanto em economias agroexportadoras, como em regiões que produziam para o abastecimento interno.

Decerto, os inventários e testamentos não seriam as fontes mais adequadas para a realização desse tipo de estudo. Florentino e Góes afirmam que “é um exercício acerca das possibilidades de determinado tipo de fonte, os inventários *post mortem*, para o entendimento das relações familiares entre os escravos.”²⁴ Isso porque, muitas vezes os documentos trazem muitas lacunas e são desiguais nas informações. Enquanto alguns são muito minuciosos, outros parecem ter sido escritos por homens com muita pressa na execução de seu ofício. Ainda assim, são excelentes fontes pois trazem dados relacionados ao sexo, idade, naturalidade, preço e condições de saúde.²⁵ Slenes, por sua vez, destaca que “os novos estudos não amenizam nossa visão dos horrores da escravidão nem procuram fazer isso. Apenas devolvem ao escravismo sua “historicidade” como sistema construído por agentes sociais múltiplos”.²⁶

Os estudos sobre família cativa demonstram a diversidade existente nas comunidades das várias regiões do Brasil. Como cada uma apresenta características peculiares, tais estudos podem ser contemplados por meio da micro-história, pois admite temáticas ligadas ao cotidiano de comunidades específicas, ajudando na compreensão de redes familiares e laços de solidariedade. Segundo Jacques Revel “a abordagem micro-histórica se propõe a enriquecer a análise social tornando suas variáveis mais numerosas, mais complexas e também mais móveis.”²⁷ Os estudos em escala micro são interessantes por trazerem situações reais à tona, caso das inúmeras escravarias estudadas no país, incluindo a capixaba. Cada região apresenta peculiaridades, ainda que estejam inseridas em uma pequena província, como o Espírito Santo.

Apesar de o Espírito Santo ser uma província pequena e de pouco destaque, quando comparada às outras do Sudeste brasileiro, as escravarias capixabas apresentam características únicas. Em estudo pioneiro com a utilização de inventários, Vilma Almada detectou a presença de famílias cativas nas regiões de Cachoeiro de Itapemirim e São Mateus. “Contrariamente, nas economias mais dinâmicas a existência de maiores plantéis de escravos nas unidades produtivas parece ter agido no sentido de facilitar as uniões entre escravos.”²⁸

Nas décadas seguintes apareceriam estudos mais específicos sobre o assunto. O primeiro trabalho que abordou especificamente as famílias cativas no Espírito Santo e que utilizou inventários como fonte de pesquisa, contemplou a capital Vitória no período de 1800-1871,

²⁴ FLORENTINO, GÓES, 1997, p. 43.

²⁵ FLORENTINO, GÓES, 1997, p. 42-43.

²⁶ SLENES, 2011, p. 54.

²⁷ REVEL, Jacques. Microanálise e construção social. In: REVEL, Jacques (org.). *Jogos de Escalas: a experiência da microanálise*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 23.

²⁸ ALMADA, Vilma P. F. *Escravidão e Transição: o Espírito Santo, 1850-1888*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984., p. 145.

e foi realizado por Patrícia Merlo, que observou que havia número significativo de cativos aparentados nas pequenas e médias escravarias, com mulheres desempenhando papéis de relevância nas famílias escravas.²⁹ De outra parte, houve entre 1850 e 1871, segundo a historiadora, já no segundo período, a autora ressalta a formação da comunidade cativa nas grandes escravarias. Conclui, ainda, que as escravarias de Vitória contavam com a reprodução natural dos escravos, alta concentração de crioulos, taxa elevada de crianças e frequentes laços familiares. Assim, a reposição das escravarias contava pouco com o tráfico internacional, o que dava à reprodução endógena lugar indispensável à manutenção da escravidão em Vitória.³⁰

As pesquisas sobre o tema ganharam fôlego a partir da criação do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo e dos estudos desenvolvidos pela professora Dr. Adriana Pereira Campos, quando as escravarias capixabas começaram a ser analisadas. A pesquisadora, em inúmeros trabalhos, utilizou inventários *post mortem* para conhecer melhor as escravarias capixabas.³¹ Em estudos sobre Vitória a autora detectou a predominância de pardos e elevado número de mestiços. Isso dificultava a aparente distinção entre livres e cativos.³²

Outro trabalho orientado pela pesquisadora e que também utiliza inventários foi realizado por Geisa Ribeiro³³ que analisou a importância da reprodução endógena para os municípios de Vitória e Cachoeiro de Itapemirim. A autora comparou os documentos encontrados nessas duas regiões afim de realizar um paralelo entre a Região Central, com colonização mais antiga e a Região Sul, cuja economia açucareira e cafeeira sustentava a província. Verificou-se nos lugares a reprodução natural, ainda que Cachoeiro contasse com maior presença de escravos africanos. Outro aspecto interessante foi a permanência da família escrava unida, mesmo após a morte de seu senhor.

Por fim, o trabalho produzido pela autora desse artigo também está entre aqueles que analisam a família cativa capixaba e que utilizou inventários *post mortem* e testamentos como fonte de pesquisa, além de outros documentos.³⁴ O próximo tópico apresentará

²⁹ MERLO, Patrícia M. S. *O Nó e o Ninho*: estudo sobre a família escrava em Vitória, Espírito Santo, 1800-1871. Tese (Doutorado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008, p. 137. Recentemente, a professora Patrícia Merlo lançou sua monografia como livro. MERLO, P. *O Nó e o Ninho*. Estudo sobre a família escrava em Vitória, Espírito Santo, 1800-1871. Vitória: EDUFES, 2018.

³⁰ MERLO, 2008, p. 181.

³¹ CAMPOS, A. P. *Escravidão, reprodução endógena e creolização*: o caso do Espírito Santo no Oitocentos. *Topoi*, v. 12, n. 23, 2011, p. 84-96.; CAMPOS, A. P. *Escravidão e Creolização*: A Capitania do Espírito Santo, 1790-1815. In: FRAGOSO, João ... [et al.], organizadores. *Nas Rotas do Império*: eixos mercantis, tráfico e relações sociais no mundo português. Vitória: Edufes; Lisboa: IICT, 2006, p.571-607.

³² CAMPOS, Adriana Pereira. *Nas barras dos tribunais*: direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX. 2003. Tese (Doutorado em História) – IFCS, UFRJ, Rio de Janeiro, 2003, p. 95-96.

³³ RIBEIRO, Geisa Lourenço. *Enlaces e Desenlaces*: família escrava e reprodução endógena no Espírito Santo (1790-1871). Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2012.

³⁴ MACHADO, Laryssa da Silva. *Retratos da Escravidão em Itapemirim*: uma análise das famílias escravas entre 1831-1888. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019.

alguns resultados encontrados através da análise dos inventários de Itapemirim, região sul da província do Espírito Santo. Essa pesquisa incluiu mais uma região escravocrata nas pesquisas sobre o assunto dentro da historiografia capixaba.

OS INVENTÁRIOS *POST MORTEM* E OS TESTAMENTOS DE ITAPEMIRIM-ES

As terras que compreendem o Vale do Itapemirim, região sul do Espírito Santo, estavam entre as primeiras sesmarias capixabas³⁵ e recebeu os primeiros povoados ainda no século XVI.³⁶ A colonização efetiva, no entanto, ocorreu apenas no século XVIII, com a fundação da Fazenda Caxangá ou Fazendinha,³⁷ no início do século e com a chegada dos fugitivos das Minas de Castelo no final do Setecentos.³⁸ a partir de então, a região desenvolveu lavouras de cana de açúcar e recebeu a migração de fazendeiros mineiros, fluminenses, paulistas e baianos.³⁹ Graças ao crescimento da região em 27 de junho de 1815 a Freguesia foi elevada a categoria de Vila.⁴⁰

Economicamente, a região se destacava por sua produção açucareira⁴¹ e por ser o Porto capixaba mais próximo da Corte, o que facilitava as exportações.⁴² Na segunda metade do século XIX o café se tornou o principal produto produzido e exportado pela província capixaba, e a produção encontrava-se no interior do Vale do Itapemirim.⁴³ Essa região cingiu-se em duas: no litoral produzia-se açúcar e no interior café.⁴⁴ E com isso, em 1864 Cachoeiro tornou-se Vila, se separando de Itapemirim.⁴⁵ No entanto, a exportação cafeeira utilizava o Porto de Itapemirim, que se tornou um entreposto comercial entre a região e a Corte.⁴⁶

Nesse contexto, se inserem os inventários e testamentos de Itapemirim.⁴⁷ A busca por esses documentos foi verdadeira "*via-crúcis*", já que não estavam mais nos cartórios locais. Segundo os tabeliães, os documentos haviam sido recolhidos pelo fórum da cidade. Ao entrar

³⁵ DAEMON, B. C. *Província do Espírito Santo: sua descoberta, história cronológica, sinopse e estatística*. Vitória: Secretaria de Estado da Cultura/ Arquivo Público do Estado do Espírito Santo, 2010, p. 114;

³⁶ MARINS, A. Itapemirim. In: *Minha Terra e Meu Município*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1920. p.199-231.

³⁷ MORENO, L. *Itapemirim: como tudo começou*. Serra-ES: Formar, 2016, p. 19.

³⁸ OLIVEIRA, J. T. *História do Estado do Espírito Santo*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2008, p. 222.

³⁹ MORENO, 2016, p. 32.

⁴⁰ MORENO, 2016, p. 33.

⁴¹ MORENO, 2016, p. 20-22.

⁴² MORENO, 2016, p. 86.

⁴³ ROCHA, Haroldo Corrêa.; COSSETTI, Maria da Penha. *Dinâmica cafeeira e constituição de indústrias no Espírito Santo, 1850/1930*. Vitória: Departamento de Economia, NEP/UFES, 1983. p. 15-18.

⁴⁴ ROCHA, COSSETTI, Op. Cit. p.35.

⁴⁵ O Decreto Provincial nº 11, de 16/07/1856 cria a freguesia de São Pedro das Cachoeiras do Itapemirim, que estava subordinada a Itapemirim até que foi elevada à categoria de Vila, pelo Decreto Provincial nº 11, de 23/11/1864.

⁴⁶ MORENO, 2016, p. 86.

⁴⁷ Arquivo Público do Estado do Espírito Santo. Fundo Juízo de Direito da Comarca de Itapemirim. Série Vara de Famílias. 15 caixas.

em contato com o fórum, fui informada da transferência para Vitória, sem avisarem o local. Após contato com o Arquivo Público do Estado do Espírito Santo - APPEES, os documentos foram localizados e encontravam-se indisponíveis para pesquisa. Pelo relato do funcionário, os papéis seriam descartados caso o APEES não os aceitasse.

A pesquisa de mestrado compreendia o período entre 1831-1888, anos que, respectivamente, representam marcos na história da escravidão brasileira: 1831 – primeira tentativa do Império brasileiro de colocar fim do tráfico internacional de cativos; 1888 – promulgação da Lei Áurea, que determinou o fim imediato da escravidão. Foram encontrados 108 documentos cartoriais, entre eles Arrecadações, Autos de Emancipação, Causas de Tutela, Cobranças, Empréstimos, Levantamento de Dinheiro, Licenças para Casamentos, Petições, Prestações de Conta, Queixas Crime, Requerimentos de Dívidas, Sessões de Herança, além de 85 inventários *post mortem* e testamentos. Estes últimos foram os documentos analisados na dissertação, ainda assim, devido ao recorte da pesquisa e do tempo para a execução da mesma, apenas as questões relacionadas aos cativos presentes nos documentos foram observadas.

O que será apresentado aqui são as conclusões mais relevantes relacionadas aos escravos. Para melhor organização da pesquisa, os documentos foram divididos em três fases: *1ª fase*: 1836-1849 período que compreende a Lei Feijó e a primeira proibição do tráfico negreiro em 1831, até o ano anterior a Lei Eusébio de Queirós, e a proibição definitiva do comércio de almas em 1850; *2ª fase*: 1850-1871, tendo esta lei como marco inicial e a Lei do Ventre Livre, que dava liberdade aos filhos das cativas nascidos a partir daquela data, como marco final da fase; *3ª fase*: 1872-1888, que compreende a última lei citada até a promulgação da Lei Áurea e consequente fim da escravidão. A tabela a seguir revela a divisão de documentos analisados.

Tabela 1 - Número de Testamentos e Inventários Post Mortem de Itapemirim-ES (1836-1888)

Fases	Inventários	Testamentos	Testamentos/ Inventários	Total
1836-1849	5	0	0	5
1850-1871	23	7	9	39
1872-1888	39	0	2	41

Fonte: APEES, Inventários *Post-Mortem* e Testamentos de Itapemirim, Fundo Juízo de Direito da Comarca de Itapemirim, Série Vara de Famílias, 15 Caixas.

É importante ressaltar que essas fontes se referem a uma parte da população que possuía bens para serem inventariados ou testados, e que, portanto, se trata de um pequeno contingente populacional de Itapemirim. Também excluem os cativos, uma vez que não eram inventariantes ou inventariados, nem testadores ou testamentários. Mas, deve ser reforçado que esses documentos são testemunhos sobre a morte e a vida das pessoas descritas e “contém ricas e variadas informações sobre múltiplos aspectos da vida do morto, bem como da sociedade que ele viveu.”⁴⁸ Como se percebe na tabela acima, um grupo pequeno de

⁴⁸ FURTADO, 2011, p. 93.

pessoas em Itapemirim optou por preparar sua morte através do testamento. A maior parte dos documentos foi redigida após a morte do indivíduo.

Dos 85 inventários e testamentos encontrados, 54 documentos apresentaram posse de cativos, que corresponde a 63,5%. Divididos nos períodos citados, outros números surgem. Na primeira fase até 1850, todos os documentos apresentam cativos entre suas posses. Na segunda fase, 66,6% das fontes possuem escravos enquanto que, na terceira fase, a posse de cativos está presente em 58,5% dos inventários e testamentos.

Tabela 2 - Presença Escrava nos Inventários e Testamentos de Itapemirim-ES (1836-1888)

Fases	Documentos com Escravos	(%)	Documentos sem Escravos	(%)	Total de Escravos	(%)	Total de Documentos
1836-1849	5	100	0	0	275	25,1	5
1850-1871	26	66,6	13	33,4	594	54,4	39
1872-1888	24	58,5	17	41,5	224	20,5	41
Total Geral	54	63,5	32	36,5	1.093	100	85

Fonte: APEES, Inventários *Post-Mortem* e Testamentos de Itapemirim, Fundo Juízo de Direito da Comarca de Itapemirim, Série Vara de Famílias, 15 Caixas.

Ao que se percebe, a maioria dos documentos analisados traz cativos entre as posses. Na primeira fase, onde todos os inventários contêm posse de escravos, se encontra 1/4 (25,1%) de todos os escravizados dos documentos. A segunda fase, por sua vez, concentra 54,4%, e o terceiro período, 20,5% dos cativos encontrados. É interessante observar que os documentos referentes à primeira metade do século XIX, apesar de serem apenas cinco, concentram grande quantitativo de escravos, diferente do último período, onde aparece a maior quantidade de documentos (41), mas apresenta o menor percentual com cativos, cerca de 58,5%. Pode-se concluir que na primeira metade do Oitocentos havia concentração de cativos nas escravarias de Itapemirim.

Uma possível explicação para a diminuição na quantidade de cativos da última fase é que o fim de fato do comércio transatlântico pode ter sido sentido em Itapemirim apenas nesse período. Além disso, a emancipação de Cachoeiro, que se tornou vila em 1864 também pode ter demorado a surtir efeito nas escravarias além das implicações da Lei do Ventre Livre, sendo que as crianças nascidas a partir daquela data não eram mais consideradas cativas.

Sobre a estrutura de posse presente nos inventários, que equivale a quantidade de cativos que cada proprietário possuía segundo o documento analisado, o período entre 1850-1871 é o que melhor descreve a região. Nessa fase, 31% dos proprietários possuíam de 1-5 cativos, 23% possuíam de 6-10 e 19% com 20 ou mais escravos. Nos três períodos analisados, 4 proprietários possuíam escravaria com mais de 100 escravizados. Eram esses: Correção da Partilha dos bens do desembargador Ignácio Accioli de Vasconcellos (1845), com 138 cativos; Inventário de Francisca da Costa Pinheiro Gomes, esposa do Coronel João Nepomuceno Gomes Bittencourt (1849), com 111 cativos; Inventário de Jose Bello de Araújo

(1855) com 147 cativos; e Dona Urçula Barreto da Silva Barbosa casada com Tenente Coronel João Rodrigues Barbosa (1863) com 111 cativos.

A escravaria do ex-presidente da Província, Ignácio Acciole merece destaque já que foi dividida por famílias. Aparecem 20 famílias, das quais, 17 eram nucleares,⁴⁹ duas, matrilineares⁵⁰ e uma formada por irmãos órfãos. Já na escravaria de Dona Francisca Gomes havia 21 crianças de até 10 anos, que representava 19% do total de escravos. Eram 10 famílias sendo, nove nucleares e uma matrilinear e 58,5%, que não possuíam laços de parentesco identificados no inventário. Quanto ao inventário de José Bello de Araújo não apresenta parentesco dos cativos nem a origem dos mesmos, mas aparecem 25 crianças com idades entre um e 10 anos. Por fim, a escravaria de D. Urçula Barreto era formada por 15 crianças, três famílias nucleares, sendo uma sem registro de filhos, e oito matrilineares.

Como já discutido nesse artigo, muitas pesquisas sobre famílias cativas utilizam inventários e testamentos como fontes em várias localidades. Ainda assim, não são os melhores documentos para essa tarefa. Segundo Manolo Florentino e José Roberto Góes,⁵¹ o uso dessas fontes configura exercício de interpretação das relações familiares cativas. Para o estudo das famílias cativas do Rio de Janeiro, Florentino e Góes recomendam a reunião de pistas, indícios e, às vezes, provas que podem tornar os laços familiares cativos menos obscuros. Patrícia Merlo⁵² por sua vez, ao pesquisar famílias escravas em Vitória, comenta sobre as fontes capixabas, que são dispersas, às vezes ausentes e, com isso, o cruzamento de dados é dificultado.

Como exposto, os inventários apresentam muitas lacunas a respeito da vida dos cativos, principalmente nos documentos entre 1850-1871. Ainda assim, trazem informações de um quadro complexo de relações familiares tecidas pelos cativos da região. Nem todos os documentos apresentam relações familiares. A tabela a seguir apresentará o quantitativo de documentos com famílias nos períodos estudados.

Tabela 3 - Documentos com Laços Familiares em Itapemirim-ES (1836-1888)

Fases	Inventários				Testamentos				Testamentos/ Inventários				Total						
	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%	N	%		N	%				
1836-1849	2	40	3	60	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	5
1850-1871	9	23	4	10	10	26	2	5	3	8	2	5	7	18	1	2,5	1	2,5	39
1872-1888	14	34	9	22	16	39	0	0	0	0	0	0	0	1	2,5	1	2,5	41	
Total	25	29	16	19	26	30,5	2	2,5	3	3,5	2	2,5	7	8	2	2,5	2	2,5	85

Fonte: APEES, Inventários *Post-Mortem* e Testamentos de Itapemirim, Fundo Juízo de Direito da Comarca de Itapemirim, Série Vara de Famílias, 15 Caixas.

⁴⁹ Famílias nucleares são aquelas que o núcleo é composto por marido e esposa.

⁵⁰ Famílias matrilineares são aquelas que o núcleo é composto apenas pela mãe.

⁵¹ FLORENTINO e GÓES, 1997, p. 43.

⁵² MERLO, 2008, p. 208.

Dos documentos levantados em todos os períodos, 64,7% aparecem escravos como bens, sendo que 40% dos mesmos trazem laços familiares. No período entre 1836-1849, 40% dos inventários trazem registros de famílias. Já entre 1850-1871, em 46% dos documentos aparecem famílias (nove inventários, dois testamentos e sete inventários com testamentos). No último período, 34% dos inventários apresentam famílias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas outras análises e conclusões foram obtidas através desses documentos e outras muitas poderiam ter sido realizadas. Porém, devido ao tempo de pesquisa, apenas os dados relevantes sobre o tema do artigo foram apresentados aqui. O que precisa ser registrado é a relevância dos documentos cartoriais para as pesquisas históricas e como os mesmos enriquecem os trabalhos historiográficos. No caso específico da História Capixaba, a ausência de outras fontes transforma Inventários *post mortem* e Testamentos em peças fundamentais para se desvendar o quebra-cabeça do passado espírito-santense.

Seria inocência acreditar que esses documentos revelam todas as informações do passado, porém dão numerosas pistas e informações que, durante muito tempo, foram deixados de lado. Sobre a escravidão esses documentos revelam muito, mas ocultam muito mais. Testamentos revelam desejos dos senhores para com os cativos, de os libertarem, de que cuidem de seus filhos após sua morte, que cumpram tarefas para conseguirem alforria. Inventários mostram a composição de muitas famílias cativas, idade dos maridos, esposas, filhos, as habilidades e valores de cada, dentre outras informações, porém em ambos os documentos esses seres humanos estão a mercê da vontade de outros.

Ainda assim, esses documentos dão voz a esses personagens que, durante muito tempo eram contabilizados apenas como mercadorias. Pesquisas sobre famílias escravas demonstram o significado físico e figurado da palavra resiliência: ⁵³ "elasticidade que faz com que certos corpos deformados voltem a sua forma original," ou "capacidade de rápida adaptação ou recuperação". Com toda violência que sofreram, conseguiram se reinventar, construir famílias e relações sociais e recomeçaram suas vidas, apesar do cativo.

REFERÊNCIAS

Arquivo Público do Estado do Espírito Santo. Fundo Juízo de Direito da Comarca de Itapemirim. Série Vara de Famílias. 15 caixas.

⁵³ RESILIÊNCIA. In.: *Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=resiliencia>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

- ALMADA, Vilma P. F. *Escravidão e Transição: o Espírito Santo, 1850-1888*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.
- ARAÚJO, Maria Lucília V. *Contribuição metodológica para a pesquisa historiográfica com os testamentos*. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao06/materia01/texto01.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2018.
- CAMPOS, Adriana Pereira. *Escravidão, reprodução endógena e creolização: o caso do Espírito Santo no Oitocentos*. *Topoi*, v. 12, n. 23, 2011, p. 84-96.
- CAMPOS, Adriana Pereira. *Escravidão e Creolização: A Capitania do Espírito Santo, 1790-1815*. In: FRAGOSO, João ... [et al.], organizadores. *Nas Rotas do Império: eixos mercantis, tráfico e relações sociais no mundo português*. Vitória: Edufes; Lisboa: IICT, 2006, p.571-607.
- CAMPOS, Adriana Pereira. *Nas barras dos tribunais: direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX*. 2003. Tese (Doutorado em História) – IFCS, UFRJ, Rio de Janeiro, 2003.
- DURÃES, Margarida. *Os Testamentos e a História da Família*. CONFERÊNCIA APRESENTADA NO ÂMBITO DO MESTRADO DE DEMOGRAFIA, Campinas, Instituto de Filosofia de Ciências Humanas na Universidade Federal de Campinas, 2004, p. 1-6.
- FLORENTINO, Manolo; GÓES, José Roberto. *A paz nas senzalas: famílias escravas e tráfico atlântico, Rio de Janeiro c. 1790-c. 1850*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- FURTADO, Júnia F. *A morte como testamento da vida*. In.: PINSKY, C. B.; LUCA, T. R. (org.) *O Historiador e suas fontes*. São Paulo: Contexto, 2009, p.93-118.
- FURTADO, Júnia F. (org.) *O Testamento de Martim Afonso Pimentel e de Dona Ana Pimentel no Acervo do Setor de Obras Raras da UFMG*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2015.
- MACHADO, Laryssa da Silva. *Retratos da Escravidão em Itapemirim: uma análise das famílias escravas entre 1831-1888*. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019.
- MAGALHÃES, Beatriz Ricardina. *Inventários e Sequestros: Fontes para a História Social*. In: *Revista do Departamento de História*. 9, 1989, p.31. Disponível em (https://static1.squarespace.com/static/561937b1e4b0ae8c3b97a702/t/572771593c44d8676a059f47/1462202714544/3_Magalhaes%2C+Beatriz+Ricardina+de.pdf). Acesso em 21 de julho de 2018.
- MATHIAS, Carlos Leonardo Kelmer; FIORAVANTE, Fernanda. *A Liberdade Condicionada: senhores, escravos e suas orientações valorativas no contínuo reinventar da escravidão e da liberdade nas terras do ouro no decurso do Setecentos*. In.: GUEDES, Roberto; RODRIGUES, Claudia; WANDERLEY, Marcelo Rocha. *Últimas Vontades: testamento, sociedade e cultura na América Ibérica (séculos XVII e XVIII)*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2015, p. 151-183.
- MERLO, Patrícia M. S. *O Nó e o Ninho: estudo sobre a família escrava em Vitória, Espírito Santo, 1800-1871*. Tese (Doutorado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

- Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Melhoramentos, 2019. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>. Acesso em 12 de outubro de 2019.
- MIRANDA, Ana Caroline C. As últimas vontades: considerações sobre o testamento de Maria Machado Pereira, preta forra - Vila de Pitangui (1777). *Fontes*, São Paulo, n. 4, 2016/1, p. 72. Disponível em: <http://www.revistadefontes.unifesp.br/wp-content/uploads/2017/04/fontes04de71a78.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2018.
- PAIVA, Eduardo França. Escravos e libertos nas Minas Gerais do Século XVIII: estratégias de resistência através dos testamentos. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte PPGH-UFMG, 2009.
- PAIVA, Eduardo França "Usos e Costumes da terra": o viver e o sentir nos relatos testamentais e nos inventários post-mortem das Minas Gerais setecentistas. In.: GUEDES, Roberto; RODRIGUES, Claudia; WANDERLEY, Marcelo da Rocha. *Últimas Vontades: testamento, sociedade e cultura na América Ibérica (séculos XVII e XVIII)*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2015. p.75-106.
- REVEL, Jacques. Microanálise e construção social. In. REVEL, Jacques (org.). *Jogos de Escalas: a experiência da microanálise*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 23.
- RIBEIRO, Geisa Lourenço. Enlaces e Desenlaces: família escrava e reprodução endógena no Espírito Santo (1790-1871). Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2012.
- RODRIGUES, Cláudia. O uso de testamentos nas pesquisas sobre atitudes diante da morte em sociedades católicas de Antigo Regime. In.: GUEDES, Roberto; RODRIGUES, Claudia; WANDERLEY, Marcelo da Rocha. *Últimas Vontades: testamento, sociedade e cultura na América Ibérica (séculos XVII e XVIII)*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2015, p. 17-50.
- SILVA, Aryanne Faustina da. O uso dos testamentos como fontes para a produção do conhecimento histórico. In.: *Anais do XVI Encontro Regional de História da Anpuh-Rio: Saberes e práticas científicas*, 2014, p. 1-10 Disponível em: http://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1400163550_ARQUIVO_TextoCompleto-AryanneFaustinadaSilva.pdf. Acesso em 21 de julho de 2018.
- SLENES, Robert W. Na senzala, uma flor: esperanças e recordações na formação da família escrava: Brasil Sudeste, século XIX. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2011.
- TEIXEIRA, Adriano Braga. Inventários post-mortem: possibilidades de pesquisa a partir de uma fonte plural. In.: *Mal Estar e Sociedade*. Ano V, n. 8. Barbacena: jan/jun. 2012, p. 64. Disponível em: <http://revista.uemg.br/index.php/malestar/article/view/187/189>. Acesso em 21 de julho de 2018.

TAC-GOV E OS DESAFIOS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL E INSTITUCIONAL: UM OLHAR SOBRE O CASO RIO DOCE

Giselly Gomes Moreira¹

Ingrid Lopes Evaristo Duarte Mendes²

Resumo: Este trabalho tem como escopo mostrar de que forma se deu e ainda se dá a participação institucional e social na tragédia ambiental de Mariana em 2015, voltando a análise para os compromissos extrajudiciais celebrados no curso das ações civis públicas do caso. Desta forma, será demonstrado que a participação e a oralidade, tanto dos atingidos como das instituições da justiça neste litígio, ocorreu inicialmente, de maneira não satisfatória com a elaboração do T-TAC em 2016. O déficit de representatividade dos interesses dos atingidos e das instituições somente foi ajustado a partir da assinatura do TAC-GOV em 2018, que opera sob paradigma diverso do instrumento anterior. Assim, busca-se responder a seguinte indagação: o TAC-GOV, instrumento de autocomposição do processo coletivo, tem sido efetivo para a tutela dos interesses dos atingidos no Caso Rio Doce?

Palavras-chave: Autocomposição; TAC-GOV; Desastre do Rio Doce; Participação dos atingidos; Representatividade adequada.

INTRODUÇÃO

Hoje você vendo a realidade que tá acontecendo, o que vai ser de nós pescadores? o que vai ser de nós, da nossa população toda de Regência? E nós vamos viver de que agora? Se vai viver pelo que tão falando... 15, 18 anos vai acabar isso tudo aí, e nós? Ah, aqui tinha carapeba, tinha robalo, dava o caçari, tem a época da manjuba, tem muita pescaria que dava, e agora, será que isso vai continuar? Infelizmente, isso ai que nós estamos vendo aí é triste, essa é tristeza demais para nós.³

O rompimento da Barragem de rejeitos em Fundão (no Distrito de Bento Rodrigues) – operada pela Samarco Mineração S/A – empresa controlada pela BHP Billiton Brasil Ltda e pela Vale S/A – no dia 05 de novembro de 2015 – desencadeou a maior tragédia socioambiental brasileira com o lançamento de 40 milhões de metros cúbicos de

¹ Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Email: giselly.g.moreira@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7551386857425257>

² Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Email: ingridlevaristo@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7446709474029025>

³ Relato de um pescador da Comunidade de Regência/ES, extraído do documentário “Regência: As últimas horas antes da lama” do Instituto Últimos Refúgios. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3LLBLyfarew>>. Acesso em 16 jun. 2019.

rejeitos de minério na Bacia Hidrográfica do Rio Doce e a afetação de 41 municípios dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo.⁴ Para a ONU, o desastre do Rio Doce representa clara violação aos direitos humanos.⁵

Diante desse nefasto panorama, buscaram-se formas de reparação dos danos ambientais assim como a tutela dos atingidos, questão essencialmente desafiadora para o processo coletivo, especialmente no que toca à participação das comunidades afetadas nas estruturas decisórias do caso. Como garantir um processo de escuta eficaz, justo e de fato, participativo daqueles diretamente afetados pela tragédia?

Sob essa perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo analisar os desafios quanto a representatividade participativa dos atingidos e das instituições de justiça que representam seus interesses no âmbito dos instrumentos autocompositivos celebrados no Caso Rio Doce.

Para tanto, num primeiro momento faz-se necessário contextualizar a tragédia ambiental de Mariana, ressaltando a complexidade do caso, tanto sob o aspecto ambiental como social. Essa análise inicial serve principalmente para entender quem são os sujeitos envolvidos no desastre e de que forma estão vinculados – donde se pode vislumbrar a gama de singularidades presentes.

Posteriormente cabe traçar alguns contornos a respeito da viabilidade de autocomposição nas demandas coletivas e averiguar em que medida ela se justifica, se fundamenta e é visualizada nos compromissos de ajustamento de conduta. A ideia é justamente esclarecer que litígios complexos também podem demandar soluções negociais, se esta for a solução mais adequada.

Nessa guinada, passa-se a analisar os compromissos celebrados no Caso Rio Doce, concentrando os estudos no Termo de Ajustamento de Conduta - TAC-GOV de 2018 de modo a se examinar como este instrumento mostra-se mais efetivo do que o Termo de Ajustamento de Conduta- T-TAC de 2016 para a primazia dos atingidos. A finalidade do trabalho não é fazer um estudo expositivo acerca das falhas e virtudes dos instrumentos de autocomposição no Caso Rio doce, mas provocar reflexão quanto à força da participação social e institucional no âmbito dos acordos. É nesse contexto, que se busca compreender a importância do processo deliberativo, mesmo depois de 4 anos da tragédia.

⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Denúncia*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 5 maio 2019. p. 12-13.

⁵ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do Rio Doce*. Brasília: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf> Acesso em: 5 jun. 2019. p.8.

NOVEMBRO DE 2015: A MAIOR TRAGÉDIA AMBIENTAL NA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO DOCE

No dia 5 de novembro de 2015 ocorreu o rompimento da barragem de Fundão da Samarco Mineração S.A., empresa controlada pela Vale S.A. e pela BHP Billiton, localizada no município de Mariana em Minas Gerais, neste evento que resultou em um dos maiores desastres ambientais já registrados no mundo e na morte de 19 pessoas, além do carreamento de enorme volume de rejeitos de minério de ferro ao Rio Doce, seguindo uma trilha de destruição por 600 quilômetros até a foz do rio no litoral do Espírito Santo.⁶

Apesar de comumente referenciado pela mídia como uma tragédia ambiental, esta nomenclatura sofre crítica de parte da doutrina que a considera uma forma simbólica de se afastar a responsabilidade do Estado e das empresas envolvidas.⁷

Isto porque as largas proporções assumidas pelo desastre foram consequência de várias irregularidades na operação da barragem da Samarco, além de uma obra de recuo que não fora prevista na construção original e que resultou no acúmulo de massa pastosa na base da estrutura da barragem levando ao seu colapso e desmoronamento posterior.⁸

Registra-se que no trajeto realizado pela avalanche de rejeitos até a foz do Rio Doce em Regência, no litoral do Espírito Santo, foram verificados danos das mais variadas espécies, desde a eliminação da flora do leito do rio até o interrompimento no fornecimento de água para o consumo humano e animal, resultando em prejuízos à qualidade de vida de 3 milhões de pessoas, notadamente das comunidades atingidas na comarca de Mariana que sofreram as consequências mais diretas e violentas do desastre.⁹

Em face desse cenário de destruição, a lição de Marcelo Abelha Rodrigues é um lembrete necessário de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os seus

⁶ ALMEIDA, Jalcione; CARVALHO, Natan Ferreira de. Sentidos de justiça e mediação de conflito ambiental: o caso do rompimento da barragem de Fundão, Mariana/MG, Brasil. *Brazilian Applied Science Review*, Curitiba, v.2, n.3, p.982-998, jul./set. 2018, p. 983. Disponível em: <<http://www.brjd.com.br/index.php/BASR/article/view/469/403>>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁷ MENEGHIN, Guilherme de Sá; SILVA, Nívia Mônica da. A atuação do Ministério Público Para garantir a participação dos atingidos no processo de reparação dos direitos violados pelo rompimento da barragem de Fundão operada pela Samarco em Mariana. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: Desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2018, p.173.

⁸ MENEGHIN, Guilherme de Sá; SILVA, Nívia Mônica da. A atuação do Ministério Público Para garantir a participação dos atingidos no processo de reparação dos direitos violados pelo rompimento da barragem de Fundão operada pela Samarco em Mariana. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: Desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2018, p.174.

⁹ MENEGHIN, Guilherme de Sá; SILVA, Nívia Mônica da. A atuação do Ministério Público Para garantir a participação dos atingidos no processo de reparação dos direitos violados pelo rompimento da barragem de Fundão operada pela Samarco em Mariana. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: Desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2018, p.175.

componentes trata-se de um direito fundamental coletivo que exige concretização tanto às presentes quanto as futuras gerações.¹⁰

Nesse sentido, Gy. Bándi afirma que “[...] não devemos esquecer que o direito ao meio ambiente é um direito coletivo, abrangendo as gerações atuais e futuras, nem devemos esquecer a importância da proteção do meio ambiente em seu contexto mais amplo.”¹¹

Assim, diante da lesão causada pelo desabamento da barragem do Fundão, cabe ao direito processual tutelar de forma adequada e tempestiva o direito fundamental ao equilíbrio ecológico violado na sua dimensão coletiva e individual observando as características e propriedades intrínsecas à sua proteção.¹²

Os próximos tópicos se destinam, portanto, a mapear as principais questões enfrentadas pelo direito processual coletivo no Brasil em face do desastre ocorrido em Mariana em busca de compreender se a tutela jurídica ofertada aos atingidos tem sido adequada a proporcionar a reparação integral dos danos sofridos.

OS ATINGIDOS: UM LITÍGIO DE DIFUSÃO IRRADIADA

Observa-se, assim, que o rompimento da barragem do Fundão de propriedade das empresas Samarco, Vale e BHP Billiton gerou incalculáveis consequências, sendo que além da morte de 19 pessoas, verificou-se a destruição de dois distritos de Mariana, Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, bem como de milhares de hectares de áreas de plantio e de uso para outras atividades produtivas que podem ter sido danificadas de forma irreversível.¹³

Com efeito, todo o Rio Doce foi diretamente atingido pela corrente de rejeitos que desceu pela barragem de Fundão com o colapso da sua estrutura, sendo que sua foz, reconhecida como local de nascimento de diversas espécies, teve seu ecossistema corrompido pela lama tóxica.¹⁴

Contudo, os impactos do desastre não se limitaram aos graves danos diretamente causados pelo colapso da barragem, uma vez que registram-se milhares de agricultores, comerciantes e pescadores desempregados como consequência do ocorrido, além de mais de um milhão de pessoas em cidades de Minas Gerais à Espírito Santo que ficaram sem abastecimento de água potável por semanas.¹⁵

¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 88.

¹¹ BÁNDI, Gy. Access to justice in environmental protection cases. In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. (coord.). *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014. p. 21, tradução nossa.

¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 89.

¹³ SILVA, Jarbas Vieira da; ANDRADE, Maria Júlia Gomes. Introdução. In: LOSEKANN, Cristiana; MILANEZ, Bruno. *Desastre no Vale do Rio Doce: Antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p.23.

¹⁴ SILVA, Jarbas Vieira da; ANDRADE, Maria Júlia Gomes. Introdução. In: LOSEKANN, Cristiana; MILANEZ, Bruno. *Desastre no Vale do Rio Doce: Antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p.23.

¹⁵ SILVA, Jarbas Vieira da; ANDRADE, Maria Júlia Gomes. Introdução. In: LOSEKANN, Cristiana; MILANEZ,

Cumpra observar ainda que muito embora a extensão dos danos decorrentes do desastre tenha sido ampla, os efeitos mais severos foram sentidos pelas comunidades atingidas na comarca de Mariana que foram imediatamente afetadas pelo desastre ambiental com as mortes das 19 pessoas apontadas, entre elas duas crianças e um abortamento, e o deslocamento de mais de mil pessoas as quais tiveram suas casas e sobretudo seu modo de vida severamente comprometido, com a perda de seus bens materiais e imateriais.¹⁶

Tendo em vista a dimensão dos danos decorrentes do desabamento da barragem de rejeitos em Fundão, os quais atingiram de forma desigual os diversos grupos envolvidos no desastre, torna-se pertinente, nesse contexto, analisar o caso à luz da tipologia dos litígios coletivos proposta por Edilson Vitorelli¹⁷ para fins de compreender a natureza da tutela jurídica mais adequada a ser conferida aos diversos atingidos pelo desastre.

De fato, há a necessidade de se pensar o processo coletivo a partir de uma classificação que leve em consideração as características concretas dos litígios coletivos, os quais podem se configurar de diferentes formas dependendo do caso concreto, tendo em vista que uma classificação que utiliza como critério apenas a natureza do direito coletivo discutido enseja uma tutela inadequada incapaz de atender as especificidades das situações concretas, logo, insuficiente para atender a finalidade do processo.¹⁸

Como explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a proposta de tipologia de litígios coletivos elaborada por Edilson Vitorelli prevê a sua classificação a partir de duas variáveis principais, quais sejam, a *conflituosidade* e a *complexidade*.¹⁹ No primeiro caso, o litígio mais conflituoso é aquele em que as posições dos membros do grupo envolvido no conflito são menos uniformes, já no segundo caso, o litígio mais complexo é aquele em que há mais variadas possibilidades para sua resolução judicial.²⁰

Bruno. *Desastre no Vale do Rio Doce: Antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p.23.

¹⁶ MENEGHIN, Guilherme de Sá; SILVA, Nívia Mônica da. A atuação do Ministério Público Para garantir a participação dos atingidos no processo de reparação dos direitos violados pelo rompimento da barragem de Fundão operada pela Samarco em Mariana. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: Desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2018. p.175.

¹⁷ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: Representação, Participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 jun. 2019. p.72.

¹⁸ PEÇANHA, Catharina; LÂMEGO, Guilherme; ARGOLO, Isaac; SÉ, Jairo Sento; ROSSI, Thais. O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, p. 263-295, abr. 2018, versão digital.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4. p.105.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4. p.105.

De acordo com a classificação proposta por Vitorelli, os litígios coletivos podem ser divididos, portanto, em litígios de difusão global, litígios de difusão local e litígios de difusão irradiada.²¹

Tendo em vista a natureza multifacetada e complexa do litígio originado em decorrência das lesões aos direitos coletivos *lato sensu* causadas pelo desastre ambiental de Mariana, é possível encaixar esse litígio na categoria de litígios de difusão irradiada, vez que envolve os interesses de diversos segmentos sociais distintos, sem a mesma perspectiva do conflito e atingidos de forma desigual pelo resultado do litígio.²²

De fato, o litígio decorrente da lesão ambiental causada pelo rompimento da barragem do Fundão compreende um grande grupo de pessoas dentro do qual estão compreendidos desde os moradores da comarca de Mariana que perderam suas casas na avalanche de lama até os pescadores artesanais das regiões próximas ao Rio Doce que encontram-se incapacitados de exercer seu ofício, sendo que, nesse contexto, as visões dos membros do grupo em relação a melhor solução para este conflito são divergentes e em alguns casos antagônicas.²³

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA COMO ESPÉCIE DE AUTOCOMPOSIÇÃO NAS DEMANDAS COLETIVAS

A Lei da Ação Civil Pública (LACP- Lei nº 7.347/85), nos termos do art. 5º, §6º, prevê a celebração dos denominados termos de ajustamento de conduta (TAC's), estabelecendo que: "[...] os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."²⁴

Nota-se, a partir da análise do referido dispositivo, que no TAC, a parte ré reconhece a existência de um dever jurídico para com a parte lesada e a responsabilidade de cumpri-lo.²⁵ Busca-se assim, no âmbito da tutela coletiva, a solução consensual do litígio, em detrimento da essência adversarial.²⁶ Sai a cultura da sentença e entra em cena a cultura da pacificação.

²¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4. p.105.

²² LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: Representação, Participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 jun. 2019. p.88.

²³ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: Representação, Participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 jun. 2019. p.88.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985*. Instituiu a Lei da Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 30 jun.2019.

²⁵ GIDI, ANTÔNIO. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007. p.320.

²⁶ GRAVONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETI JR.,

Essa é a ideia do TAC, e por isso ele representa a autocomposição típica no processo coletivo. De fato, dada a natureza dos direitos transindividuais²⁷, sua indisponibilidade²⁸ e o próprio objeto do processo coletivo²⁹, é razoável se questionar a celebração de um acordo nessas demandas³⁰, mas considerando a necessidade de se tutelar de forma adequada o grupo e a importância de se efetivar o acesso à justiça, a doutrina majoritária,³¹ defende a viabilidade da autocomposição nas causas coletivas.

Sob essa perspectiva, os termos de ajustamento de conduta, que criam uma nova possibilidade de ingresso ao Poder Judiciário (*Justiça Multiportas*),³² devem ser celebrados sempre que se mostrarem o meio mais apropriado para a proteção do grupo, o que implica dizer que não são instrumentos apenas alternativos ao modelo de justiça estatal clássico, mas sobretudo, a depender da hipótese, o modo mais eficaz de se tutelar uma dada coletividade.³³

Em casos, como a tragédia ambiental de Mariana/2015, em que há a coexistência de diversos interesses, o TAC emerge com tal finalidade precípua, porque nele a retórica do grupo, pelo menos em tese, ocorre de maneira mais desenvolvida e a negociação entre o órgão

Hermes. *Processo Coletivo (Repercussões do Novo CPC)*. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 337.

²⁷ Para o (falecido) Ministro Teori Zavascki os direitos transindividuais são “[...] caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 35).

²⁸ Antônio do Passo Cabral também entende que existem “[...] graus de (in) disponibilidade e, em alguma medida, permite-se mesmo as regras estabelecidas no interesse público, sejam flexibilizadas.” (CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo (Repercussões do Novo CPC)*. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 321). No mesmo sentido Elton Venturi assevera que: “[...] há algo de novo no sistema de Justiça nacional, capaz de provocar profundas reavaliações da filosofia e da prática da solução de conflitos, inclusive quando correlacionados aos direitos indisponíveis.” (VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, p. 391-426, jan/2016, versão digital).

²⁹ Nesse sentido ver Antonio Gidi: “Artigo 7. O objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo.” (GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45).

³⁰ Owen Fiss questiona o movimento favorável à solução consensual dos conflitos, vislumbrando no acordo uma técnica altamente problemática e defendendo que a sua prática não seja preferida em relação a dos julgamentos, nem institucionalizada de forma extensa e ilimitada. (FISS, Owen. *Against Settlement*. In: *Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, 1984, p. 1075).

³¹ É o que se extrai, por exemplo, das lições de Geisa Rodrigues (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 89); Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4, p. 358); Antônio do Passo Cabral (CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo. Repercussões do Novo CPC*. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 321); Ana Luíza Nery (NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. p. 310); Alexandre Gavronski (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 97-98); e Elton Venturi (VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*. *Revista de Processo*, v. 251, p. 391-426, jan/2016, versão digital).

³² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4, p. 356-357.

³³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.114-115.

legitimado e o obrigado consolida-se diretamente, sem a interferência dos formalismos³⁴ típicos de um procedimento judicial.³⁵

De fato, é louvável o objetivo pelo qual o compromisso de ajustamento de conduta foi pensado, mas é preciso destacar que a efetividade do TAC, enquanto instrumento legítimo e adequado para a proteção dos interesses do grupo e facilitador de acesso às instituições, está intrinsecamente vinculada ao processo de escuta do grupo, a legitimidade adequada do ente e a questão da representatividade adequada. Esses são pontos-chaves dos compromissos de ajustamento de conduta.³⁶

Não há como soar representativo um acordo em que os principais afetados não estão inseridos nos processos decisórios, porque é necessário garantir a manifestação do grupo, para que se sintam “sujeitos da decisão.”³⁷ No mesmo sentido, os órgãos legitimados devem representar concretamente os interesses do grupo, isto é, atuar em prol do grupo, que encontra-se representado pelo órgão, ressaltando aqui a impossibilidade de renúncia³⁸. A propósito, a atuação legítima pelo ente público, satisfaz, a um só tempo, os interesses do grupo, e também do réu.³⁹

Daí se compreender o motivo do juiz exercer um controle sobre o fluxo da autocomposição. Se no caso em concreto, o magistrado aferir que o órgão legitimado carece de representatividade para a tutela dos substituídos⁴⁰, e que portanto, não tem legitimação para a celebração do acordo, poderá: a) não homologar o TAC, b) homologá-lo parcialmente ou c) recomendar às partes alterações em determinadas cláusulas.⁴¹ De igual modo, se restar

³⁴ Por isso que a ideia do TAC é justamente ser um instrumento célere, breve e justo, sem excessos de formalismos, perfazendo um Direito do século XXI dessubstantivado, informal e participativo. (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.55-56).

³⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.114-115.

³⁶ Nesse ponto, Edilson Vitorelli destaca: “Embora se afirme recorrentemente que não apenas este acordo, mas a autocomposição, em geral, é boa porque reduz a sobrecarga da jurisdição, o sistema processual não espera nem pode esperar que quaisquer partes sejam caridosas com o Poder Judiciário e façam acordos apenas para solucionar o problema dos juízes. Esse efeito até pode ser uma externalidade positiva do acordo, mas não é a sua causa.” (VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. *Jota*, 15 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 30 jun. 2019).

³⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 46.

³⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4, p. 358-359.

³⁹ GIDI, ANTÔNIO. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.p.320

⁴⁰ Para Edilson Vitorelli: “Representar é agir em nome de outrem. É fazer presente quem está ausente. Isso significa que o representante, ao tomar uma decisão em nome do representado, se coloca no seu lugar, apreende os seus interesses e supõe, em um exercício mental, que se o representado estivesse presente, tomaria aquela mesma decisão [...]” (VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. *Jota*, 15 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>>. Acesso em 30 jun .2019).

⁴¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador:

evidente -mínima ou nenhuma - participação no processo deliberativo dos acordos, tanto do grupo a ser afetado pela decisão, como dos entes legitimados.⁴²

Essa importância atribuída à atuação dos colegitimados na condução do processo, também é ressaltada pela doutrina argentina do professor Leandro Giannini, que destaca a necessidade de se controlar o exercício da referida legitimidade, de modo que seja “[...] vigoroso, comprovado, apropriado, àqueles que têm condições pessoais, profissionais, financeiras, etc., suficientes para garantir uma defesa apropriada dos ditos interesses [...]”.⁴³

Vislumbra-se deste modo que, de nada adianta o compromisso de ajustamento de conduta ser - no plano teórico - um instrumento capaz de abrir os caminhos da autocomposição nas causas coletivas, se - no mundo dos fatos - ele não atender os pilares básicos do instituto, intrinsecamente relacionado às diretrizes do Estado Democrático de Direito.⁴⁴ A Política de Incentivo do Ministério Público à Autocomposição⁴⁵ e as disposições do CPC/15 consolidando uma verdadeira cultura da pacificação,⁴⁶ somente ganham eficácia com a garantia do processo deliberativo das partes e de uma atuação adequada do colegitimado para a defesa dos substituídos.

Se a transposição da “mentalidade desformalizadora e da conciliação”⁴⁷, resulta da necessidade de um novo olhar para a história coletiva,⁴⁸ mister garantir que esses novos instrumentos não fragilizem a própria essência do processo coletivo - que é a tutela adequada, tempestiva e justa do grupo.

Juspodivm, 2019, v. 4. p. 378; NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 191.

⁴² Nesse sentido ver Reclamação 31.935 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - que não homologou o TTAC-2015 - e a ADPF 165 do Supremo Tribunal Federal (STF) que homologou o acordo dos Planos Econômicos, os quais serão abordados especificamente no tópico 5 deste trabalho.

⁴³ GIANNINI, Leandro J. Transacción y mediación en los procesos colectivos (requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase). *Revista de Processo*, v. 201, p. 149, nov/2011, versão digital, tradução nossa.

⁴⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 119

⁴⁵ Nos termos do art. 1º da Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público: “Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição. Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.” Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>>. Acesso em 30 jun.2019.

⁴⁶ Assim dispõe o art. 3 do Código de Processo Civil de 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.”

⁴⁷ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.97-98.

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Proteção Jurídica dos Interesses Coletivos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 139, p. 1-10, jan./mar. 1980, p.2.

Com as ideias aqui abordadas, examina-se doravante como as estruturas consensuais de resolução das controvérsias se desenvolveram no Caso Rio Doce.

TAC-GOV: UM NOVO PARADIGMA? AS VOZES DOS ATINGIDOS E A PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA

No curso das ações civis pública ajuizadas no Caso Rio Doce (processo nº 0069758-61.2015.401.3400 e processo nº 002383-07.2016.401.3800), foram celebrados dois instrumentos autocompositivos: *o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta – TTAC (2016)* e *o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC-GOV (2018)*. Embora ambos os acordos sejam espécies das soluções consensuais buscadas no processo coletivo, e por consequência, com a necessidade de observarem as premissas básicas da autocomposição, verifica-se que cada ajuste tem efeitos nitidamente distintos quanto à participação social e institucional no desastre.

No TTAC, celebrado entre União, estados atingidos, Samarco, Vale, BHP e órgãos ambientais, a representatividade argumentativa dos atingidos e das instituições de justiça restou maculada, na medida em que não se oportunizou a ampla participação dos afetados nos Comitês Interfederativos, nas Câmaras Técnicas, tampouco na Fundação Renova. O processo deliberativo limitou-se a realização de algumas audiências públicas (Cláusula 61 do TTAC),⁴⁹ fragilizando, portanto, a tutela dos interesses dos atingidos - defasada frente aos interesses das empresas. Acrescente-se ainda que tanto o Ministério Público Federal, os parquets estaduais e a Defensoria Pública tiveram mínima participação na construção deste acordo, e nesse sentido, questionaram a falta de participação das pessoas atingidas.⁵⁰

Dado esse panorama, não é difícil compreender as razões pelas quais esse "acordo sujo"⁵¹ não restou homologado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), na Reclamação 31.935. Em linhas gerais, destacou-se no voto que não houve amplo debate para a solução negociada da controvérsia uma vez que alguns entes federativos e entidades civis ficaram à margem do processo deliberativo - como, por exemplo, os municípios de Linhares, Marilândia, Colatina e Baixo Guandu – diretamente afetados pelo desastre. Nessa conjuntura, foi suspensa a homologação do termo sob a tese de que faltou a oralidade dos atingidos e das instituições de justiça. Essa decisão do STJ, pela não homologação do TTAC-2016 representa um

⁴⁹ TERMO DE TRANSAÇÃO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TTAC), 2016. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>>. Acesso em: 5 maio de 2019.

⁵⁰ CAMPOS, Rafael Mello Portella; SOBRAL, Mariana Andrade Sobral. O acordo sai caro, e muito caro! Percepções iniciais da Defensoria Pública acerca dos processos indenizatórios da bacia do Rio Doce. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: Desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2018. p.154.

⁵¹ Expressão cunhada por Antônio Gidi, ao se referir ao acordos prejudiciais aos interesses da comunidade titular do direito violado. (GIDI, ANTÔNIO. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 360).

reconhecimento de que a participação do grupo atingido no processo de autocomposição é um dos requisitos primordiais para a tutela adequada do grupo.⁵²

Se de um lado, o STJ dá um passo importante ao evidenciar a relevância de uma das premissas básicas das soluções consensuais nas causas coletivas, de outro modo faz o Supremo Tribunal Federal (STF) – que no âmbito do entendimento firmado na ADPF 165 – fragilizou o princípio da representatividade adequada. A Corte Suprema ao homologar o acordo dos Planos Econômicos e expurgos inflacionários da década de 80 – mediado pela Advocacia Geral da União (AGU) – deixa claro que uma entidade que tem interesses econômicos diretamente relacionados às instituições financeiras envolvidas – pode conduzir um processo de autocomposição que visa tutelar os consumidores lesados. Situação puramente contraditória com a essência do processo coletivo.⁵³

Para o STF a representatividade adequada das partes se efetivou porque “[...] o acordo foi firmado por entidades com um relevante histórico de defesa dos interesses de seus associados e com notório interesse e participação em ações coletivas relativas ao tema [...]”⁵⁴ Nesse ponto, é pertinente a crítica de Edilson Vitorelli quanto a homologação do aludido termo, que vê no compromisso firmado evidente ato autoritário, na medida em que não foi levada ao conhecimento do público as mais de 50 reuniões celebradas para fechar o acordo.⁵⁵

Esse contexto apresentado, reforça mais uma vez que a autocomposição somente será efetiva se houver a tutela adequada dos substituídos. Significa dizer que, se participação nos processos deliberativos e a representação do grupo⁵⁶ por um ente adequado, não se concretizarem, não há que se falar em um acordo justo, tampouco democrático.

É nessa guinada, que o TAC-GOV, celebrado por Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES), Defensoria Pública da União (DPU), Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG) e Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (DPES), União, Estados, órgãos ambientais e empresas responsáveis em 2018, emerge como um instrumento autocompositivo diametralmente oposto ao TTAC.

O TAC-GOV tem o desiderato de trazer os atingidos para mais próximo das discussões relacionadas ao desastre ambiental, maximizando-se o processo deliberativo do grupo e também das instituições de justiça. Muda-se o paradigma, concentrando esforços na

⁵² RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 31.935/MG, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgada em 30 jun. 2016, Dje 01 jul. 2016.

⁵³ ADPF 165, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PLENO, julgado em 15 fev. 2018, Dje 19 fev. 2018.

⁵⁴ ADPF 165, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PLENO, julgado em 15 fev. 2018, Dje 21 set. 2017. p. 10.

⁵⁵ VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. *Jota*, 15 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 29 jun. 2019.

⁵⁶ “O poder que o representante americano tem para fazer um acordo em nome do grupo é legitimado por um sistema sofisticado de avaliação judicial da representação adequada, que incluiu a aprovação judicial dos termos do acordo, a notificação aos membros ausentes, a audiência, o direito de intervenção e de objeção ao acordo, o direito de auto exclusão [...]” (GIDI, ANTÔNIO. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 359).

primazia dos atingidos e na garantia de sua representatividade argumentativa. A proposta então é trazer o grupo diretamente afetado para o centro das negociações celebradas, o que se efetiva através de mecanismos próprios previstos no TAC-GOV, que são: 1) Assessorias técnicas; 2) Comissões locais; 3) Comitês regionais. 4) Fórum de Observadores externos bem como as novas atribuições ao Ministério Público e a Defensoria Pública e a modificação na estrutura da Fundação Renova.

Portanto, vê-se que o TAC-GOV mostra-se, num primeiro plano, apto a ajustar os déficits da representatividade dos atingidos pela tragédia ambiental de Mariana em 2015.⁵⁷ Examina-se a partir de agora cada um desses eixos apontados.

MECANISMOS DE APRIMORAMENTO DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS ATINGIDOS

Assessorias técnicas

As assessorias técnicas determinadas no TAC Governança têm o condão de promover a organização dos atingidos em seus respectivos territórios, de modo a se respeitar seus valores e determinação. Esses canais de representação são escolhidos pelos próprios atingidos, não subordinando-se ao poderio da Samarco e da Fundação Renova. O Ministério Público e a Defensoria Pública são responsáveis pela supervisão dessas assessorias.⁵⁸

A regulação das assessorias técnicas está disposta nas cláusulas quarta e quinta do TAC-GOV, na qual a primeira expressamente assegura aos atingidos: o direito à participação na governança do processo de reparação integral dos danos decorrentes do rompimento da Barragem de Fundão, nas diversas instâncias decisórias e consultivas.⁵⁹

Verifica-se que as assessorias são fundamentais para assegurar a escuta dos atingidos pelo desastre na medida em que reputa ser necessária aferir a singularidade de cada grupo. Considerando a pluralidade de atingidos no Desastre do Rio Doce, que abrange, por exemplo, desde os trabalhadores do setor de mineração em Mariana (METABASE)⁶⁰, até comunidades quilombolas, indígenas e tradicionais, tal mecanismo, de fato, incrementa a participação das pessoas atingidas a partir do reconhecimento das suas especificidades.

⁵⁷ O TAC-GOV foi homologado em 08 de agosto de 2018. (JUSTIÇA homologa TAC Governança. 8 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.samarco.com/noticia/court-approves-tac-governance/>>. Acesso em: 2 jul. 2019).

⁵⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dúvidas sobre o TAC Governança?* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

⁵⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_a_Samarco.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

⁶⁰ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do Rio Doce*. Brasília: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf> Acesso em: 5 jun. 2019. p. 6.

Cabe às assessorias técnicas, ainda, a função de auxiliar os trabalhos das Comissões Locais, nos termos da cláusula décima.⁶¹

Comissões locais

As Comissões locais têm uma atuação de simbiose com as assessorias técnicas (cláusula décima, cláusula oitava, parágrafo segundo)⁶² e sua principal função é de adequar as medidas reparatórias de acordo com suas necessidades e territorialidade.⁶³

Esse suporte justifica-se na medida em que as comissões locais devem formular propostas, críticas e sugestões sobre a atuação dos Comitês Interfederativos (CIF), das Câmaras Técnicas e da Fundação e também a respeito do seu território de abrangência. Outra atribuição legal dessa estrutura é a articulação com as demais comissões para fins de definição da participação e pauta das reuniões, com o desiderato de atingir a maior efetividade possível (cláusula décima).⁶⁴ Nesse ponto, nota-se verdadeira enfoque nos grupos atingidos e no quadro social e territorial em que estão inseridos.

Nos moldes da cláusula oitava, essas comissões locais podem ser compostas tanto por pessoas que residem nos municípios atingidas pelo desastre do Rio Doce, como também por indivíduos que tenham sofrido danos na área de abrangência das respectivas comissões locais, hipótese em que participarão como interlocutores legítimos.⁶⁵

As comissões locais evidenciam tamanha urgência de aprimoramento do sistema de governança participativo que fora previsto o prazo de 06 (seis) meses para sua implementação contados a partir da homologação (cláusula oitava, parágrafo quarto) e a instalação, inicial, de 19 comissões locais (cláusula nona).⁶⁶

A partir dos problemas detectados as comissões devem comunicar os fatos as instituições de justiça, o Fórum de Observadores, as Câmaras Técnicas e o CIF (cláusula décima quinta).

Importante destacar que todas as reuniões das comissões locais devem ser abertas à participação de qualquer pessoa atingida, sendo necessária divulgação prévia (parágrafo único, cláusula décima quinta), o que evidencia uma deliberação mais democrática.⁶⁷

⁶¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁶² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 29 jun. 2019.

⁶³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 29 jun. 2019.

⁶⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 29 jun. 2019.

⁶⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁶⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁶⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.119

Câmaras regionais

As câmaras regionais foram previstas no TAC-GOV como um dos mecanismos externos de controle da atuação da Fundação Renova, neste caso, realizado pelos próprios atingidos.⁶⁸

A figura das câmaras regionais está prevista no capítulo VI do TAC-GOV e conforme definição dada pela cláusula vigésima nona do termo, seu objetivo é garantir a participação das pessoas atingidas no processo de reparação integral dos danos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão, sendo prevista a criação de até seis câmaras regionais para este fim.⁶⁹

A cláusula vigésima nona prevê ainda, no seu parágrafo primeiro, que as câmaras regionais deverão constituir fóruns de discussão, de organização participativa dos atingidos e de interlocução e composição com a Fundação Renova.⁷⁰

Importa ressaltar que a cláusula trigésima combinada com as cláusulas trigésima primeira e trigésima segunda do TAC-GOV cuidam de conferir aos atingidos representados por meio das câmaras regionais amplos poderes participativos, na medida em que lhes garantem a possibilidade de alterações, proposições de revisão e criação de programas e projetos destinados à reparação integral dos danos decorrentes do desastre, respeitados os termos do TTAC e do TAC-GOV.⁷¹

No âmbito da atuação das instituições, o TAC-GOV disciplina em sua cláusula trigésima terceira a garantia ao Ministério Público e à Defensoria Pública de participação nas reuniões das câmaras regionais com direito a voz, porém sem direito a voto.⁷²

Por fim, cumpre destacar ainda a previsão da cláusula trigésima quarta do TAC-GOV que confere poder de autodeterminação aos atingidos ao atribuir-lhes a prerrogativa de definirem segundo seus próprios termos a forma de participação dos membros no âmbito das câmaras regionais, contando para tanto com o apoio do *expert* do Ministério público.⁷³

Fórum de Observadores externos

O fórum de observadores corresponde a um dos mecanismos externos de controle instituídos pelo TAC-GOV para submeter a Fundação Renova à moderação, neste caso, feita pela sociedade civil.⁷⁴

⁶⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dúvidas sobre o TAC Governança?* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

⁶⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dúvidas sobre o TAC Governança?* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>>.

A figura do fórum está prevista no capítulo V do TAC-GOV e conforme a definição dada pela cláusula décima nona do termo, sua natureza será consultiva, sendo uma instância de participação e controle social⁷⁵ criada com o objetivo de:

[...] acompanhar os trabalhos e analisar os resultados dos diagnósticos e das avaliações realizadas pelos *EXPERTS DO MINISTÉRIO PÚBLICO* e acompanhar os trabalhos da FUNDAÇÃO, podendo apresentar críticas e sugestões ('FÓRUM DE OBSERVADORES').⁷⁶

O capítulo V do TAC-GOV prevê ainda, na sua cláusula vigésima, como será a composição do fórum de observadores, o qual será integrado por representantes da sociedade civil, de grupos acadêmicos, das pessoas atingidas e dos povos e comunidades tradicionais atingidos.⁷⁷

Além disso, a cláusula vigésima segunda do capítulo V explica que caberá ao Ministério público a indicação dos doze representantes da sociedade civil habilitados a compor o fórum de observadores, sendo estes indicados "[...] dentre entidades, movimentos sociais e grupos acadêmicos de reconhecidas independência, credibilidade, representatividade e confiança junto às pessoas atingidas."⁷⁸

A cláusula vigésima em seu parágrafo único prevê ainda a possibilidade da Defensoria Pública sugerir representantes da sociedade civil ao Ministério Público para fins de compor o fórum de observadores.⁷⁹

Por fim, cabe pontuar que a cláusula vigésima terceira garante aos atingidos um espaço de participação no fórum de observadores, enquanto que a cláusula vigésima sétima determina que o fórum deverá receber todos os relatórios e resultados enviados ao Ministério Público pelos seus *experts* com o objetivo de permitir a sua análise e discussão pelos integrantes do grupo.⁸⁰

Defensoria Pública e Ministério Público: novas atribuições e seus impactos na participação institucional

Além da falta de participação das populações atingidas pelo desastre, o TTAC celebrado em 2015 entre a União, alguns órgãos governamentais, o Estado de Minas Gerais e do Espírito

br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>. Acesso em: 24 jun. 2019.

⁷⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC-GOV), 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC-GOV), 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC-GOV), 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC-GOV), 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁷⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC-GOV), 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁸⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta* (TAC-GOV), 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

Santo, junto à Samarco Mineração S.A, Vale S.A e BHP Billiton Brasil Ltda., foi igualmente criticado por ter excluído do processo de construção do acordo as instituições do Ministério Público e da Defensoria Pública.⁸¹

Nesse sentido, afirmam Rafaela Silva Dornelas e outros que a ausência desses entes na construção do TTAC viola os princípios da participação democrática e do devido processo legal coletivo, uma vez que a melhor tutela para os direitos coletivos é aquela que busca a resolução de conflitos de forma adequada e participativa.⁸²

A questão passa também pela necessidade de análise da representatividade adequada na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, cujo controle decorre da própria garantia do devido processo legal, uma vez que não se pode admitir que um acordo gere efeitos vinculantes à terceiros se não lhes for garantida a adequada apresentação de seus interesses e posições no processo.⁸³

Assim, o TAC-GOV celebrado em 2018 teve como objetivo, justamente, superar as deficiências do seu antecessor, uma vez que contou com a participação das instituições do MPF, do MPMG, do MPES, da DPU, da DPMG e da DPES na sua elaboração.⁸⁴

Nesse sentido, o TAC-GOV prevê, entre as muitas alterações realizadas a estrutura de governança da Fundação Renova, a sua submissão ao controle do Ministério Público e da Defensoria Pública, que adquirem, por exemplo, poderes de veto em relação aos nomes que não tenham perfil adequado para compor o quadro da Fundação.⁸⁵

Com efeito, a cláusula sexta prevista no capítulo III do TAC-GOV⁸⁶, relativo à governança e participação, vai ao encontro deste novo paradigma de participação institucional, estabelecendo que:

[...] Será assegurado ao MINISTÉRIO PÚBLICO, à DEFENSORIA PÚBLICA e ao PODER PÚBLICO acesso irrestrito e adequado, na forma da lei, aos dados direta ou indiretamente produzidos pela FUNDAÇÃO [...].⁸⁷

Além disso, de acordo com as alterações realizadas pelo TAC-GOV em relação a participação dos atingidos nos processos deliberativos e executivos da reparação dos danos,

⁸¹ DORNELAS, Rafaela Silva. et al. Ações Clvis Públicas e Termos de Ajustamento de Conduta no caso do desastre ambiental da Samarco. In: LOSEKANN, Cristiana; MILANEZ, Bruno. *Desastre no Vale do Rio Doce: Antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p. 352.

⁸² DORNELAS, Rafaela Silva. et al. Ações Clvis Públicas e Termos de Ajustamento de Conduta no caso do desastre ambiental da Samarco. In: LOSEKANN, Cristiana; MILANEZ, Bruno. *Desastre no Vale do Rio Doce: Antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p. 352.

⁸³ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 202.

⁸⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁸⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dúvidas sobre o TAC Governança?* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

⁸⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁸⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

foi determinado que as comissões locais, câmaras regionais e fórum de articulação das câmaras passassem a funcionar sob a supervisão dos Ministérios Públicos e Defensorias Públicas.⁸⁸

Dessa forma, observa-se que o TAC-GOV propõe um novo paradigma de participação institucional para o Ministério Público e a Defensoria Pública alterando o sistema de governança estabelecido no TTAC e aprimorando os mecanismos de participação dos atingidos, levando em conta a importância da sua representatividade adequada no processo em obediência ao princípio do devido processo legal coletivo.

TAC-GOV E AS MODIFICAÇÕES NA ESTRUTURA DA FUNDAÇÃO RENOVA

A Fundação Renova foi instituída pelo T-TAC (cláusula 5, I, cláusula 209) com o objetivo de ser o centro de referência para a reparação dos danos no Caso Rio Doce. Mas desde a tragédia, a referida instituição tem se mostrada inapta para as demandas dos atingidos,⁸⁹ o que além de outros fatores, têm comprometido o processo deliberativo das comunidades.

O acordo que criou a Fundação dotava-a de autonomia para gerir e executar todas as medidas previstas nos programas socioeconômicos e ambientais (cláusula 5, IV, cláusula 209). Nessa linha, o Conselho de Curadores era composto exclusivamente por profissionais técnicos, sem a participação dos atingidos (cláusula 213, §1º). De igual modo, o Conselho Consultivo (cláusula 219). Não existia, portanto, um controle externo efetivo da Fundação.⁹⁰

A proposta do TAC-GOV, frente a esse cenário, é justamente submeter a Fundação Renova a um controle mais efetivo e amplo, o que se verifica através de algumas alterações na estrutura da referida Fundação, sobretudo no Conselho de Curadores e no Conselho Consultivo.

O TAC-GOV passa a determinar que o Conselho de Curadores, seja formado não apenas de profissionais técnicos, como também de pelo menos de dois membros indicados pelas Câmaras Regionais dentre os atingidos (cláusula quadragésima sexta, I). E mais, o novo acordo prevê a autonomia dos grupos atingidos na organização tanto na forma de participação como na representação das pessoas atingidas através da articulação das Câmaras Regionais (cláusula quadragésima sexta, parágrafo primeiro). Some-se a isso, a possibilidade doravante dos atingidos também integrarem o Conselho Consultivo, intermediado pelas Comissões Locais e as Assessorias Técnicas (cláusula quadragésima oitava, II).⁹¹

⁸⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Dúvidas sobre o TAC Governança?* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/duvidas-sobre-o-tac-governanca>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

⁸⁹ Assim como a AGU não poderia figurar como mediadora no acordo dos Planos Econômicos, porque inclina-se para os interesses das instituições financeiras, a Fundação Renova volta-se para os interesses da Samarco. (VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. *Jota*, 15 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 30 jun. 2019).

⁹⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (T-TAC)*, 2016. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/07/TTAC-FINAL.pdf>>. Acesso: 25 jun. 2019.

⁹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV)*, 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_Samarco.pdf>. Acesso: 25 jun. 2019.

Verifica-se deste modo, que o TAC-GOV viabiliza a um só tempo uma maior autonomia dos grupos atingidos e um controle externo da Fundação, o que abre caminho para maximizar a escuta e intervenção dos grupos afetados nos processos decisórios, erigindo-os com sujeitos da decisão e não meros objetos.

A AMPLA PARTICIPAÇÃO COMO CAMINHO PARA A SOLUÇÃO NEGOCIADA: PORQUE ULTRAPASSADOS QUASE QUATROS ANOS DO DESASTRE, AINDA É IMPORTANTE DISCUTIR SE DE FATO OS ATINGIDOS E AS INSTITUIÇÕES ESTÃO PARTICIPANDO DAS DECISÕES?

Como explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. o processo coletivo é marcado pela permanente tensão envolvendo a participação dos membros do grupo e do próprio grupo e a atuação do representante colegitimado no processo.⁹²

Nesse sentido, Vitorelli defende que nos litígios de difusão irradiada, em que se verifica a multiplicidade de perspectivas envolvidas, o processo coletivo deve ser aproximar de um "town meeting"⁹³ estruturado de forma a promover a manifestação dos diferentes subgrupos sociais atingidos e considerar os interesses de cada um deles.⁹⁴

Além disso, o autor aponta que a representatividade adequada nesse tipo de litígio, a fim de contemplar todos os distintos interesses envolvidos na demanda, exigirá, via de regra, a atuação de mais de um legitimado coletivo.⁹⁵

Assim, Vitorelli conclui que justamente por seu caráter policêntrico, os litígios de difusão irradiada demandam um diálogo processual plural entre os respectivos representantes dos titulares de cada interesse como pressuposto para uma solução adequada a contemplar todos os elementos do conflito, para isso defendendo uma associação presente e independente dos membros do grupo que continue por tempo razoável a compor um diálogo em busca de soluções para os problemas enfrentados coletivamente.⁹⁶

Tendo em vista a elevada complexidade e conflituosidade inerente a este tipo de litígio, haveria, portanto, a necessidade de se adotar o conceito de zonas de interesse a fim de contemplar a representação dos diferentes grupos e seus respectivos interesses no processo como uma exigência do princípio do devido processo legal coletivo.⁹⁷

⁹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4. p. 227.

⁹³ VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo* [livro eletrônico]: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: RT, 2016.

⁹⁴ VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo* [livro eletrônico]: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: RT, 2016.

⁹⁵ VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo* [livro eletrônico]: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: RT, 2016.

⁹⁶ VITORELLI, Edilson. *Devido Processo Legal Coletivo* [livro eletrônico]: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: RT, 2016.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4. p. 230.

Quanto a escolha do legitimado e a sua condução do processo, Sérgio Cruz Arenhart alerta precisamente que:

[...] O fundamental é perceber se o legitimado que está autorizado a conduzir a coletivização, terá condições de representar adequadamente os interesses dos ausentes no processo, de forma que a solução por ele conseguida represente a maior vantagem possível para os indivíduos [...].⁹⁸

No mesmo sentido, também verifica-se a preocupação da jurisprudência americana em relação a proteção conferida pelo devido processo legal aos membros ausentes nas *class actions*, uma vez que há previsão no sistema americano de que a corte responsável pelo julgamento conduza audiência a fim de verificar a equidade, adequação e razoabilidade das propostas de acordo que devem promover outra camada de proteção do devido processo legal para os membros ausentes.⁹⁹

Isto porque a solução a ser obtida pelo representante deve ser válida para todo o grupo, logo há necessidade de definir critérios não só para a escolha do legitimado coletivo, mas também para “[...] calibrar a condução do processo pelo legitimado com a imposição de deveres dele para com os membros do(s) grupo(s) atingido(s) pelo processo coletivo e que estão, por ele, legitimados, sendo representados em juízo.”¹⁰⁰

Da mesma forma, há previsão na Recomendação elaborada pela Comissão Europeia em 2013 acerca dos princípios comuns para os mecanismos de reparação coletiva de natureza compensatória e cautelar nos Estados membros de que são requisitos necessários para uma entidade representativa atuar em nome de um grupo em um processo coletivo, entre outros, que haja uma relação direta entre os objetivos da entidade e os direitos protegidos pela lei cuja violação é objeto da ação ajuizada¹⁰¹, o que demonstra uma preocupação com a adequada representação dos indivíduos na justiça.

Conclui-se, portanto, que o exame da representatividade adequada para tutela coletiva não se esgota com a identificação abstrata dos legitimados por lei a conduzir o processo coletivo, mas sim passa por um controle jurisdicional no caso concreto dessa adequação, inclusive durante a condução do processo pelo legitimado, a ser realizado tanto pelo juiz como pelos substituídos, no caso, os atingidos pelo desastre de Mariana.¹⁰²

⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela de interesses individuais* [livro eletrônico]: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁹⁹ MULLENIX, Linda S. Ending Class Actions as We know them: Rethinking the American Class Action Rule. In: *Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. n. 565, v. 64, p. 401-449, 2014. p. 430.

¹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4. p. 231.

¹⁰¹ HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress* [livro eletrônico]: New Technologies. Oxford: Hart, 2018.

¹⁰² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4. p. 231.

CONCLUSÃO

Longe de esgotar o tema relativo aos desafios impostos ao direito processual coletivo em promover a reparação integral dos danos em face do desastre ambiental causado pelo rompimento da Barragem de rejeitos em Fundão operada pela Samarco Mineração S/A, o presente estudo buscou contribuir para o debate acadêmico em torno da efetividade dos Termos de Ajustamento de Conduta (TTAC e TAC-GOV) em oferecer uma tutela adequada aos atingidos pela catástrofe oferecendo mecanismos de participação aptos a permitir a sua representatividade dentro do litígio.

Foi constatada a possibilidade de autocomposição nas demandas coletivas através de acordos extrajudiciais mesmo nos casos envolvendo litígios de difusão irradiada com elevada complexidade e conflituosidade¹⁰³ como o resultante do desastre de Mariana, desde que garantida a representação adequada dos atingidos através das instituições de justiça comprometidas com a proteção dos seus interesses, bem como a participação daqueles diretamente na construção da solução consensual.

Assim, foram analisadas as deficiências do TTAC firmado em 2016 quanto à participação dos atingidos na construção da solução extrajudicial do litígio e sobretudo no que diz respeito a sua representatividade adequada por meio das instituições de justiça do Ministério Público e da Defensoria Pública, as quais foram igualmente deixadas de fora da elaboração do acordo.

Dessa forma, verificou-se que a assinatura do TAC-GOV em 2018 com a participação das instituições do Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual de Minas Gerais, Ministério Público Estadual do Espírito Santo, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública de Minas Gerais e Defensoria Pública do Espírito Santo representou uma mudança no paradigma de escuta das vozes dos atingidos e na estrutura de governança pensada anteriormente para a Fundação Renova, através da implementação de mecanismos externos de controle da Fundação como as Comissões Locais, Câmaras Regionais e Fórum e Observadores.

Concluiu-se, portanto, que o TAC-GOV implementou mudanças relevantes no panorama de representação dos atingidos pelas instituições de justiça e na construção de mecanismos de participação concretos aptos a permitir a condução do processo de reparação dos danos causados pelo desastre de Mariana também pelos próprios atingidos pela catástrofe, contudo, permanecendo imperativo o dever de contínua fiscalização pelo poder judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública a fim de garantir a efetividade dos mecanismos criados para que a tutela prestada aos diferentes grupos envolvidos no caso do Rio Doce seja sempre a mais adequada à luz do princípio do devido processo legal coletivo.

¹⁰³ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: Representação, Participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 jun. 2019. p.88.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Jalcione; CARVALHO, Natan Ferreira de. Sentidos de justiça e mediação de conflito ambiental: o caso do rompimento da barragem de Fundão, Mariana/MG, Brasil. *Brazilian Applied Science Review*, Curitiba, v.2, n.3, p.982-998, jul./set. 2018. Disponível em: <<http://www.brjd.com.br/index.php/BASR/article/view/469/403>>. Acesso em: 5 maio 2019.
- ARENHART, Sergio Cruz. A Tutela Coletiva dos Interesses Individuais [livro eletrônico]: Para Além da Proteção dos Interesses Individuais Homogêneos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Curso de processo civil coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BÁNDI, Gy. Access to justice in environmental protection cases. In: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C.H. (coord.). *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014. p. 15-34.
- CABRAL, Antônio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo (Repercussões do Novo CPC)*. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 319-332
- CAMPOS, Rafael Mello Portella; SOBRAL, Mariana Andrade Sobral. O acordo sai caro, e muito caro! Percepções iniciais da Defensoria Pública acerca dos processos indenizatórios da bacia do Rio Doce. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: Desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2018. p.149-171.
- CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (Brasil). Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco e seus efeitos sobre o vale do Rio Doce. Brasília: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-aocidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf> Acesso em: 5 jun. 2019.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 4.
- DORNELAS, Rafaela Silva. et al. Ações Clvis Públicas e Termos de Ajustamento de Conduta no caso do desastre ambiental da Samarco. In: LOSEKANN, Cristiana; MILANEZ, Bruno. *Desastre no Vale do Rio Doce: Antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p. 339-369.
- FISS, Owen. Against Settlement. In: *Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, 1984, p. 1073-1092.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas Ações Coletivas. In: ZANETI JR., Hermes. *Processo Coletivo (Repercussões do Novo CPC)*. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 333-361.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- GIANNINI, Leandro J. Transacción y mediación en los procesos colectivos (requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, p. 149-199, nov/2011, versão digital.
- GIDI, ANTÔNIO. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.
- GIDI, ANTÔNIO. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HODGES, Christopher; VOET, Stefaan. *Delivering Collective Redress: New Technologies*. Oxford: Hart, 2018.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: Representação, Participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/40822/R%20-%20T%20-%20EDILSON%20VITORELLI%20DINIZ%20LIMA.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 jun. 2019.
- MENEGHIN, Guilherme de Sá; SILVA, Nívia Mônica da. *A atuação do Ministério Público Para garantir a participação dos atingidos no processo de reparação dos direitos violados pelo rompimento da barragem de Fundão operada pela Samarco em Mariana*. In: LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia. *Desastre na Bacia do Rio Doce: Desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2018. p.173-206.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Denúncia. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco>>. Acesso em: 5 maio 2019.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo de Ajustamento de Conduta (TAC-GOV), 2018. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/novo_TAC_Governan%C3%A7a_a_Samarco.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A proteção jurídica dos interesses coletivos*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.139, p.1-10, jan./mar. 1980.
- MULLENIX, Linda S.. *Ending Class Actions as We know them: Rethinking the American Class Action Rule*. In: *Public Law and Legal Theory Research Papers Series*. n. 565, v. 64, p. 401-449, 2014.
- NERY, Ana Luíza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PEÇANHA, Catharina; LÂMEGO, Guilherme; ARGOLLO, Isaac; SÉ, Jairo Sento; ROSSI, Thais. *O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, p. 263-295, abr. 2018, versão digital.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

- SILVA, Jarbas Vieira da; ANDRADE, Maria Júlia Gomes. Introdução. In: LOSEKANN, Cristiana; MILANEZ, Bruno. Desastre no Vale do Rio Doce: Antecedentes, impactos e ações sobre a destruição. Rio de Janeiro: Folio Digital: Letra e Imagem, 2016. p. 23-35.
- TERMO DE TRANSAÇÃO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TTAC), 2016. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/07/TTAC-FINAL.pdf>>. Acesso em: 5 maio de 2019.
- VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. Revista de Processo, São Paulo, v.251, p. 391-426, jan/2016, versão digital.
- VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Jota, 15 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>. Acesso em: 30 jun. 2019.
- VITORELLI, Edilson. Devido Processo Legal Coletivo [livro eletrônico]: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: RT, 2016.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA AUTOCOMPOSIÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CASO DE MARIANA E DA PARTICIPAÇÃO EFETIVA DOS TITULARES DOS DIREITOS VIOLADOS

Gabriel de Oliveira Coelho Santana¹

João Vitor Cruz de Castro²

Resumo: O presente trabalho busca analisar como se deu a autocomposição dos litígios coletivos oriundos do rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana, o qual gerou uma série de danos a um número incontável de pessoas. Nesse sentido, mediante estudo guiado por uma metodologia exploratória lógico-dedutiva com base bibliográfica, o trabalho foi realizado sob a ótica dos métodos adequados de solução de conflitos no âmbito dos direitos coletivos *lato sensu*, a qual precisa observar um instituto importante, qual seja, o da representação adequada, sendo este fundamental ao devido processo legal coletivo, na medida em que, caso não haja a efetiva participação dos atingidos, resta este violado, como por diversas vezes verificou-se no âmbito dos acordos celebrados no caso em análise.

Palavras-chave: Autocomposição; Métodos adequados de solução de conflitos; Mariana; Direitos coletivos *lato sensu*; Representação adequada.

INTRODUÇÃO

Com o rompimento da Barragem de Fundão no ano de 2015, houve a violação de diversos direitos coletivos e, destarte, surgiram inúmeros litígios, os quais foram e são objeto de análise do Poder Judiciário, de modo que, por vezes, alcança-se a solução dos conflitos pela via extrajudicial.

Uma das formas de se solucionar os litígios é a autocomposição, a qual figurou por diversas vezes no caso Rio Doce como um meio utilizado pelas partes para que se realizasse a tutela de direitos coletivos. Dessa forma, o presente trabalho analisará como se deu a autocomposição no âmbito do caso em questão, cujas medidas adotadas foram amplamente criticadas pela academia e por movimentos sociais.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Email: gabriel97coelho@gmail.com.

² Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Email: joao-vitor-cruz@hotmail.com.

Em um primeiro momento, realizar-se-á um estudo sobre os métodos adequados de solução de conflitos, dentre os quais, a depender do caso concreto, inclui-se a autocomposição, isto é, chega-se à tutela de direitos por meio da vontade das partes, e não pela análise de um terceiro imparcial.

Logo após, serão analisadas as formas de legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a legitimidade ordinária e a extraordinária. Salieta-se, contudo, que, conforme se verá a seguir, não basta que o ente seja legitimado para que seja válida a defesa de direitos coletivos, devendo este também agir de acordo com a *representação adequada*, princípio essencial à tutela de direitos coletivos, consoante se observará no trabalho.

Posteriormente, serão analisadas a tipologia de litígios coletivos elaboradas por Vitorelli, uma vez que essa permite verificar a diversidade de interesses e complexidades que os casos que versem sobre direitos coletivos podem assumir, e, conseqüentemente, permite também identificar os casos que carecem de mais participação dos atingidos.

Por fim, com base no arcabouço teórico trazido, questiona-se: no caso Rio Doce de Mariana, os acordos firmados sobre direitos coletivos respeitaram o princípio da *representação adequada*, especialmente no que tange às atividades da Fundação Renova, ente criado com o fito de reparar os danos oriundos do rompimento da Barragem de Fundão?

OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COM AS ALTERAÇÕES DOGMÁTICAS E LEGISLATIVAS RECENTES

Antes de se adentrar precisamente à temática das alterações legislativas recentes, as quais decididamente propiciaram uma mudança no tratamento dos conflitos, que agora em tese se sujeitam a métodos mais adequados, indispensável é se realizar um esboço em torno da evolução da mentalidade processual.

É cediço que houve uma mudança paradigmática na interpretação do Estado Democrático de Direito. Ao menos no Brasil, a Constituição da República Federativa, de 1988, especialmente com sua publicação, deixou de ser encarada tão-somente como uma Carta Política com função organizacional do Estado. Mais do que isso, adquiriu força normativa, passando a exercer influência em todo o ordenamento jurídico. O que atualmente soa uma obviedade nem sempre o fora, na medida em que o Estado de Direito atual deixou de ser fundado essencialmente na lei, tornando-se um modelo estatal fundado na Constituição (DIDIER JR., 2016, p. 42).

Seguindo esse raciocínio e sustentando o seguinte discurso na doutrina de Fredie Didier Jr., elenca-se também como fator salutar de mudança do pensamento jurídico-processual contemporâneo o desenvolvimento da teoria dos princípios, os quais passaram a deter verdadeira eficácia normativa. Paralelamente, destaca-se a valorização dos direitos fundamentais, que passaram a ser positivados na própria Constituição e efetivamente pensados quando na aplicação da norma ao caso concreto. Não por outro motivo foi que o

processualista nos dizeres que seguem prelecionou: "Assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva) (DIDIER JR., 2016, p. 56).

Além disso, chama-se a atenção para uma mutação da hermenêutica jurídica, de modo que a atividade jurisdicional criativa passou a ser muito mais proeminente, considerando-se que, de acordo com o paradigma anterior, o juiz deveria atuar apenas como "boca da lei". No entanto, percebeu-se que tal sistemática, da mera subsunção da situação fática à lei, não mais funciona hodiernamente ou que se tornou insuficiente, posto que os enunciados normativos não seriam capazes de prever todas as circunstâncias e situações possíveis. Nesse sentido, idealizou-se a diferença entre texto e norma, sendo esta última produto da interpretação do juiz ante o caso concreto, em razão do que o método de criação do direito, vale dizer, da *concretização*, é que deveria prevalecer, corroborando-se, assim, o chamado sistema das cláusulas gerais, atualmente vigente na maioria dos diplomas legais.

Por conseguinte, finalmente em termos evolutivos se tornou possível destacar o surgimento e a consagração de uma nova fase metodológica processual, qual seja, o *neoprocessualismo*. A evidência dada à Constituição Federal foi tamanha que o principal fundamento de tal fase se explica pela necessidade de a ciência do direito processual (não somente o processual civil) caminhar juntamente ao constitucionalismo, no sentido de que a aplicação da norma processual deve constantemente se espelhar, e na máxima medida possível, nos preceitos constitucionais.

Basicamente, a mudança substancial trazida por essa nova linhagem doutrinária, pelo que se difere do *instrumentalismo das formas* de Cândido Rangel Dinamarco, consiste na supervalorização dos princípios processuais, dos direitos fundamentais e dos valores protegidos pela Constituição Federal, como bem explicado por Hermes Zaneti Jr., defensor do chamado *formalismo valorativo*, outra designação do *neoprocessualismo*.

Tal tendência de exaltação principiológica processual à luz da Constituição Federal foi, aliás, carregada pelo Código de Processo Civil de 2015, doravante denominado CPC/2015, lei essa que, já em seu art. 1º, consagrou a *constitucionalização do processo*, fenômeno metodológico explanado nas linhas acima. Enfim, afóra a diferença entre a eficácia direta e a indireta dos princípios, também espécies normativas, fato é que o CPC/2015 tentou desmistificar a crença de que princípios detêm menor força normativa e que possuem menor grau de imperatividade se comparados às regras, quando, na verdade, compõem o ordenamento jurídico tanto quanto essas, cuja aplicação, sujeita às técnicas da *ponderação* e da *concretização*, é, deveras, obrigatória (DIDIER JR., 2016, p. 49-52).

Nessa ordem de ideias, traz-se à tona o princípio do direito processual civil do *respeito ao autorregramento da vontade no processo*, assim denominado por Didier. Em suma, pode ser definido como uma norma preconizadora da autonomia da vontade das partes no bojo de um processo, tendo em vista que a liberdade individual é um dos direitos fundamentais, nesse molde consagrado pela Constituição Federal, norteador do Estado Democrático de

Direito brasileiro. Valorizar a liberdade no âmbito processual é, aliás, enaltecer a democracia, visto o processo se tratar de uma forma de manifestação de poder pelo Estado, o que não significa que as partes possam se comportar de maneira desmedida ao, por exemplo, romper com as normas processuais cogentes de ordem pública (DIDIER JR., 2016, p. 133-137).

Diante de tais considerações, compulsando a atual dicção do processo civil brasileiro, constata-se que não faltam exemplos de prestígio ao exercício da autonomia privada das partes processuais, sobretudo no CPC/2015. É o que levantou o já citado processualista civil baiano com os seguintes exemplos: a estimulação da solução de conflitos pela autocomposição; a incumbência das partes de delimitar o objeto litigioso; a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, típicos e atípicos; o enaltecimento do princípio da cooperação, que atinge não somente as partes, mas também o juiz; e a arbitragem, como insinuado pela Lei nº 9.307/96, que enseja o funcionamento de um processo negociado previamente (DIDIER JR., 2016, p. 133-137).

Nada obstante a relevância de todas as hipóteses apontadas, não exaustivas por sinal, este trabalho tem especial interesse na análise do constante estímulo trazido pelo novo Estatuto Processual Civil à solução consensual dos conflitos. A esse respeito, as lições do trio autoral Cintra, Grinover e Dinamarco são atemporais no sentido de prever que, apesar de o Estado ter, de fato, interesse na pacificação social, inevitável foi o reconhecimento de sua falha no cumprimento dessa missão, o que quiçá muito se deve a percalços como a morosidade na prestação jurisdicional estatal e o alto custo do processo. Com efeito, essa situação abriu as portas para o estímulo de meios alternativos de solução de conflitos, orientados sobretudo pela guisa da celeridade, da simplicidade e da oralidade, princípios processuais esses enfraquecidos no âmbito do Poder Judiciário (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 25-31).

Dessa feita, concluiu-se que o Estado não detém o monopólio da jurisdição, tampouco é o único capaz de ultimar a pacificação das controvérsias criadas pela sociedade civil. Destarte, exsurge a *autocomposição* como alternativa à efetivação dos escopos da jurisdição, quais sejam, o social e o político (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 131-132), doutrinariamente subdividida em três espécies (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 21): desistência; submissão; e transação – sendo esta espécie a pertinente aos termos de ajustamento de conduta mais à frente analisados. Nessa dicção apregoa a obra *Teoria Geral do Processo*:

A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o *formalismo processual*. A *desformalização* é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de *celeridade*. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a *gratuidade* constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a *delegalização*, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional) (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2002, p. 26-27).

Apesar do entusiasmo com que se tratam os métodos alternativos, adequados e consensuais de resolução de conflitos, dado aparentemente consistirem em suposta inovação no sistema de justiça, oportuna é a ressalva brilhantemente apontada por Daniel Amorim Assumpção Neves. Mesmo reconhecendo a benevolência e a boa intenção do legislador de ao menos tentar priorizar tais ferramentas ao processo judicial, em determinadas espécies de litígios há nítida e gritante disparidade entre as partes, tanto no sentido informacional quanto no quesito econômico, o que dificulta se pensar em uma autocomposição equânime e justa (NEVES, 2016, p. 3-6).

É que em algumas espécies de direito material, a exemplo do consumerista e do trabalhista, uma das partes pode, locupletando-se de sua posição superior em vista da hipossuficiência da outra, forçar ou estimular acordos que acarretarão clara desvantagem e verdadeira involuntária cessão de direitos. Portanto, em determinadas situações, o controle e a supervisão jurisdicional do Judiciário são indispensáveis para a adequada tutela de direitos, justamente como se verá adiante (NEVES, 2016, p. 3-6).

Avançando no raciocínio, é forçoso reconhecer que essa tendência de valorização dos métodos alternativos não se encontra restrita ao universo processual civil individual. A ciência do direito processual coletivo também foi invadida por ditas ideias. Assim, valendo-se sobretudo da doutrina conjunta de Didier e de Hermes Zaneti Jr., é possível se extrair alguns apontamentos.

Preliminarmente, é necessário aduzir que o ordenamento jurídico brasileiro, espelhado numa tendência jurídica internacional, vivencia a chamada era da *recodificação*. É que, antes da atual fase, passou-se pela era da *descodificação*, caracterizada pelo desapego formal, individualista, fechado e da técnica extremamente arraigada, vez que se deixou de dar tanta importância à existência de códigos, isto é, leis formal e materialmente introvertidas, o que se evidenciou sobremaneira no direito civil (DIDIER JR., ZANETI JR., 2019 p. 64-67).

Já a *recodificação* conferiu nova roupagem ao ordenamento jurídico, pois se reconheceu novamente a importância dos códigos, porém sob nova perspectiva. Portanto, os códigos adquiriram relevância no cenário dos chamados *microssistemas*, na medida em que foram colocados no centro destes, unificando respectivas demais leis componentes, além de conferir robustez a seu funcionamento (DIDIER JR., ZANETI JR., 2019, p. 64-67).

O que se quer dizer é que a tendência contemporânea a que inclusive o ordenamento brasileiro se direciona é a de formação de *microssistemas*, caracterizados por um conjunto de leis harmonicamente situadas, cuja interpretação, diálogo e exportação de normas são bastante abertas e flexíveis. Por conseguinte, os códigos cumprem sobretudo uma função unificadora, centralizando a interdisciplinaridade normativa. No caso do microssistema de tutela coletiva, o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor é que desempenham tal papel (DIDIER JR., ZANETI JR., 2019, p. 64-67). Aquele código, aliás, assumiu feição diferenciada, que, segundo a doutrina em apreço, viabiliza o intercâmbio normativo nos dois sentidos, ou seja, exportando normas para a legislação extravagante e, ao mesmo tempo, importando desta, com vistas a propiciar a tutela coletiva (DIDIER JR., 2019, p. 67-67).

Ademais, a doutrina de Didier e de Zaneti se debruça com afinco no tema da justiça multiportas. Trata-se de linhagem doutrinária segundo a qual, corroborando o que fora até aqui dito, a jurisdição estatal não é a única forma de se efetuar a justiça. O *princípio da adequação*, integrante da dogmática processual civil, prega justamente a adequação do acesso à justiça às peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Com efeito, nem mesmo seria tecnicamente apropriado se designar as vias autocompositivas como métodos alternativos de resolução de conflitos, mas *adequados*, visto que a mentalidade preconizada pela dogmática atual, enfatizada pelo CPC/2015, é de que o Estado não é o único apto a solucionar controvérsias por meio de um processo, e é exatamente por isso que estimula a autocomposição. Decerto, portanto, que esse raciocínio se estende à seara da tutela coletiva.

Pelo fato de os entes colegitimados extraordinariamente para substituir os titulares dos direitos coletivos, conforme se verá à frente, não sejam, deveras, seus titulares, não podem a eles renunciar. Todavia, tal limitação não pode ser encarada como óbice à possibilidade de se lançar mão de métodos autocompositivos no processo coletivo. Ora, a própria Resolução nº 179 do CNMP, em seu art. 1º, já prevê a impossibilidade de referida renúncia por parte do Ministério Público quando atuar como substituto processual. Deve, em contrapartida, atuar visando à realização de negociação da maneira mais adequada possível no sentido de tutelar os direitos coletivos, buscando, sempre, o melhor resultado para respectivos titulares.

Com isso, vêm à tona a modalidade de solução consensual de conflitos do *compromisso de ajustamento de conduta*, paulatinamente mais em voga. Como será esmiuçado mais adiante, por ora basta dizer que se trata de negócio jurídico por meio do qual o ente substituto processual estabelece determinados direitos e deveres recíprocos com o particular causador do dano, visando à reparação deste.

No mais, resta apontar as normas que viabilizam e ensejam os métodos autocompositivos, com ênfase nos *compromissos de ajustamento de conduta*.

No âmbito do CPC/2015, concebido como a principal inovação legislativa nesse tocante, destacam-se os §§ 2º e 3º do art. 3º, os quais preveem expressamente a solução consensual dos conflitos, exemplificados na figura da conciliação e da mediação. A propósito, a interpretação de tais dispositivos não pode ser realizada de forma alheia ao inciso V do art. 139, que, inclusive, ratifica a proposição dos arts. 165 a 175, os quais preveem a criação de órgãos na estrutura no Judiciário dedicados à promoção de tais métodos autocompositivos, a serem desempenhados por indivíduos investidos nos cargos de *conciliadores* e de *mediadores*. Ainda, sobreleva-se o art. 190, ao prever a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, os quais podem ocorrer na esfera processual coletiva, segundo Didier e Zaneti.

Já no tangente à legislação extravagante influente no direito processual coletivo, em termos cronológicos se evidencia precipuamente o §6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), dispositivo esse que prevê, ainda que em dizeres bem genéricos, o “compromisso de ajustamento de conduta”, incluído pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa

do Consumidor), Lei esta integrante do núcleo do microsistema de tutela coletiva, que, por sua vez, traça a disciplina geral das ações coletivas.

Em adição, quando se cuida de mudanças legislativas definitivamente recentes, impossível não fazer menção à reforma no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), mediante a Lei nº 13.655/18, que introduziu o art. 26º, passando a prever algumas minúcias e requisitos do *compromisso*. Ainda, dada a escassez de normas disciplinando o instituto, recomenda-se a aplicação do dispositivo no entabulamento de qualquer *compromisso de ajustamento de conduta*. Tão pertinente se tornou o tema que, inclusive, o Conselho Nacional do Ministério Público o regulou, ainda que genericamente, no art. 14 da Resolução nº 23/07, e na Resolução nº 179/17, esta última delineando detalhadamente suas características e seu modo de firmamento.

ESPÉCIES DE LEGITIMIDADE

No ordenamento jurídico brasileiro, existem duas espécies de legitimidade, quais sejam, a ordinária e a extraordinária. Segundo Didier, "Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio", enquanto "Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito" (DIDIER JR., 2016, p. 346-347), sendo aquela espécie a regra no ordenamento jurídico brasileiro e esta última a exceção. Ainda, tais espécies de legitimidade podem ser extraídas do art. 18, CPC/2015, cuja redação segue: "Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico".

Com isso, nota-se que, no CPC/2015, a legitimidade extraordinária decorre do ordenamento jurídico, ou seja, não precisa ser prevista de forma expressa em lei, podendo ser depreendida da lógica do sistema, ao contrário do Código de Processo Civil de 1973, que previa que a legitimidade extraordinária deveria decorrer do texto legal.

Destaca-se que a legitimidade no processo coletivo é, em regra, extraordinária, ou seja, o grupo ver-se-á substituído na demanda pelo condutor do grupo, que pode ser um sindicato, o Ministério Público, a Defensoria Pública, dentre outros entes a depender do caso. Ademais, na tutela dos direitos de alguns grupos, é possível ocorrer a legitimação concorrente, isto é, mais de um legitimado ativo para a mesma ação (DIDIER JR., ZANETTI JR., 2019, p. 217).

Todavia, o simples fato de haver autorização legal para que determinado ente ajuíze uma demanda coletiva não é suficiente para que possa representar o grupo substituído em juízo, sendo, para tal, necessário se averiguar se a representação deste é dotada de adequação. Assim, analisar-se-á, a seguir, o *princípio da representação adequada*, que servirá de substrato para o exame dos acordos celebrados no âmbito das autocomposições relativas ao Caso Samarco.

A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS

No processo coletivo, a situação jurídica coletiva tutelada é diversa da que se chancela no processo individual, uma vez que, naquele, pleiteia-se a proteção de um direito coletivo *lato sensu*, enquanto neste se deduz em juízo um direito individual.

Haja vista tal diferença existente entre o direito material tutelado no processo coletivo e no processo individual, bem como o fato de a finalidade do processo ser a tutela do direito material, depreende-se que os institutos clássicos do processo civil devem ser adaptados às necessidades trazidas pela tutela coletiva. Nesse sentido, Didier e Zaneti trazem a seguinte lição:

O processo coletivo exige regramento próprio para diversos institutos que devem acomodar-se às suas peculiaridades: competência, legitimidade, coisa julgada, intervenção de terceiro, execução etc. De um modo geral, a legislação brasileira avançou bastante no tema, possuindo regramento próprio e geralmente bem adequado em todos esses aspectos (DIDIER JR., ZANETI JR., 2019, p. 117).

Nesse sentido, resta claro que os institutos clássicos do Processo Civil não podem ser transportados de forma acrítica para o processo coletivo, sendo necessário adaptá-los às exigências deste. Com isso, o instituto da *legitimidade* é um dos que deve ser interpretados de forma aclimada à tutela de direitos coletivos, o que é feito, especificamente, por meio da chamada *representação adequada*.

A necessidade de se realizar tais adaptações advém do fato de que a *legitimidade*, como se viu anteriormente, é concorrente. Desse modo, questiona-se: sempre que um sujeito tiver legitimidade de acordo com a lei para buscar a tutela de direitos coletivos de um determinado grupo, estará a validade de sua representação completamente preenchida? A resposta é negativa, pois compete ao julgador averiguar, *in concreto*, se aquele que é legitimado pela lei possui, também, capacidade de representar o grupo da forma devida.

Nesse sentido, Didier e Zaneti ensinam que:

É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela desses importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva (DIDIER JR., ZANETI JR., 2019, p. 222).

Destaca-se que a necessidade de haver *representação adequada* do grupo substituído não se limita ao âmbito da solução litigiosa de conflitos, atingindo também a esfera da solução consensual, tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, vez que, embora se tratem de situações diversas, também versam sobre a tutela de direitos coletivos. Desse modo, não é possível conceber-se que um sujeito sem capacidade de realizar a *representação adequada* de um grupo possa celebrar um acordo que verse sobre direitos deste.

Finalmente, para que haja a *representação adequada* no caso concreto, a doutrina coloca como um dos requisitos a necessidade de se verificar se houve uma *participação adequada* dos membros do grupo na solução do conflito, ou seja, o condutor do grupo deve ter dado aos atingidos a possibilidade de se manifestar devidamente. Nada obstante, a depender das características do caso, a participação dos atingidos deverá ser maior ou menor. Portanto, para se distinguir uma hipótese da outra, útil se faz a classificação de Edilson Vitorelli sobre a tipologia dos litígios coletivos, a qual será analisada a seguir.

A tipologia dos litígios coletivos

Com base na explanação acima, por intermédio da tipologia dos litígios coletivos de Vitorelli, verifica-se o nível de diversidade de interesses que pode existir entre as pessoas atingidas por eventual dano a direito coletivo. Assim, a depender do tipo de litígio, pode ser que haja a necessidade de que o condutor do grupo dê maior ou menor possibilidade de manifestação dos atingidos na busca de uma solução para o conflito. Esta necessidade de participação aplica-se também às soluções autocompositivas, não podendo o substituto processual celebrar acordo sem a devida participação dos atingidos.

A primeira categoria da tipologia desenvolvida por Edilson Vitorelli Diniz Lima é a dos *litígios de difusão global*, a qual se caracteriza por não atingir de forma direta os interesses de qualquer pessoa, mas sim a coletividade. Com isso, tem-se como exemplo trazido pelo autor o caso no qual há um vazamento de uma pequena quantidade de óleo no meio do oceano, situação na qual não há prejuízo efetivo para nenhuma pessoa específica, não se verificando, destarte, interesses de pessoas determinadas na forma em que o conflito será resolvido (LIMA, 2015, p. 78).

Nesse sentido, observa-se que o sujeito atingido de fato nos casos de *litígios de difusão global* é a coletividade, não havendo, destarte, necessidade de uma ampla participação da população na solução do conflito, por não haver pessoas em específico afetadas. Dessa maneira, a *representação adequada* é mais facilmente realizável nesta espécie de conflito coletivo, posto que não há dissensos efetivos entre os atingidos. Resta, pois, reduzida a necessidade de haver a participação de sujeitos como o *amicus curiae*, bem como de realização de audiências públicas.

A segunda categoria desenvolvida por Vitorelli é a dos *litígios de difusão local*, os quais atingem apenas uma comunidade específica, tratando-se, destarte, de um conflito localizado, de modo que o grupo atingido tende à homogeneidade, não havendo grandes divergências entre seus membros. Para exemplificar, o autor trouxe a hipótese de um dano ambiental oriundo de extração mineral em um território indígena, ocasião na qual, embora possível o prejuízo a terceiros, o grupo mais afetado pelo dano teria sido comunidade indígena (LIMA, 2015, p. 84).

Destaca-se que, dentro do grupo, há uma tendência à convergência dos interesses de seus membros. Assim, deve haver a participação dos integrantes, embora esta não apresente grandes dificuldades, uma vez que “Nos litígios locais, por outro lado, a representatividade

tem um controle muito claro e objetivo, tendo em vista que a coesão e homogeneidade do grupo são as características desse tipo de conflito” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2019, p. 228). Assim, nessa categoria de litígios, a *representação adequada* é de fácil verificação.

Por fim, o autor desenvolveu a categoria dos *litígios de difusão irradiada*, os quais se caracterizam por atingirem “diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio” (LIMA, 2015, p. 88). Destarte, tem-se uma espécie de conflito coletivo dotado de maior complexidade de solução, uma vez que, para que haja a *representação adequada* dos atingidos, um número maior de pessoas e entes precisam ser ouvidos.

Com efeito, observa-se que mecanismos como audiências públicas e *amicus curiae* devem ser amplamente utilizados, pois, mediante esses, tem-se uma efetiva participação dos atingidos e, destarte, o respeito ao devido processo legal coletivo.

Tendo em vista de tal conflituosidade entre os membros do grupo e a necessidade de se fazer uso de mecanismos complexos para que se tenha uma *representação adequada*, depreende-se que, por vezes, o substituto processual falha, pois não age com cautela, deixando o interesse de alguns grupos atingidos de lado.

O caso mais emblemático para que se analisar a *representação adequada* nos *litígios de difusão irradiada* é o do Rio Doce, cujo desastre ambiental acarretou danos a diversos grupos, os quais, muitas vezes, possuem subdivisões. Assim, pescadores, comerciantes, grupos indígenas, moradores dos arredores do rio, dentre outros possuem interesses e pontos de vistas diferentes sobre as soluções dos conflitos, motivo pelo qual, dado o emprego de métodos autocompositivos, como na celebração de acordos, sem atendimento do princípio da *representatividade adequada*, respectivos direitos coletivos não são adequadamente tutelados.

ANÁLISE DE COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA REALIZADOS NO CASO DO DESASTRE DE MARIANA

Discorrido até o presente momento sobre as evoluções metodológicas e legislativas no campo do direito processual civil e especialmente na seara coletiva, sobre as espécies de legitimidade para fins processuais e sobre os moldes nos quais deve ocorrer a representação na tutela coletiva, o foco deste tópico é realizar análises dos principais *compromissos de ajustamento de conduta* no desastre de Mariana.

Retomando o raciocínio esposado linhas atrás acerca do conceito de *compromisso de ajustamento de conduta*, repisa-se que se trata de negócio jurídico, que pode se dar nas modalidades judicial (com validade de título executivo judicial) – isto é, se firmado em juízo – e extrajudicial (com validade de título executivo extrajudicial), por intermédio do qual a entidade coletivada, na vertente extraordinária, substitui os titulares de direitos coletivos ao firmar respectivo acordo. Neste, remanescem pactuados direitos e deveres recíprocos com

o particular responsável pelo dano, sob o desiderato de reparação deste. Assim, já no âmbito processual, averiguar-se-á o adimplemento dos compromissos de conduta assumidos.

Também não podem ser olvidados determinados limites quando no firmamento dos acordos, sejam na esfera judicial ou na esfera extrajudicial. A doutrina de Didier e de Zaneti destaca, em suma, que o ente colegitimado deve tentar a obtenção do melhor resultado possível para os titulares dos direitos, na medida em que não pode dispor do direito material; vincula-se aos precedentes nos casos análogos; submete-se à dogmática jurídica pertinente; além de dever respeito ao ordenamento jurídico como um todo (DIDIER JR., ZANETI JR., 2019, p. 366); afora a necessidade de oitiva dos grupos afetados pela decisão.

Dito isso, realiza-se breve exame fático do desastre ambiental em apreço, o qual, como de conhecimento público, decorreu do rompimento de uma barragem de dejetos metálicos, sobretudo sólidos, oriundos de procedimentos de mineração desenvolvidos pela sociedade empresária Samarco Mineração S.A., cujos acionistas majoritários e controladores são a Vale S.A. e a BHP Billiton Brasil Ltda. O evento causou a liberação de uma espécie de onda gigantesca de aludidos resíduos, que tirou a vida de dezenas de pessoas, além de invadir extensa área de terra firme e de contaminar severamente vários rios da bacia hidrográfica do Rio Doce, desde sua jusante até sua voz, ficando conhecido como o maior desastre socioambiental da história do Brasil, em virtude dos prejuízos de diversas ordens, sobretudo ambientais, sociais e econômicos, até hoje imensuráveis (LOPES, 2016, p. 3-4).

Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (TTAC)

Logo após o desastre, já com vistas ao início dos trabalhos de apuração e de reparação dos danos, foi proposta uma Ação Civil Pública, tombada sob o nº 0069758-61.2015.4.01.3400, pela União, pelos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo e por entidades integrantes da Administração Pública Indireta, em face de referenciadas sociedades empresárias acionistas e controladoras da Samarco. Todavia, verificou-se que a extensão dos danos e a complexidade do litígio gerado eram demasiado grandes para a solução tão-somente pelo método tradicional de um processo judicial. Assim, visando a conferir celeridade e a uma resposta mais rápida à população atingida, foi celebrado inicialmente, em 2016, um *compromisso de ajustamento de conduta*, denominado Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) (SILVA, CAYRES, SOUZA, 2019, p. 466-468).

Tal *compromisso*, vulgarmente chamado de “acordão”, foi celebrado no âmbito de referida Ação Civil Pública e entre as mesmas partes do processo e autarquias que contribuiriam para a solução do litígio, como o Ibama e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Com isso, inicialmente, o objetivo precípua do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta foi identificar os impactos e iniciar os trabalhos de reparação de danos causados à população.

De outra banda, dando azo a aludido objetivo, o *compromisso* em apreço também foi relevante por criar a Fundação Renova, entidade civil sem fins lucrativos responsável pelo desempenho de uma série de programas socioambientais e socioeconômicos ao longo da região

impactada, em tese respeitando os princípios da legalidade, da transparência, da razoabilidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e da eficiência, conforme consignado em respectivo estatuto. Este, por sinal, traçou as todas as premissas da Fundação, dentre as quais se destacam seus objetivos, a origem e a destinação de seu patrimônio, a administração e seus órgãos internos, além da transparência e da prestação de contas.

Outro fator de importância trazido foi a criação do Comitê Interfederativo (CIF), composto apenas por representantes do Poder Público, de funcionamento externo e independente da Renova. Sua função seria, basicamente, fiscalizar, validar, corrigir e orientar as execuções dos projetos de reparação desenvolvidos, realizando avaliações orçamentárias e recebendo relatórios periódicos, além de cumprir o papel de interlocução com as autoridades públicas sob o fito de alcançar os melhores resultados possíveis.

Mesmo aparentando bastante benevolência, tornou-se notório que a celebração do *compromisso* contou com pouca ou irrisória participação do Ministério Público e dos maiores interessados na solução do problema, quais sejam, os membros da sociedade civil. Isso, por derradeiro, conferiu grande margem de influência e de vantagem das rés do processo no que tange à adoção de medidas para a reparação dos danos, sobretudo sob a ótica patrimonial, até porque o compromisso em comento se mostrou muito mais preocupado com a recuperação das atividades das empresas do que propriamente com os atingidos. Com efeito, o *acordo* restou demasiadamente falho sob a perspectiva da legitimidade e da representatividade adequada – corolário do processo coletivo –, o que o levou a ser ferrenhamente criticado e, por consequência, suspenso por decisão judicial. Assim, houve a necessidade de celebração de novo acordo para correção de tais falhas (MILANES, PINTO, 2016, p. 3-5).

Termo de Ajustamento Preliminar (TAP)

Haja vista a necessidade de continuidade dos trabalhos de apuração e de recuperação dos danos provenientes do desastre, o Ministério Público Federal, doravante denominado MPF e as empresas ditas responsáveis celebraram o chamado Termo de Ajustamento Preliminar, popularmente chamado de "TAP", desta vez, no contexto da Ação Civil Pública ajuizada pelo órgão ministerial, tombada sob o nº 0023593-07.2016.4.01.3800, premeditando a futura celebração do chamado Termo de Ajustamento de Conduta Final (TACF) e com base em tal previsão é que aquele Termo foi pactuado.

Compulsando as cláusulas do acordo, nota-se que seu desiderato foi angariar uma conjuntura de peritos, de assessores e de assistentes técnicos cuja função seria aprimorar o diagnóstico dos danos, mormente nas vertentes socioambiental, socioeconômico e dos resultados de respectivos programas de reparação, além de visar a proporcionar uma assistência de melhor qualidade aos atingidos e à coordenação de trabalhos e de consultoria ao MPF no que eventualmente for necessário.

Para a consecução de tais tarefas, restou pactuado que as empresas e o MPF contariam com o apoio de determinadas entidades setorialmente divididas, quais sejam, Lactec,

Integratio, Ramboll e o Banco Mundial, as quais se responsabilizariam pela disponibilização dos profissionais competentes e pela realização dos estudos técnicos e de campo adequados. No mais, é interessante pontuar que, pela redação do *compromisso*, os *experts* gozam de bastante autonomia em seu trabalho, embora a todo momento devendo satisfação/comunicação às empresas e ao MPF quanto à execução, à evolução e aos resultados das atividades pertinentes realizadas.

Ademais, aparentemente visando a conferir maior legitimidade à execução das cláusulas, em nítida valorização do princípio da *representatividade adequada*, o Termo prevê também audiências públicas e consultas prévias aos povos atingidos, com especial atenção aos indígenas, de modo que a agenda das datas de referidos atos seriam negociada entre o MPF e as Empresas, objetivando, sempre, a plena reparação dos direitos, como expressamente anotado (ZHOURI et. al, 2018, p. 42-43).

O escopo das previsões relativas à oitiva da população atingida parte da premissa de que o contato direto com o povo que diretamente sofreu os impactos dos danos é capaz de produzir informações e uma colheita de dados cuja qualidade e quantidade são inatingíveis por vias alternativas. Em outras palavras, a permissão de manifestação por parte do público, embora leigo e desconhecedor do conhecimento técnico pertinente aos fatos, conduz a determinadas conclusões cruciais para o planejamento e para a implantação das políticas reparadoras adequadas. Além disso, tal participação promove um consenso importante na aceitação das medidas eventualmente tomadas, até porque as comunidades clamavam e clamam por um engajamento mais acentuado de sua parte (FERNANDES, TEIXEIRA, CASTELFRANCHI, 2019, p. 8-9).

Em que pese a objetividade das cláusulas do acordo no tocante à divisão de tarefas entre os entes fornecedores dos *experts*, o que sugere suposta eficiência na recuperação dos danos, severa crítica lançada pela doutrina ao TAP diz respeito ao fato de que a presença do Banco Mundial e de disposições como a relativa ao *compliance* insinuam um intuito muito mais empresarial e capitalístico por detrás do *compromisso* do que propriamente de ajuda, de amparo e de concessão de voz à população afetada (ROLAND et al, 2018, p. 11-12).

Nesse sentido, tal ponto de crítica, assim como o fato de que, novamente – igualmente no contexto do TTAC –, quando da redação e da celebração do TAP a participação do povo foi pífia acarretaram o comprometimento da legitimidade e, por derradeiro, da concretização do princípio da *representatividade adequada*, tão caro ao processo coletivo. Dessa feita, o TAP foi suspenso pelo Superior Tribunal de Justiça e outro compromisso de ajustamento de conduta foi firmado (ROLAND et al, 2018, p. 11-12).

Termo aditivo ao TAP

Como o próprio nome já sugere, trata-se de um *compromisso*, celebrado pelas mesmas partes abordadas, tal como os demais, adicionado ao Termo de Ajustamento Preliminar, visando a complementar os preceitos deste, na medida em que, como dito, havia pecado

na questão da representatividade. Com efeito, um dos eixos de alteração foi a substituição da entidade Integratio – haja vista sua ineficiência na consecução das atividades a ela designadas e na correspondente resposta – pelo Fundo Brasil de Direitos Humanos e pela Fundação Getúlio Vargas, doravante denominada FGV, ao cargo das quais, portanto, ficaria o diagnóstico socioeconômico e a assistência dos atingidos, atividades essas categoricamente divididas entre tais entes, nas mesmas condições estabelecidas antes pelo TAP, somadas a novas regras pactuadas pelo *Aditivo*.

Basicamente, as novas partes aderentes ao *Aditivo* receberam a atribuição de indicação de equipes multidisciplinares de *experts* – as quais, para a atuação, sujeitar-se-iam ao preenchimento de uma série de requisitos – visando à atuação junto às comunidades atingidas, para a coleta de dados, inclusive mediante a realização de auditorias e com a criação de cadastros, para o desenvolvimento de projetos e de planos de atuação. Outrossim, os termos do novo *compromisso* reforçaram a necessidade de prestação de contas e da submissão dos resultados à aprovação e à consulta ao Ministério Público e às Empresas. A propósito, referido corpo de assessores técnicos deveria, pelas novas definições, prestar assistência material e informativa, de forma isonômica, específica e proporcional ao dano, em vista das respectivas localidades dos atingidos.

Outro ponto interessante foi a instituição do Fórum de Observadores, inovação dessa crucial na ampliação da legitimidade da tutela coletiva prestada, visto que seu escopo é justamente a atuação junto às comunidades, na medida em que sua composição se daria com membros da sociedade civil de diversas vertentes e de movimentos sociais, pretendendo-se a auscultar suas reivindicações, valendo-se de documentos e de informações fornecidos pelos entes signatários do *Aditivo*, do TAP e do processo, além do que suas conclusões a tais partes seriam levadas.

Em adição, houve uma reformulação da metodologia do diagnóstico socioeconômico, posto que se reforçou a necessidade de avaliação integral dos danos, por intermédio de esforços conjuntos entre as novas entidades signatárias. Tal mudança evidencia-se também pelo recrudescimento das diretrizes das audiências públicas e das consultas prévias – cujos relatórios seriam enviados ao Fórum de Observadores e à FGV –, de modo que passou a ser previsto o direito à ampla e efetiva participação dos interessados, coibindo-se qualquer forma de cerceamento desse direito.

A esse respeito, a doutrina salienta, além de tudo, a inclusão do Ministério Público de Minas Gerais na ratificação do *Aditivo*, o que supostamente lhe traria maior legitimidade, dado que o *parquet* representaria com mais veemência os interesses populacionais locais (MAZZOLA, ESTEVES, 2018, p. 9-10). Nada obstante, insta-se ressaltar a celebração de outro compromisso, a seguir apresentado.

Termo de Ajustamento de Conduta Governança (TAC Governança)

O Termo de Ajustamento de Conduta Governança, o TAC Governança, que foi homologado em meados de 2018, caracteriza-se pelo objetivo de possibilitar uma reestruturação da Fundação Renova, a fim de que a voz dos atingidos pelo rompimento da Barragem de Fundão fosse de fato ouvida, considerando as críticas da sociedade nesse ponto direcionadas aos *acordos* anteriormente abordados. A finalidade do TAC Governança, nesse sentido, foi superar as falhas até então constatadas na Fundação Renova, haja vista a diminuta participação que os atingidos tinham na decisão de como se dariam as reparações dos danos sofridos.

Desse modo, depreende-se que a finalidade de tal instrumento foi criar mecanismos para que a *representação adequada*, instituto tão tratado ao longo do presente trabalho, fosse efetivada nas medidas para reparação de danos do crime ambiental em questão; não basta que o dano seja reparado, sendo necessária uma ampla participação daqueles que tiveram seus direitos violados, haja vista tratar-se de *litígio de difusão irradiada*, o qual torna imprescindível uma ampla influência dos titulares do direito na solução dos conflitos.

Assim, o TAC Governança criou vários instrumentos a fim de que a reparação de danos não se desse, tão-somente, entre o Poder Público e as empresas. Dentre as estruturas criadas pelo termo, vale ressaltar as seguintes:

as Comissões Locais, órgãos formados pela população atingida que, através do apoio das assessorias técnicas, pudessem participar de processos de tomada de decisão sobre a recuperação e gestão da Bacia do Rio Doce; e as Câmaras Regionais, enquanto espaços de discussão e interlocução com a Fundação Renova acerca de seus programas e projetos de reparação (ROLAND et al, 2018, p. 15).

Houve, destarte, uma alteração da estrutura da Fundação Renova, que passou a ter mais órgãos nos quais os atingidos poderiam ter participação, além de ter possibilitado que estes tivessem maior influência em órgãos já existentes na configuração da Renova, tendo sido inseridos nos seguintes:

no Comitê Interfederativo (CIF), responsável por validar e orientar a atuação da Renova, com a participação de três pessoas atingidas ou técnicos por elas indicados; nas Câmaras Técnicas, entes que auxiliam o trabalho do CIF, de dois atingidos e atingidas em cada uma delas; no Conselho dos Curadores da Renova, com a escolha de dois atingidos ou atingidas pelas Câmaras Regionais e em seu Conselho Consultivo, com espaço para sete pessoas atingidas, definidas após a implementação das Comissões Locais e suas respectivas Assessorias Técnicas (ROLAND et al, 2018, p. 15).

Todavia, mesmo com todas as alterações realizadas, uma série de críticas foram realizadas ao TAC Governança, ainda na seara da *representação adequada*.

O Movimento dos Atingidos por Barragens, por exemplo, ressalta que o instrumento em questão foi celebrado sem a participação dos atingidos, mas, apenas, pelas empresas e por órgãos públicos federais e estaduais (MAB, 2018).

Nesse sentido, embora tenham sido criadas estruturas internas na Fundação Renova para que houvesse maior participação para os atingidos, nota-se que a forma em que tal configuração foi concebida ignorou, mais uma vez, a participação dos titulares dos direitos violados pelo crime ambiental. Destarte, tem-se, novamente, um desrespeito à *representação adequada*, pois esta não poderia realizar-se apenas no âmbito da Renova, mas, por óbvio, também na celebração do TAC Governança.

Além disso, deve-se observar que, ainda que tenham sido criados mecanismos para que se tenha uma *representação adequada* no âmbito da Fundação Renova, em termos práticos, pode-se dizer que, mesmo ante um aumento da participação das vítimas, este não foi suficiente para influenciar de forma preponderante as medidas de reparação de danos. Isso pode ser visualizado, por exemplo, com o “Conselho de Curadores da Fundação composto de nove membros, sendo 2 indicados(as) pela Articulação das Câmaras Regionais, escolhidas(os) entre Atingidas(os), 6 indicados pela empresa e 1 indicado pelo Comitê Interfederativo” (GUIMARÃES, 2018, p. 90).

Com isso, resta claro que, de fato, o TAC Governança criou estruturas de participação dos atingidos no âmbito da Fundação Renova. Entretanto, a questão da *representação adequada* continua prejudicada, uma vez que, na celebração do termo, igualmente não houve participação dos titulares dos direitos violados, de modo que, dentro da própria estrutura criada no acordo, a participação das vítimas continua irrisória. Assim, apesar da aparência de participação dos impactados, observa-se que esta não se verifica na prática.

CONCLUSÃO

Com base no estudo realizado, resta concluído que a *representação adequada* é um princípio caro ao processo coletivo, devendo ser observado não apenas no âmbito heterocompositivo, mas, também, no autocompositivo. Para que se tenha a verificação deste instituto, nos *litígios de difusão irradiada*, como no caso em análise no presente trabalho, deve-se conferir ampla possibilidade de participação aos atingidos, pois estes possuem interesses diversos sobre como deve se dar a solução do conflito, o que exige uma exaustiva oitiva de suas opiniões.

No caso Mariana, todavia, não houve a devida participação dos atingidos na celebração de nenhum dos acordos, tendo sido estes realizados majoritariamente mediante a influência das empresas envolvidas no desastre, do Poder Público e do Ministério Público. Destarte, percebe-se que, no que diz respeito à pactuação das avenças, tem-se que o princípio em comento restou violado.

Além disso, nota-se que foi tentado por diversas vezes pelos acordantes fornecer maior legitimidade às avenças, principalmente no que toca à estruturação da Fundação Renova. Esta foi criada para reparar os danos do desastre. Desde o começo dessa entidade, uma série de críticas foram tecidas à participação diminuta que a Renova permitia aos atingidos, sendo que

os acordos posteriores foram feitos, principalmente, com a finalidade de permitir que houvesse, na configuração da Renova, órgãos de representação dos atingidos e maior possibilidade de que estes participassem de outros órgãos já existentes e de suas respectivas deliberações.

Percebe-se, no entanto, que, mesmo com as tentativas realizadas de conferir maior participação dos atingidos no âmbito da Fundação Renova, na prática, pouco êxito foi obtido, uma vez que a influência desses continuou insignificante para que se decidisse como seria realizada a reparação dos danos.

Nesse sentido, depreende-se que, em dois sentidos, a *representação adequada* foi constantemente violada no caso Rio Doce, quais sejam: no *momento da celebração* dos acordos, os quais não contaram com a participação dos atingidos; na *estruturação da Fundação Renova*, que não conta com mecanismos de efetiva participação dos atingidos.

Finalmente, conclui-se de forma decidida que as soluções autocompositivas não se perfizeram adequadamente sob o prisma da *representatividade adequada*, e, por conseguinte, restou prejudicado o próprio devido processo legal coletivo e respectiva tutela dos direitos coletivos.

REFERÊNCIAS

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 4.
- _____, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.
- FERNANDES, Víctor José Alves; TEIXEIRA, Raquel Oliveira Santos; CASTELFRANCHI, Yurij. Entre a retórica da participação e a tecnocracia: tensões da participação em ciência e tecnologia a partir do desastre da Samarco. In: Congresso Brasileiro de Sociologia, 16., 2019, Florianópolis. Em que sociedade vivemos? A sociologia brasileira diante de novos desafios nacionais e globais contemporâneos.
- GUIMARÃES, Hellen Oscarina Ramos. Conflitos Socioambientais e Ciência de Redes: estudo de caso dos mecanismos de solução de negociada do desastre tecnológico da Samarco/Vale/BHP Billiton em Mariana. 102 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia de Produção) Curso de Engenharia de Produção, Departamento de Engenharia de Produção, Administração e Economia - DEPRO. Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto. 2018.
- LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. O Devido Processo Legal Coletivo: Representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2015.
- LOPES, Luciano Motta Nunes. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. Sinapse Múltipla, Betim, v. 5, n. 1, p. 1-14, jun. 2016.

- MAB. Nota Pública: Juiz do caso Samarco – espetáculos, manobras e violação de direitos civis e políticos. Movimento dos Atingidos Por Barragens (MAB): água e energia não são mercadorias! Disponível em: <<https://www.mabnacional.org.br/noticia/nota-p-blica-juiz-do-caso-samarco-espet-culos-manobras-e-viola-direitos-civis-e-pol-ticos-0>>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- MAZZOLA, Bruno Giovanni; ESTEVES, Karen. Gestão de stakeholders: Fundação Renova e o desastre de Mariana. In: Encontro Internacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente, 20., 2018, São Paulo. Responsabilidade social corporativa.
- MILANEZ, Bruno; PINTO, Raquel Giffoni. Considerações sobre o Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta firmado entre Governo Federal, Governo do Estado de Minas Gerais, Governo do Estado do Espírito Santo, Samarco Mineração S.A., Vale S.A. e BHP Billiton Brasil LTDA. Juiz de Fora: Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2016-Coment%C3%A1rios-Acordo-Samarco.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Termo Aditivo ao Termo de Ajustamento Preliminar (TAP). Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/aditivoTAP.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2020.
- _____. Termo de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/tac-governanca/view>>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- _____. Termo de Ajustamento Preliminar. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>>. Acesso em: 18 jan. 2020.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- RENOVA, Fundação. A fundação. Disponível em: <<https://www.samarco.com/rompimento-de-fundao/>>. Acesso em: 17 jan. 2020.
- _____, Fundação. Estatuto da Fundação Renova. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/10/estatuto-registrado.pdf>>. Acesso em 17 jan. 2020.
- ROLAND et al. Negociação em contextos de violações de Direitos Humanos por empresas: uma breve análise dos mecanismos de solução negociada à luz do caso do rompimento da barragem de Fundão. In: MILANEZ et al. Rompimento da barragem de Fundão dossiê TAC Governança. Versos: textos para Discussão PoEMAS, v. 2, n.1, 2018.
- SAMARCO. Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta. Disponível em: <<https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/07/TTAC-FINAL.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- SILVA, Marta Zorzal e; CAYRES, Domitila Costa; SOUZA, Luciana Andressa Martins de. Desastre socioambiental e Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC) como instrumento de política pública: o caso da barragem de Fundão, MG. Civitas, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 464-488, mai./ago. 2019.
- ZHOURI, Andréa (Org.); OLIVEIRA, Rafael et al. Mineração, Violências e Resistências: um campo aberto à produção de conhecimento no Brasil. Marabá: Iguana, 2018.

A NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO ENTRE O PODER ESTATAL E OS JUÍZOS ARBITRAIS

Lucas de Carvalho Lyra¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal a contextualização da relação entre o Poder Estatal e os juízos arbitrais, assim como apontar a necessidade de cooperação entre estes institutos, buscando expor os panoramas histórico e legislativo da arbitragem, de maneira a indicar as possíveis interpretações e os desdobramentos cabíveis a essa questão, levando em consideração a Lei de Arbitragem, o Novo Código de Processo Civil, não obstante aos princípios do Direito referentes ao acesso à justiça e ao Sistema de Justiça multiportas, além de elencar o ponto de vista aqui defendido. Por fim, concerne a este artigo o intuito de apresentar aos leitores as principais divergências doutrinárias acerca do tema em pauta, com enfoque na jurisdição internacional.

Palavras-chave: Arbitragem; cooperação; execução; Poder Estatal; Sistema de justiça multiportas.

INTRODUÇÃO

Dentre os métodos não estatais de resolução de conflitos, encontra-se o instrumento da arbitragem. Trata-se de mecanismo hétero-compositivo que permite às partes definir um terceiro que julgará a demanda suscitada, dispensando, portanto, a jurisdição estatal.

Nesse diapasão,

A arbitragem, de todos os meios ditos alternativos, é o que mais se aproxima do funcionamento do Poder Judiciário. Ela atua de uma maneira ritualizada e tendente à prolação de uma sentença final e vinculante. Em certa medida, a arbitragem compete com o próprio Poder Judiciário. Isso ao ponto de alguns autores preferirem tratar como mecanismos alternativos de resolução de disputa apenas os meios consensuais, pondo a ênfase não na estatalidade da técnica, mas no fato de se tratar ou não de um meio adjudicatório (LESSA NETO, 2016, p. 33).

Em termos históricos, a figura do árbitro pode ser associada a registros do período Clássico Romano. Nota-se que, durante o Processo Formular, duas fases eram explicitamente presentes: *in iure*, a transformação da controvérsia em um conflito judicial, e *apud iudicem*,

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: lucas.lyra10@gmail.com.

que consistia no julgamento da questão pelo juiz (*apud iudicem iudex*) ou por um cidadão popular, o árbitro (LOPES, 2011).

Contudo, na segunda metade do século XX que a arbitragem adquiriu a importância que hoje lhe é dada, mormente tendo em vista a globalização como fenômeno inescrutável, assim como a crescente demanda por decisões que, de alguma maneira, envolvem questões técnico-científicas que fogem da alçada de um juiz togado.

Deste modo, faz-se necessário abordar a forma como o direito internacional evoluiu desde o final da Segunda Guerra Mundial, com o apogeu do Constitucionalismo. Essa tendência de internacionalização do Direito, percebe-se, é oriunda do Direito Constitucional, abarcando os direitos fundamentais, mas influencia todos os demais ramos.

Nesse sentido,

A constitucionalização do direito internacional consistiria assim, num primeiro sentido, em dotá-lo de uma estrutura orgânica e de uma estrutura normativa homólogos das que no direito interno são tradicionalmente o objeto do direito político ou constitucional (GUEDES, p. 231).

Noutra dimensão, entende-se que a arbitragem surge da necessidade de se atribuir casos de específica técnica àqueles aptos a julgá-los, diante de uma bagagem científica já reconhecida por este julgador.

Diante disso, percebe-se que, assim como concluído por João Luiz Lessa Neto, o instituto da arbitragem apresenta uma construção de direito preocupada com as necessidades do comércio e dos empresários (LESSA NETO, 2016).

Entende-se a arbitragem como sendo, então:

Uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, e que decidirão com base nesta convenção, tendo a decisão eficácia de sentença judicial (TORRES, 2007, p. 115).

AS ONDAS DO ACESSO À JUSTIÇA E O SISTEMA JURISDICIONAL MULTIPORTAS

No âmbito dessa discussão, é importante demonstrar que, a partir da segunda metade do século XX, ocorreu o fomento de estudos acerca de métodos capazes de melhorar a prestação jurisdicional. Nesse diapasão, Mauro Capelletti e Bryant Garth, no Projeto Florença, expõem os entraves em se promover a tutela de direitos, propondo, no intuito de alterar essa realidade, três ondas renovatórias que garantiriam o acesso à justiça pelos cidadãos (MENDES, SILVA, 2015).

Indispensável para o presente trabalho é analisar a terceira onda renovatória do acesso à justiça: trata-se do fomento à desjudicialização e desburocratização do Poder Judiciário. Nessa senda, nota-se claramente que é de intento dos autores abarcar os métodos não estatais de resolução de conflitos dentre as propostas de renovação do processo judicial.

Trazendo tal discussão para o panorama brasileiro, temos que:

[...] foi sancionada a Lei nº 13.140/2015 [...] e a Lei nº 13.129/2015, que reforma alguns dispositivos da lei da arbitragem (Lei nº 9.307/96), ampliando o âmbito de aplicação da arbitragem e dispondo sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem. O objetivo de ambos os projetos é o fortalecimento dos mecanismos de solução de conflitos (MENDES, SILVA, 2015, p. 1851).

Partindo desse pressuposto, torna-se razoável compreender a arbitragem como parte de uma tendência internacional de renovação do Direito, especialmente com o reconhecimento de métodos não estatais de resolução de conflitos.

Nesse mesmo sentido, Frank Sander elabora o modelo de processo civil chamado multiportas. As ideias gerais deste sistema são as de que a jurisdição estatal não é a única, e nem a principal, opção das partes e de que para cada litígio existe uma maneira adequada de resolução. Trata-se de uma mudança de paradigma, visto que redimensiona os papéis do processo e do Poder Judiciário (LESSA NETO, 2016). Nesse sentido, o autor afirma:

A mudança de concepção proposta pelas tendências reformatórias do sistema civil de justiça passou por um redimensionamento do processo e do próprio papel do fórum e do juiz. Ao invés de se criar um modelo preocupado exclusivamente com a aplicação da lei pelo juiz, com o julgamento de conflitos, criou-se um modelo no qual as partes detêm uma maior autonomia na escolha do meio pelo qual querem resolver o seu conflito. Resolver conflitos assume um significado mais amplo e rico do que o de julgar (LESSA NETO, 2016, p. 31).

O Poder Judiciário, preocupado em resolver conflitos, mais do que em manter a formalidade do sistema jurisdicional, passa a dispor de soluções adaptadas e mais adequadas aos interesses das partes. Assim afirma o doutrinador João Luiz Lessa Neto,

O Poder Judiciário passará a oferecer 'serviços' que não lhe seriam próprios, em uma concepção moderna. Mais do que um local onde se julgam casos, será papel do Poder Judiciário oferecer uma série de técnicas para o tratamento adequado de conflitos (LESSA NETO, 2016, p. 31).

RELAÇÃO E COOPERAÇÃO ENTRE JUÍZO ARBITRAL E PODER ESTATAL

Na realidade brasileira atual, não são incomuns casos que dispõem de explícita opção das partes pela arbitragem, através de compromisso arbitral, serem levados ao crivo do Poder Judiciário, seja para solucionar conflito de competência, analisar pedido de tutela de urgência, dentre outras hipóteses. Portanto, no intento de tornar tal sistema mais eficaz, urge compreender de que forma se dá a relação Poder Judiciário-Juízo Arbitral.

Inicialmente, é necessário elencar a tese de Pedro Batista Martins, que elucida a questão em análise de forma salutar. De acordo com o autor (MARTINS, 1999), “é preciso assimilar o entendimento de que os órgãos judiciais e privados de realização de justiça têm funções complementares e não concorrentes”.

De forma geral,

O magistrado e o árbitro desempenham papéis diferentes, cujo escopo encontra-se estritamente delimitado pela legislação pertinente. Dessa forma, a interação entre juiz e árbitro traduz uma cooperação que contribui para que ambos atinjam, por caminhos distintos, a mesma finalidade: uma efetiva prestação jurisdicional (DUARTE FILHO, 2016).

Nota-se claramente que o dever de cooperação contempla também a relação árbitro-juiz. Tanto o juiz, quanto o árbitro estão em um sistema de garantidores do direito (ou da “Justiça”) às partes. Por mais que desempenhem diferentes papéis, de maneiras diferentes, com prerrogativas diversas, os fins de ambas as atividades devem estar em consonância. “A jurisdição é partilhada e não compartilhada. São funções complementares, e não concorrentes” (CAHALI, 2015, p. 311).

Nesse diapasão, entende-se pertinente citar dois julgados dos Tribunais de São Paulo e do Rio Grande do Sul, respectivamente:

CAUTELAR PREPARATÓRIA A PROCEDIMENTO ARBITRAL VENDA E COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA DEBATE ENVOLVENDO EFETIVA CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO CABIMENTO DA MEDIDA DE URGÊNCIA, ENQUANTO NÃO INSTITUÍDO O JUÍZO ARBITRAL PRECEDENTE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL ANÁLISE DO PLEITO LIMINAR À LUZ DO ‘FUMUS BONI IURIS’ E DO ‘PERICULUM IN MORA’, RESERVADO O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA PARA A DEMANDA PRINCIPAL REQUISITOS PRESENTES NA HIPÓTESE VENDEDORA QUE, A DESPEITO DA NÃO ENTREGA DA VIA CONTRATUAL ASSINADA OU MESMO APRESENTAÇÃO DE GARANTIA PELA COMPRADORA, FORNECEU ENERGIA NO PRIMEIRO MÊS DE PREVISÃO DE VIGÊNCIA DO **AJUSTE LIMINAR CORRETAMENTE DEFERIDA NA ORIGEM, A PREVALECER ATÉ INSTAURAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL, QUANDO O TEMA PODERÁ SER REEXAMINADO RECURSO IMPROVIDO** (TJ-SP - AI: 00697859820138260000 SP 0069785-98.2013.8.26.0000, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 18/06/2013, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/06/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CAUTELAR INOMINADA. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. JUÍZO ARBITRAL CONSTITUÍDO. JURISDIÇÃO DERROGADA. **Considerando-se a existência de cláusula arbitral, bem como já estar constituído o Juízo Arbitral, mostra-se imperiosa a derrogação de competência para este, a fim de que aprecie os termos do presente recurso**, bem como da própria Ação Cautelar Inominada, que tramita no primeiro grau, devendo os respectivos autos serem encaminhados para a Câmara de Mediação e Arbitragem escolhida pelas partes. Ressalvado o caráter precário da decisão que deferiu o pedido liminar na Cautelar Inominada, de modo que dependerá de ratificação pela Câmara de Arbitragem, sob pena de perder a eficácia. Precedente do STJ (REsp n. 1297974/RJ). DECLARARAM PREJUDICADO O AGRAVO DE INSTRUMENTO, FACE JURISDIÇÃO DERROGADA AO JUÍZO ARBITRAL. (Agravado de Instrumento Nº 70054445929, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 23/07/2013; TJ-

RS - AI: 70054445929 RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Data de Julgamento: 23/07/2013, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/07/2013).

No primeiro julgado acima elencado, nota-se o zelo dos ilustres desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo em decidir a questão liminar levantada por uma das partes, uma vez reconhecidos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos da tutela de urgência, ressaltando o limite de sua própria competência, ao estabelecer que tal decisão terá validade até a instauração do juízo arbitral, já previsto pelas partes.

Já no segundo caso supracitado, percebe-se a técnica empregada pelo colendo órgão recursal do Rio Grande do Sul ao aplicar a derrogação de competência ao juízo arbitral, para julgamento de causa em que havia prévia opção das partes nesse sentido, demonstrada através da existência de cláusula arbitral.

O PODER COERCITIVO ESTATAL

Seguindo a doutrina de Ana Cristina Mendonça, a jurisdição, por efeito, necessita dos seguintes elementos para que seja concretizada: *Notio* ou *cognotio*, *vocatio*, *coertio*, *judicio* e *executio*. Contudo, percebe-se que a arbitragem carece dos elementos *coertio* e *executio*.

De acordo com a autora, *coertio*, derivada da palavra coerção, seria o poder do juiz togado em dispor de atos coercitivos, a fim de impor a ordem, agindo no processo e influenciando em questões suscitadas (MENDONÇA, 2017).

Executio, por sua vez, seria o poder-dever do juiz de executar as decisões proferidas, ou seja, de fazer valer a ordem emitida, diante de seu poder constitucional, tomando uso dos meios necessários e adequados para tanto (MENDONÇA, 2017).

Sabe-se que tais poderes são de estrito uso do Estado, oriundos do contrato social e atribuídos ao juiz togado para que, como um representante, aja em seu nome. Não cabe, assim, a um juízo privado ter para si este aparato.

Portanto, não dispondo a arbitragem dos elementos supracitados, justifica-se a necessidade da cooperação entre os institutos, a fim de que atos apenas praticáveis por um representante do Estado, e necessários à tutela dos direitos, sejam aplicados em prol das partes que optam pelo instituto ora estudado.

Execução

Como depreende-se das questões supra suscitadas, os juízos arbitrais carecem do elemento coercitivo. Destarte, cabe apelar ao Poder Judiciário, a fim de se garantir o bem da vida objeto da decisão arbitral.

No direito brasileiro, a forma encontrada de se alcançar este objetivo foi considerar a sentença arbitral como título executivo judicial. Assim dispõe a legislação pátria:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

VII - a sentença arbitral; (BRASIL, 2015).

Desta forma, reconhece-se o poder declaratório da sentença arbitral proferida, assim como garante-se exigibilidade do direito pleiteado, vez que houve decisão tratando do tema e, presume-se, o devido processo legal foi respeitado.

Não obstante, há julgados que demonstram a relação entre Poder judiciário e juízo arbitral quando a sentença proferida é alvo de apelação aos Tribunais a fim de se arguir a incompetência da corte arbitral. Em pesquisa do Comitê Brasileiro de Arbitragem da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, o seguinte caso foi apresentado:

Caso Norfil vs. Clóvis Patriota Filho (TJMT). Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu, liminarmente, a exclusão do nome do agravado do banco de dados da Centralização dos Serviços Bancários – SERASA. A empresa agravante sustenta que a publicização da inadimplência não é ilegítima e que a decisão agravada se afastou da melhor aplicação do direito na medida em que a execução que se encontra em trâmite perante a 12ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo (SP) baseia-se em sentença arbitral, “que é título executivo judicial, dotado de todos os requisitos necessários à sua pronta exeqüibilidade”. O Tribunal asseverou que a execução ajuizada funda-se em sentença arbitral, exarada em procedimento do qual participaram e anuíram ambas as partes, que devem, por isso, se sujeitar aos seus resultados. O Tribunal reconheceu o caráter de título executivo judicial da sentença arbitral (artigo 584, VI, do CPC), passível de questionamento apenas por meio de embargos à execução ou ação de anulação de sentença arbitral. Por não existir notícia no processo acerca de impugnação adequada ao título executivo judicial, o Tribunal reconheceu o direito do credor em requerer a negativação do nome do devedor no órgão de proteção ao crédito, e deu provimento ao recurso (GUERRERO, BARROS).

Tutelas cautelares e de urgência

A respeito da discussão fomentada sobre as medidas de urgência, quando necessárias, a fim de assegurar o direito da parte em um processo, tem-se regimento na Lei 13.129, que alterou a Lei de Arbitragem.

A Lei 13.129 de 2015 dispôs acerca das medidas de urgência nos casos em que há previsão das partes por juízo arbitral. Assim trata o dispositivo legal:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros (BRASIL, 2015).

Desta forma, percebe-se que, constatados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, o direito individual não será afetado em caso de submissão a cortes arbitrais, visto que o Poder Judiciário atuará a fim de assegurá-lo; tampouco a autonomia da corte arbitral será prejudicada, pois, proferida a tutela de urgência, esta será revisada pelo árbitro em tempo oportuno, como demonstrado acima.

Trata-se, mais uma vez, de comprovação da necessária relação cooperativa entre árbitro e juiz, proporcionando às partes mais celeridade, privacidade e tecnicismo, sem abrir mão de uma tutela adequada e efetiva de direitos, tendo por fim precípuo o bem da vida tutelado.

CARTA ARBITRAL

Elemento de notável importância, trazido também pela Lei 13.129 de 2015, é a carta arbitral. Trata-se de ferramenta que permite a execução de ato processual proferido pelo árbitro, através do uso do Poder Judiciário, visto que o poder coercitivo estatal somente a este pertencente.

Assim dispõe o texto legal:

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.
Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem (BRASIL, 2015).

Deste modo, a carta arbitral terá função semelhante a uma carta precatória ou rogatória, porém fazendo a escala entre o juízo arbitral e um juízo estatal. Por esse motivo, entende-se tal instituto como a instrumentalização da cooperação entre árbitro e Poder Judiciário.

Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara expõe:

A carta arbitral deverá atender, no que couber, aos mesmos requisitos das demais cartas, sendo ainda necessário que venha instruída com a convenção de arbitragem e com provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função (art. 260, § 3º) (CÂMARA, 2015, p. 149).

Marcus Coelho explica a carta arbitral da seguinte forma:

[...] se um árbitro defere uma medida de urgência e há a necessidade de execução forçada desse provimento, torna-se necessário recorrer ao Poder Judiciário a fim de "emprestar" força coercitiva aquele ato. Isso porque, o árbitro tem jurisdição, mas não tem *imperium*, ou seja, não tem o poder de constrição, o poder de determinar o uso da força para cumprimento do determinado, precisando da intervenção do Poder Judiciário para a efetivação da ordem, que, por sua vez, fica impossibilitado de realizar novo exame de mérito da questão (COELHO, 2015).

Entende-se que o instituto supramencionado, além de ser de extrema importância para a garantia de direitos, assume um papel fomentador da necessidade de uma relação cooperativa entre o Poder Judiciário e as cortes arbitrais.

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO DIREITO INTERNACIONAL

A arbitragem internacional é instrumento não estatal voltado à resolução de conflitos envolvendo partes domiciliadas em países distintos, ou que tenham como objeto elementos internacionais. Trata-se de sistema jurisdicional pautado pela autonomia da vontade das partes, incondicionado às normas de direito interno, ditado pelo comércio internacional.

Entende-se que, para ser classificada como internacional, a arbitragem deve perfazer conflito jurídico subjetivamente internacional, seja através do critério domicílio, seja da natureza do objeto litigioso, que deve conter elemento internacional, por exemplo, ligado ao local da constituição ou do cumprimento de obrigação (ARAÚJO, 2003, p. 420).

Nesse sentido:

Apresentado o conceito de arbitragem, resta esclarecer que para esta ser caracterizada como internacional devem existir elementos, materiais ou jurídicos, envolvendo mais de uma jurisdição nacional, como a nacionalidade ou domicílio das partes (ALBUQUERQUE, 2015).

O instituto se divide em dois campos principais de atuação: arbitragem de direito internacional público e arbitragem de direito internacional privado. Não obstante, esta última classifica-se em: arbitragem internacional *ad hoc* e arbitragem internacional institucional.

Quando se tratando da primeira espécie, arbitragem de direito internacional público, denota a propositura de procedimento arbitral visando a solução de litígios que envolvam Estados soberanos. Já o segundo campo de atuação, entende-se, consubstancia hipóteses de litígios cuja controvérsia se dá acerca de contratos comerciais internacionais, ou cujo objeto tem natureza internacional, malgrado a nacionalidade das partes.

Outra classificação é pertinente à arbitragem comercial: entende-se a arbitragem *ad hoc* como sendo subespécie intrinsecamente associada à autonomia das partes. Trata-se de verdadeiro negócio processual, estabelecido com o condão de detalhar minuciosamente de que modo se dará o procedimento como um todo, desde previsões a quais documentos poderão ser analisados pelo árbitro, quais testemunhas serão ouvidas, até a possibilidade da presença de assistentes ou colaboradores técnicos na corte arbitral, objetivando contribuir ao deslinde da questão.

De outro lado, a subespécie institucional, por sua vez, corresponde à arbitragem internacional regida por uma instituição arbitral existente e pré-definida. É realizada em órgãos internacionais de resolução de conflitos, sendo o procedimento adotado por tais instituições aplicado ao conflito entre as partes.

Uma vez conceituada a arbitragem internacional e expostas suas subdivisões, urge demonstrar uma das principais controvérsias que cercam tal instituto: a questão da sede da arbitragem no direito internacional e como tal dilema está associado à relação Juízos arbitrais-Poder Judiciário.

A NACIONALIDADE DA ARBITRAGEM NO DIREITO INTERNACIONAL

De acordo com Lessa Neto (2016, p. 54), “a sede da arbitragem é o local a que a ela está juridicamente atrelada”. Trata-se de um conceito jurídico caracterizado pelo vínculo fictício com o procedimento a ser realizado.

Diferencia-se, para tanto, local da arbitragem de sede da arbitragem: enquanto o primeiro corresponde a uma relação de proximidade física com o lugar onde está acontecendo ou irá acontecer o procedimento arbitral, “a sede é uma efetiva ficção jurídica” (LESSA NETO, 2016, p. 54).

Nesse sentido, o autor supramencionado elucida:

A sede da arbitragem tem uma conexão puramente jurídica com a arbitragem uma ficção, não precisando, como dito, coincidir com o local onde efetivamente se desenvolveu o processo arbitral. Por isso, Poudret e Besson entendem que a escolha da sede da arbitragem coincide com a escolha da lei processual aplicável à arbitragem (*lex arbitrii*), que não necessariamente coincidirá com a lei aplicável ao fundo material discutido (LESSA NETO, 2016, p. 54).

Destaca-se a importância de se auferir tal nacionalidade, pois a partir dela será possível verificar qual a lei que regulará a arbitragem, o órgão jurisdicional competente para solucionar controvérsias oriundas da abertura do procedimento arbitral, assim como definir os ditames a serem seguidos durante a fase de execução.

No Brasil, adota-se o critério da territorialidade para definir a sentença arbitral estrangeira. Assim:

A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional (LEI DE ARBITRAGEM, art. 34, § único).

Desse modo, a sentença estrangeira deverá passar por procedimento de homologação para que surta efeitos jurídicos no país. Tendo o feito, será incorporada à ordem jurídica brasileira.

Dito isto, nota-se a urgência de conferir à cooperação jurídica entre Poder Judiciário e cortes arbitrais uma característica internacional, visto que, embora a arbitragem possa estar apartada juridicamente da Justiça Estatal, ainda há uma relação de interdependência entre ambas, seja, meramente, para se discutir acerca do procedimento, seja para que, uma vez em grau recursal, as mesmas garantias do juízo arbitral sejam dadas na seara judicial.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho, considera-se que a arbitragem, como meio adequado de resolução de conflitos de forma privada, ou seja, à parte da jurisdição estatal, é instituto histórico secular e, adaptada à realidade atual, deve ser estudada de forma contextualizada.

Nesse sentido, movimentos do século XX perfazem o conceito de arbitragem como tratado atualmente. Nota-se a influência precípua das ondas renovatórias do acesso à justiça e do sistema de justiça multiportas em seu súbito avanço, assim como o contexto de sociedade global.

Outrossim, é válido expor que, diante do aumento na procura pelo instituto supracitado, surgem questões a serem enfrentadas pelos pesquisadores do direito. Nesse sentido, a importância da cooperação entre os juízos arbitrais e o Poder Judiciário torna-se latente, vez que tais elementos se tocam em diversos momentos, como integrantes de um sistema de justiça.

Nota-se claramente esta relação ao tratar do momento processual de execução, quando a sentença arbitral se torna título executivo judicial e quando são pleiteadas medidas de urgência e o Poder Judiciário é provocado para dar uma resposta às partes. Não obstante, enquadra-se a figura da carta arbitral como verdadeira instrumentalização da cooperação entre árbitro e juiz.

Por fim, exalta-se a necessidade de que tais discussões se deem em ambientes que detenham influência internacional, vez que as garantias que se consideram indispensáveis para o exercício da atividade jurisdicional devem ser objeto de proteção - seja na seara arbitral, seja no Poder Judiciário - da comunidade internacional como um todo, para que a segurança jurídica e o devido processo legal permaneçam como alvo deste novo e complexo sistema de justiça contemporâneo.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Mariana. "Arbitragem Internacional". Disponível em: <<https://marianabenevides.jusbrasil.com.br/artigos/172061792/arbitragem-internacional>> Acesso em: 16/07/2019.
- ARAÚJO, Nádia. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Brasília, DF.
- BRASIL. Lei 13.129 de 26 de maio de 2015. Brasília, DF.
- BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Brasília, DF.
- CAHALI, José Francisco. Curso de Arbitragem. Ed. 05. Ed. RT. São Paulo, 2015. P. 311.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 149.

- COELHO, Marcus. "A carta arbitral no ordenamento jurídico: a instrumentalização da comunicação entre o árbitro e o juiz estatal". Disponível em: <<https://marcusfilipe.jusbrasil.com.br/artigos/292139861/a-carta-arbitral-no-ordenamento-juridico-a-instrumentalizacao-da-comunicacao-entre-o-arbitro-e-o-juiz-estatal>>. Acesso em: 16/07/2019.
- de democratização tutela jurisdicional. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito
- DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp086258.pdf>>. Acesso em: 17/07/2019.
- FILHO, Marco Antônio Savazzo Duarte. "Interação entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário". Disponível em: <<https://masavazzo.jusbrasil.com.br/artigos/308229544/interacao-entre-o-juizo-arbitral-e-o-poder-judiciario>>. Acesso em: 15/07/2019.
- GUEDES, Armando M. Marques. "A internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional". Disponível em: revista de Direito UFMG, 1995.
- LESSA NETO, João Luiz. Arbitragem e Poder Judiciário: A definição de competência do árbitro. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, Pedro A. Batista, obra conjunta com LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. "Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro" In Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. 1ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.
- MENDONÇA, Ana Cristina. Resumos para concursos: Processo Penal. 2º edição. Salvador: JusPodivm, 2017.
- Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (DIREITOGV) Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), 2ª Fase da Pesquisa "Arbitragem e Poder Judiciário" Relatório do 4º Tema: Execução e Cumprimento da Sentença Arbitral.
- Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.
- TJ-RS - AI: 70054445929 RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Data de Julgamento: 23/07/2013, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/07/2013
- TJ-SP - AI: 00697859820138260000 SP 0069785-98.2013.8.26.0000, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 18/06/2013, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/06/2013
- TORRES, Vivian de Almeida Gregori. Acesso à justiça: instrumentos do processo
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: contratos (Coleção Direito Civil; V.3). 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

